Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 216
abril a junho de 2011

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)
Ministro LUIZ FUX (3-3-2011)

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI
Ministro LUIZ FUX

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
Ministro JOAQUIM BARBOSA
Ministro DIAS TOFFOLI – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministra ELLEN GRACIE
Ministro AYRES BRITTO
Ministra CÁRMEN LÚCIA

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro DIAS TOFFOLI
Ministro LUIZ FUX

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro GILMAR MENDES
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro LUIZ FUX

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

DECISÕES MONOCRÁTICAS 555

ÍNDICE ALFABÉTICO 601

ÍNDICE NUMÉRICO 627

ACÓRDÃOS

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 — DF

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB — Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional — Interessados: Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP e Associação Democrática e Nacionalista de Militares

Lei 6.683/1979, a chamada "Lei de Anistia". Art. 5º, *caput*, III e XXXIII, da Constituição do Brasil; princípio democrático e princípio republicano: não violação. Circunstâncias históricas. Dignidade da pessoa humana e tirania dos valores. Interpretação do direito e distinção entre texto normativo e norma jurídica. Crimes conexos definidos pela Lei 6.683/1979. Caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na sucessão das frequentes anistias concedidas, no Brasil, desde a República. Interpretação do direito e leis-medida. Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. Art. 5º, XLIII, da Constituição do Brasil. Interpretação e revisão da Lei da Anistia. EC 26, de 27 de novembro de 1985, poder constituinte e "auto-anistia". Integração da anistia da Lei de 1979 na nova ordem constitucional. Acesso a documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade.

1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação

do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei 6.683/1979. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de ter estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de ter sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão "crimes conexos a crimes políticos" conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei 6.683/1979, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados – e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se

imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão "crimes conexos" na Lei 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" (sic) estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/1985, pelo poder constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A EC 26/1985 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade.

A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do art. 4º da EC 26/1985, existirá a par dele (dicção do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma porque foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas porque o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade – totalidade que o novo sistema normativo é – tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do art. 4º da EC 26/1985 e a Constituição de 1988.

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

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 julgar improcedente a arguição, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de abril de 2010 — Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propõe arguição de descumprimento de preceito fundamental objetivando a declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do art. 1º da Lei 6.683, de 19 de dezembro de 1979. A concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos estender-se-ia, segundo esse preceito, aos crimes conexos – crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

2. Eis os textos a considerarmos:

Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

3. O arguente alega ser notória a controvérsia constitucional a propósito do âmbito de aplicação da Lei de Anistia. Sustenta que "se trata de saber se houve ou não anistia dos agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar" (fl. 4).

4. Afirma ainda que a controvérsia constitucional sobre a lei federal está consubstanciada na divergência de entendimentos, notadamente do Ministério da Justiça e do Ministério da Defesa, no que toca à aplicação da lei de que se cuida. Caberia ao Poder Judiciário pôr fim ao debate.

5. Daí o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento hábil a definir, com eficácia geral, se a lei federal guarda conformidade com a ordem constitucional vigente.

6. Acrescenta não ser possível, consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei 6.683 anistiaria vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Sustenta que essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais.

7. A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do § 1º do art. 1º da Lei 6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever, do poder público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democrático e republicano; [iii] ao princípio da dignidade da pessoa humana.

8. Por fim, alega que os atos de violação da dignidade humana não se legitimam com a reparação pecuniária (Leis 9.140 e 10.559) concedida às vítimas ou aos seus familiares, vez que os responsáveis por atos violentos, ou aqueles que comandaram esses atos, restariam "imunes a toda punição e até mesmo encobertos pelo anonimato".

9. Requer que esta Corte, dando interpretação conforme à Constituição, declare que a anistia concedida pela Lei 6.683/1979 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.

10. Solicitei informações, em 30 de outubro de 2008, e determinei fossem os autos, posteriormente, encaminhados ao Ministério Público Federal, nos termos do disposto no art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.882/1999.

11. A Câmara dos Deputados prestou informações às fls. 53/60. Informou apenas que a Lei 6.683/1979 foi aprovada na forma de projeto de lei do Congresso Nacional, conforme andamento a elas acostado.

12. O Senado Federal alegou, em suas informações, inépcia da inicial, vez que a Lei da Anistia teria exaurido seus efeitos "no mesmo instante em que entrou no mundo jurídico, há trinta anos, na vigência da ordem constitucional anterior" (fls. 70/81). Sustentou ainda a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência do interesse de agir do arguente.

13. A Associação Juízes para a Democracia requereu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, o pedido tendo sido deferido à fl. 778. Afirma o cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Postula, às fls. 130/176, que esta Corte reconheça "com base em seus próprios precedentes, na doutrina, e na legislação material e processual em vigor, a inexistência de conexividade entre delitos praticados pelos agentes repressores do regime militar e os crimes políticos praticados no período, de forma a afastar a incidência do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, e que as eventuais situações concretas que ensejem a aplicação destes dispositivos sejam apuradas singularmente pelos Juízos competentes para a instrução penal" (fl. 149). Sustenta ainda que a interpretação extensiva da Lei de Anistia caracterizaria expansão da extinção de punibilidade aos agentes do regime militar e legitimaria a autoanistia (fl. 160).

14. A Advocacia-Geral da União encaminhou manifestação da qual constam informações prestadas pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), pela Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (SAJ-CC), pelo Ministério das Relações Exteriores, pelo Ministério da Justiça, pelo Ministério da Defesa e pela Consultoria-Geral da União.

15. A Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em manifestação de 11 de novembro de 2008, afirma que deveria ser declarada "inconstitucional a interpretação que estende a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar" (fl. 472). A Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União conclui, todavia, pelo não conhecimento da presente arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido (fl. 206).

16. Sustenta preliminarmente a Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União a ausência de comprovação da controvérsia judicial e a falta de impugnação de todo o complexo normativo. No mérito, que "a abrangência conferida, até então, à Lei 6.683/1979, decorre, inexoravelmente, do contexto em que fora promulgada, sendo certo que não estabeleceu esse diploma legal qualquer discriminação, para concessão do benefício da anistia, entre opositores e aqueles vinculados ao regime militar. Dessa forma, desde a promulgação

do diploma legal prevalece a interpretação de que a anistia concedida pela Lei 6.683/1979 é ampla, geral e irrestrita" (fls. 192/193).

17. Rechaçando as alegações do arguente, a Secretaria-Geral de Contencioso afirma que a pretensão contida nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental é de mudança de interpretação do texto normativo – segundo o qual a anistia seria uma benesse ampla e irrestrita – e que essa limitação consubstanciaria modificação da própria hipótese de incidência do preceito, o que contrariaria a intenção do legislador.

18. Prossegue, "considerando-se que entre a edição da Lei n. 6.683/79 e a promulgação da nova ordem constitucional transcorreram praticamente dez anos, é certo que a anistia, tal como concedida pelo diploma legal, ou seja, de forma inegavelmente ampla, produziu todos os seus efeitos (fato consumado), consolidando a situação jurídica de todos aqueles que se viram envolvidos com o regime militar, quer em razão de oposição, quer por atos de repressão. (...) Destarte, o desfazimento da situação jurídica existente quando da inauguração da nova ordem constitucional esbarra, por certo, no princípio da segurança jurídica, ínsito ao Estado Democrático de Direito e garantido pela própria Carta de 1988." (Fls. 197/198). Diz que a alteração superveniente da abrangência da anistia colidiria com o princípio da irretroatividade da lei penal, contemplado no art. 5º, XL, da Constituição do Brasil.

19. A anistia conferida pela Lei 6.683/1979 teria sido ratificada pela EC 26/1985. Conclui no sentido de que a pretensão, do arguente, de restringir o alcance de aplicação do preceito contido no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 é vedada pela Constituição do Brasil em razão do postulado do Estado Democrático de Direito e do princípio da segurança jurídica. Aponta ainda o fato de o arguente ter aguardado a Lei 6.683 viger por trinta anos e vinte anos a Constituição de 1988 para manifestar irresignação em relação a ela.

20. O Procurador-Geral da República opina, no parecer de fls. 575/614, em 29 de janeiro passado, pelo conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, pela improcedência do pedido. No tocante às preliminares suscitadas pela Advocacia-Geral da União, sustenta que "preliminarmente, são apontados vícios formais que impediriam o conhecimento da presente arguição. A despeito dos respeitáveis argumentos desenvolvidos, alguns – pelo menos em princípio – de inegável consistência, parece à Procuradoria-Geral da República que a extrema relevância do tema proposto recomenda afastar-se na espécie visão reducionista do instituto que inviabilize a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de questão de tamanha importância" (fls. 577/578).

21. Afirma que a análise da questão posta nestes autos demanda o exame do contexto histórico em que produzida a Lei da Anistia. A anistia tem índole objetiva, não visando a beneficiar alguém especificamente, mas dirigindo-se ao crime, retirando-lhe o caráter delituoso e, por consequência, excluindo a punição dos que o cometeram.

22. Prossegue dizendo que "[a] relevantíssima questão submetida ao Supremo Tribunal Federal, entretanto, não comporta exame dissociado do contexto histórico em que editada a norma objeto da arguição, absolutamente decisivo para a sua adequada interpretação e para o juízo definitivo acerca das alegações deduzidas pela Ordem, como, aliás, já destacado em outros pronunciamentos trazidos aos autos. A anistia, no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual. A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do País uma luta pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos" (fls. 598/599).

23. O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP) e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM) ingressaram neste feito como *amici curiae* (decisões de fls. 806, 807 e 854).

24. O arguente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), requereu a realização de audiência pública sob o fundamento da relevância da matéria discutida nesta arguição. Indeferi o pedido, vez que a ação foi proposta em outubro de 2008 e só em 2010 foi afirmada sua necessidade, necessidade de audiência pública. Afirmei, ademais, estarem os autos instruídos de modo bastante, permitindo o perfeito entendimento da questão debatida e que o pedido suscitado longo tempo após sua propositura redundaria em inútil demora no julgamento do feito (fl. 805). A decisão de indeferimento de audiência pública transitou em julgado no dia 20 de abril, consoante certidão de fl. 858.

25. No dia 16 de abril passado, a Associação Juízes para a Democracia, que figura nos autos como *amicus curiae*, requereu fosse a eles acostado "manifesto de juristas e de abaixo-assinado contendo 16.149 assinaturas contra a anistia dos militares". Diz que os documentos evidenciam a comoção social contra a anistia dos militares e seria imprescindível a sua juntada aos autos. Determinei que a documentação fosse a eles juntada por linha.

26. É o relatório.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Está inscrita para falar, em nome do Congresso Nacional, a Doutora Gabrielle Tatith Pereira, mas, antes de lhe conceder a palavra, submeto à Corte a questão da admissibilidade da intervenção.

É que, eventualmente, ao Congresso poderia não ser reconhecido interesse institucional, mas creio que, diante da relevância da matéria, a Corte nada tem a objetar.

Vamos ouvi-la.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator):

As preliminares

1. A este Tribunal incumbe, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aferir a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais ou atos normativos municipais e a Constituição, se e quando controversa tal compatibilidade, desde que não seja possível, a fim de que se a questione, a propositura de ação direta ou de ação declaratória. Refiro neste passo, por tudo, o acórdão lavrado na ADPF 33-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

No que concerne à matéria atinente às preliminares, vou me valer, em linhas gerais, para ser breve, do quanto observou Sua Excelência o Procurador-Geral da República em seu parecer de fls.

2. Quanto à primeira delas, suscitada pela Advocacia-Geral da União – ausência de comprovação de controvérsia constitucional ou judicial quanto ao ato questionado –, a norma veiculada pelo inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/1999 prevê o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.* Há, aí, ampliação da regra do *caput* do art. 1º, de sorte a admitir-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma para questionar lei ou ato normativo de qualquer ente federativo em face de preceito fundamental constitucional.

Esta arguição de descumprimento de preceito fundamental amolda-se tanto à hipótese do *caput* do art. 1º da Lei 9.882/1999 (lesão a preceito fundamental por ato material, do poder público, de não promover investigações e ações penais por indevida aplicação da lei), como também à do seu parágrafo único, inciso I (lesão por produção de ato normativo federal que teria conferido indevidamente anistia a autores de crimes não passíveis de receberem o benefício).

Aqui não se tratando de arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental – já que não se pretende discutir, paralelamente a qualquer outro processo judicial, matéria relativa à validade de ato normativo –, é desnecessária a comprovação da existência de controvérsia judicial atinente à aplicação do preceito constitucional. Basta a demonstração de controvérsia jurídica (em qualquer sede) sobre a validade da norma questionada (ou da sua interpretação).

Está satisfatoriamente demonstrada a existência de polêmica quanto à validade constitucional da interpretação que reconheça a anistia aos agentes públicos que praticaram delitos por conta da repressão à dissidência política durante a ditadura militar.

A divergência em relação à abrangência da anistia penal de que se cogita é notória mesmo no seio do Poder Executivo federal, tendo sido aportadas aos autos notas técnicas que a comprovam. Esta Corte, ela mesma diagnosticou a

presença de controvérsia sobre a interpretação a ser conferida à anistia penal da Lei 6.683/1979. Confiram-se os votos prolatados na Ext 974 (*Informativos* 519 e 526 do STF). Isso é suficiente para que resulte demonstrada a controvérsia instaurada. Rejeito a preliminar.

3. A Advocacia-Geral da União e o Senado Federal invocam também a preliminar de ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema. A inicial haveria de ter questionado o § 1º do art. 4º da EC 26, de 1985.

Ocorre que essa preliminar confunde-se com o mérito. Será, a seu tempo, examinada.

Rejeito-a, pois.

4. Mais, a arguição de descumprimento de preceito fundamental seria incabível por estar voltada contra lei cujos efeitos se esgotaram na data da sua edição. Nada, porém, impede que leis temporárias sejam questionadas mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental. Adoto, ainda neste ponto, razões expostas no parecer do Procurador-Geral da República. Preliminar rejeitada.

5. No que tange à preliminar do Ministério da Defesa, relativa à falta de indicação das autoridades responsáveis pelos atos concretos de descumprimento de preceitos fundamentais, a fixação da interpretação pretendida pela arguente, se vier a ser fixada, abrangerá todos os agentes públicos de uma ou outra forma relacionados à persecução penal, juízes, tribunais, membros do Ministério Público e agentes da Polícia Judiciária que aplicaram, aplicam e podem vir a aplicar a Lei 6.683 em sentido incompatível com a Constituição em ações judiciais e investigações sob sua competência.

A observação no parecer do Procurador-Geral da República é, também neste ponto, correta: "[a] ausência de qualquer dificuldade na identificação das autoridades e órgãos *responsáveis pela prática dos atos questionados* não impede que se advirta, todavia, que essa exigência de identificação é relativizada em relação à pretensa arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma: nessa modalidade, realiza-se um controle objetivo da conformidade constitucional do ato normativo, sendo genéricos os efeitos do pronunciamento judicial em relação ao descumprimento de preceito fundamental. (...) Vale aqui o quanto se reconhece às ações diretas de (in)constitucionalidade: que não há réus ou legitimados passivos, pois é a validade constitucional de normas o que se discute. Em precedentes, o STF, ao julgar procedente a alegação de descumprimento de preceitos fundamentais, aceitou os efeitos genéricos naturais ao controle objetivo de constitucionalidade. Na ADPF 101/DF (Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-6-2009), proposta pelo Presidente da República, combatiam-se *os efeitos das decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados*. Na ADPF 130/DF (Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30-4-2009), proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), pedia-se a declaração da revogação total da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1969). O STF satisfez-se com tal formulação e soube reconhecer sem dificuldade as autoridades e órgãos destinatários das providências cabíveis".

Esta preliminar também é rejeitada.

6. O Ministério da Defesa afirma por fim, contra o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a inutilidade de eventual decisão de procedência. Isso porque os crimes – ainda que não anistiados – estariam prescritos. Caso viesse a ser julgada procedente, dela não resultaria nenhum efeito prático.

Sucede que a matéria da prescrição não prejudica a apreciação do mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, visto que somente se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia abrir-se-á a oportunidade de apuração da prescrição. A preliminar é, destarte, rejeitada.

Afastadas todas elas e tendo como presentes os requisitos da ação, dela tomo conhecimento.

7. Registre-se, contudo, que o pedido constante da inicial – item 5, alínea *b* – menciona "os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, (sic) durante o regime militar (1964/1985)".

Ora, como a anistia foi concedida a todos que cometeram determinados crimes "no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979"[1], não alcançou crimes praticados após 15 de agosto de 1979 (= praticados entre essa data e 1985). De modo que o pedido resulta parcialmente impossível: esta Corte não teria como declarar por ele não alcançado período de tempo ao qual o art. 1º da Lei 6.683 não refere. Passo, porém, ao largo dessa circunstância, até porque a ela nada foi oposto e o prejudicaria, o pedido, apenas parcialmente.

A inicial: primeiras considerações

8. A inicial compreende duas linhas de argumentação: [i] de uma banda visa à contemplação de interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar-se que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar; [ii] d'outra, o não recebimento da Lei 6.683/1979 pela Constituição de 1988.

Afirma inicialmente que determinada interpretação do preceito veiculado pelo § 1º do seu art. 1º seria com ela incompatível, a interpretação a ele conferida "no sentido de que a anistia estende-se aos crimes comuns, praticados por agentes públicos contra opositores políticos, durante o regime militar".

Por isso o pedido é de "interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".

---

[1] Art. 1º da Lei 6.683/1979.

A Associação Juízes para a Democracia (AJpD) afirma, em razões aportadas aos autos, que neles se trata de delinear o conceito de crimes políticos e crimes conexos com estes, previstos na Lei 6.683/1979, para que seja determinada a sua extensão.

9. A redação *do texto* seria, segundo a inicial, propositadamente obscura (a inicial menciona a redação *da norma*). E assim seria porque "se procurou" (sic) estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. Daí por que a norma (o *texto*, digo eu) seria obscura e tecnicamente inepta (fl. 13 inicial). Vê-se bem que, nos termos da inicial, a obscuridade da norma (do texto) pretenderia esconder o que "se procurou". O que "se procurou", segundo a inicial, foi a extensão da anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

10. Permito-me, neste passo, deixar bem vincados dois pontos, o primeiro dizendo com o fato de que todo, todo e qualquer texto normativo é obscuro até o momento da interpretação.

Hoje temos como assentado o pensamento que distingue *texto normativo* e *norma jurídica*, a *dimensão textual* e a *dimensão normativa* do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. Permitam-me, Senhores Ministros, uma breve digressão, que não será vã, eis que a ela voltarei na parte final deste voto, incisivamente.

A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: a sua inserção na vida.

A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis (= do direito) no mundo do ser (= mundo da vida). Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto.

Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular[2]. As normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, *enquanto textos, enunciados, disposições*, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem[3].

---

[2] Sobre a interpretação do direito, vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

[3] Meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 86.

11. Se for assim – e assim de fato é –, todo *texto* será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em *norma*. Por isso mesmo afirmei, em outro contexto, que se impõe "observarmos que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada"[4]. Daí não caber a afirmação de que o texto de que nesta ação se cuida seria, por obscuridade, *tecnicamente inepto.*

Observo apenas, quanto a esse primeiro ponto, aspecto ao qual adiante retornarei. É que – como a interpretação do direito consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas – cumpre definirmos qual a realidade, qual o momento da realidade a ser tomado pelo intérprete da Lei 6.683/1979.

12. O segundo ponto a ser considerado está em que – se o que "se procurou", segundo a inicial, foi a extensão da anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão – a revisão desse desígnio haveria de ser procedida por quem procurou estendê-la aos agentes do Estado encarregados da repressão, isto é, pelo Poder Legislativo. Não pelo Poder Judiciário. Também a ele adiante voltarei.

Afronta a preceitos fundamentais

13. Permito-me examinar as duas linhas de argumentação compreendidas na inicial na seguinte ordem: desde já a atinente ao não recebimento da Lei 6.683/1979 pela Constituição de 1988; após, a que pretende uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar-se que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.

14. A arguente afirma ser inválida a conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar. Essa conexão criminal, que fundamentaria a interpretação objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, não seria válida porque ofende vários preceitos fundamentais inscritos na Constituição.

15. O primeiro deles seria o da *isonomia em matéria de segurança*, destacado do art. 5º, *caput*, da Constituição do Brasil.

Sucede que a arguente inicialmente não contesta exclusivamente uma determinada interpretação do preceito veiculado pelo § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, mas o próprio texto da lei. Ora, delineada a distinção entre *texto* e *norma*, teremos a arguente não investe, nesse passo, contra uma determinada *norma* resultante da interpretação do texto do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979. O que, segundo ela, afrontaria a isonomia seria o próprio texto, que "estende a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes" e, despropositadamente – diz a inicial –, usa do adjetivo "relacionados", cujo significado não esclarece e a doutrina ignora, além

[4] Meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 74-75.

de mencionar crimes "praticados por motivação política". A isonomia estaria sendo afrontada – é verdade que neste ponto a inicial menciona a "interpretação questionada da Lei n. 6.683, de 1979" – na medida em que *nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal*. Isso porque uns "*praticaram crimes políticos, necessariamente definidos em lei, e foram processados e condenados. Mas há, também, os que cometeram delitos, cuja classificação e reconhecimento não foram feitos pelo legislador, e sim deixados à discrição do Poder Judiciário, conforme a orientação política de cada magistrado*".

Que a arguente investe neste passo contra o texto da lei, isso é reafirmado na alusão ao § 2º do seu art. 1º, que não é objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É certo, pois, que o argumento da arguente não prospera, mesmo porque há desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles. A lei poderia, sim, sem afronta à isonomia – que consiste também em tratar desigualmente os desiguais –, anistiá-los, ou não, desigualmente.

16. O segundo preceito fundamental malferido pela interpretação questionada do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 estaria contido no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, que assegura a todos o *direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral.*

A Lei 6.683/1979, segundo a arguente, impediu que as vítimas dos agentes da repressão e o povo brasileiro tomassem conhecimento da "identidade dos responsáveis pelos horrores perpetrados, durante dois decênios, pelos que haviam empalmado o poder". Diz ela que a lei, "[a]o conceder anistia a pessoas indeterminadas, ocultas sob a expressão indefinida 'crimes conexos com crimes políticos', (...) impediu que as vítimas de torturas, praticadas nas masmorras policiais ou militares, ou os familiares de pessoas assassinadas por agentes das forças policiais e militares, pudessem identificar os algozes, os quais, em regra, operavam nas prisões sob codinomes".

Ocorre que o que caracteriza a anistia é a sua *objetividade*, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas. Liga-se a fatos, não estando direcionada a pessoas determinadas. A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas.

17. Não vejo, de outra parte, como se possa afirmar que a Lei 6.683/1979 impede o acesso a informações atinentes à atuação dos agentes da repressão no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Permito-me neste passo reproduzir trecho do parecer do Procurador-Geral da República:

> É evidente que reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado.
>
> 105. Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica.

106. Com a precisão habitual, o Ministro Sepúlveda Pertence, em entrevista antes referida, afirmou que

> "viabilizar a reconstituição histórica daqueles tempos é um imperativo da dignidade nacional. Para propiciá-la às gerações de hoje e de amanhã, é necessário descobrir e escancarar os arquivos, estejam onde estiverem, seja quem for que os detenha."

107. Romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70, que em conjunto pugnaram – como já demonstrado – por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita, significaria também prejudicar o acesso à verdade histórica.

108. O que se propõe, ao invés, é o desembaraço dos mecanismos existentes que ainda dificultam o conhecimento do ocorrido naquelas décadas. Nesta toada, está pendente de julgamento a ADI nº 4077, proposta pelo anterior Procurador-Geral da República, que questiona a constitucionalidade das Leis 8.159/91 e 11.111/05.

109. O julgamento da ADI nº 4077 é sensível para resolver a controvérsia político-jurídica sobre o acesso a documentos do regime anterior. Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático.

O argumento de que se cuida, ancorado no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, não prospera.

18. O terceiro preceito fundamental afrontado pela interpretação questionada do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 estaria contido nos *princípios democrático e republicano.*

A inicial diz que "os que cometeram crimes comuns contra opositores políticos, durante o regime militar, exerciam funções públicas e eram, por conseguinte, remunerados com recursos também públicos, isto é, dinheiro do povo". Daí é retirada a seguinte conclusão: "Nestas condições, a interpretação questionada da Lei n. 6.683 **representa clara e direta ofensa ao princípio democrático e ao princípio republicano, que embasam toda a nossa organização política**" (negritos no original).

Mais, diz a inicial que a lei foi votada pelo Congresso Nacional "**na época em que os seus membros eram eleitos sob o *placet* dos comandantes militares**" – aí a alusão a senadores escolhidos por via de eleição indireta (os chamados "Senadores Biônicos") – e ela, a lei, "**foi sancionada por um Chefe de Estado que era General do Exército e fora guindado a essa posição,** (sic) **não pelo povo, mas por seus companheiros de farda**" (negritos no original).

Em consequência, "o mencionado diploma legal, para produzir o efeito de anistia de **agentes públicos que cometeram crimes contra o povo**, deveria ser legitimado, após a entrada em vigor da atual Constituição, pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres, ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo (Constituição Federal, art. 14). O que não ocorreu" (negritos no original).

Em segundo lugar, "num regime autenticamente republicano e não autocrático os governantes não têm poder para anistiar criminalmente, quer eles próprios, quer os funcionários que, ao delinquirem, executaram suas ordens".

19. Não vejo realmente como possam, esses argumentos, sustentar-se, menos ainda justificar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Pois é certo que, a dar-se crédito a eles, não apenas o fenômeno do *recebimento* – a *recepção* – do direito anterior à Constituição de 1988 seria afastado, mas também outro, este verdadeiramente um fenômeno, teria ocorrido: toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria, porém exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional. Um autêntico fenômeno, a exigir legitimação de toda essa legislação pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo.

Os argumentos adotados na inicial vão ao ponto de negar mesmo a anistia concedida aos crimes políticos, aqueles de que trata o art. 1º da lei, a anistia concedida aos acusados de crimes políticos, que agiram contra a ordem política vigente no País no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A contradição é, como se vê, inarredável.

O que se pretende é extremamente contraditório: a ab-rogação da anistia em toda sua amplitude, conduzindo inclusive a tormentosas e insuportáveis consequências financeiras para os anistiados que receberam indenizações do Estado, compelidos a restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização. A procedência da ação levaria a este funesto resultado.

Também este argumento, que diria com os *princípios democrático e republicano*, não prospera.

O outro argumento – "num regime autenticamente republicano e não autocrático os governantes não têm poder para anistiar criminalmente, quer eles próprios, quer os funcionários que, ao delinquirem, executaram suas ordens" – será considerado mais adiante, ao final deste voto.

20. O quarto preceito fundamental afrontado pela interpretação questionada do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 seria o da *dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, que não pode ser negociada*.

A arguente diz que "o derradeiro argumento dos que justificam, a todo custo, a encoberta inclusão na Lei n. 6.683 dos crimes cometidos por funcionários do Estado contra presos políticos é o de que houve, no caso, um acordo para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito".

Afirma-o para inicialmente questionar a existência desse acordo – "quem foram as partes nesse acordo?" Indaga – e em seguida afirmar que, tendo ele existido, "força é reconhecer que o Estado instituído com a liquidação do regime militar nasceu em condições de grave desrespeito à pessoa humana, contrariamente ao texto expresso da nova Constituição Federal: '**A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) a dignidade da pessoa humana. (art. 1º, III)**'" (negritos no original).

Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo. Pois a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. A arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 6.683/1979. Diz mesmo que "no suposto acordo político, jamais revelado à opinião pública, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião serviu de biombo para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, que agiam em nome do Estado, ou seja, por conta de todo o povo brasileiro" e que a dignidade das pessoas e do povo foi usada como "moeda de troca em um acordo político".

21. A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do País, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la senão nos limites materiais da realidade. Para que a possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la. Está lá, n'*O 18 Brumário de Luís Bonaparte*[5]: "Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem, não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado".

A inflexão do regime (= a ruptura da aliança entre os militares e a burguesia) deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia – luta que, com o respaldo da opinião pública internacional, uniu os "culpados de sempre" a todos os que eram capazes de sentir e pensar as liberdades e a democracia e revelou figuras notáveis como a do bravo senador Teotonio Vilela; luta encetada inicialmente por oito mulheres reunidas em torno de Terezinha Zerbini, do que resultou o CBD (Comitê Brasileiro pela Anistia); pelos autênticos do MDB, pela própria OAB, pela ABI (à frente Barbosa Lima Sobrinho), pelo IAB, pelos sindicatos e confederações de trabalhadores e até por alguns dos que apoiaram o movimento militar, como o general Peri Bevilácqua, ex-Ministro do STM (e foram tantos os que assinaram manifestos em favor do movimento militar!) – a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História. Nos estertores do regime viam-se de um lado os exilados, que criaram comitês pró-anistia em quase todos os países que lhes deram refúgio, a Igreja (à frente a CNBB) e presos políticos em greve de fome que a votação da anistia (desqualificada pela inicial) salvou da morte certa – pois não recuariam da greve e já muitos estavam debilitados, como os jornais da época fartamente documentam – de outro os que, em represália ao acordo que os democratas esboçavam com a ditadura, em torno da lei, responderam com atos terroristas contra a própria OAB, com o sacrifício de

[5] Karl Marx, s/ indicação de tradutor, Editorial Vitória, Rio de Janeiro, 1956, p. 17.

dona Lydia; na Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro, com a mutilação do secretário do combativo Vereador Antonio Carlos; com duas bombas na casa do então Deputado do chamado *grupo autêntico* do MDB Marcello Cerqueira, um dos negociadores dos termos da anistia; com atentados contra bancas de jornal, contra *O Pasquim*, contra a *Tribuna de Imprensa* e tantos mais. Reduzir a nada essa luta, inclusive nas ruas, as passeatas reprimidas duramente pelas Polícias Militares, os comícios e atos públicos, reduzir a nada essa luta é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. Sem ela, não teria sido aberta a porta do Colégio Eleitoral para a eleição do "Dr. Tancredo", como diziam os que pisavam o chão da História. Essas jornadas, inesquecíveis, foram heroicas. Não se as pode desprezar. A mim causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*.

22. Leio trechos de depoimento de Dalmo de Abreu Dallari[6], que sofreu – ele mesmo relata – prisão e sequestro pela ousadia de não transigir e não calar, empenhado em localizar desaparecidos, salvar torturados, libertar patriotas vítimas de prisão arbitrária, pregando sempre a restauração democrática. Assim, diz ele, chegou-se à Lei da Anistia:

> Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência. (...) A ideia inicial de anistia era muito genérica e resultou no lema "anistia ampla, geral e irrestrita", mas logo se percebeu que seria necessária uma confrontação de propostas, pois os que ainda mantinham o comando político logo admitiram que seria impossível ignorar a proposta dos democratas, mas perceberam que uma superioridade de força lhes dava um poder de negociação e cuidaram de usar a ideia generosa de anistia para dizer que não seria justo beneficiar somente presos políticos e exilados, devendo-se dar garantia de impunidade àqueles que, segundo eles, movidos por objetivos patrióticos e para defender o Brasil do perigo comunista, tinham combatido a subversão, prendendo e torturando os inimigos do regime. Nasceu assim a proposta de "anistia recíproca". De início, procurou-se limitar a anistia aos perseguidos políticos, dizendo-se que não deveriam ser anistiados os que tivessem cometido "crimes de sangue'. Isso foi, afinal, sintetizado numa enumeração de crimes que não seriam anistiados, compreendendo, segundo a Lei da Anistia (Lei n. 6683, de 28 de agosto de 1979), os que tivessem sido condenados "pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal". Em sentido oposto, beneficiando os que abusando de uma função pública tivessem cometido crimes [.] [F]oram abrangidos os que tivessem cometido crimes políticos ou "conexos" com esses. Assim, aquele que matou alguém numa sessão de tortura estaria anistiado porque seu principal objetivo era combater um adversário político. O homicídio seria apenas conexo de outro crime, a ação arbitrária por motivos políticos, que seria o principal. Assim se chegou à Lei da Anistia.

[6] Depoimento prestado à Fundação Perseu Abramo, http://www2.fpa.org.br/conteúdo/dalmo-dallari.

23. Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano.

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à *tirania dos valores*. Então, como diz Hartmann[7], quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa, tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

24. Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. De resto, ao acordo político que resultou no texto da Lei 6.683/1979 e cujas partes a arguente indaga quais teriam sido, retornarei linhas adiante.

O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera.

A interpretação conforme a Constituição e os crimes conexos

25. No que concerne à segunda linha de argumentação enunciada na inicial, sustenta-se que determinada interpretação do preceito veiculado pelo § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 é incompatível com a Constituição. Essa interpretação, incompatível com a Constituição, seria a de que *a anistia estende-se aos crimes comuns, praticados por agentes públicos contra opositores políticos, durante o regime militar.* Daí o pedido de "interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".

A conexão criminal implicaria uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos nos vários crimes praticados. Se o agente é um só, a lei reconhece

---

[7] *Ethik*, 3. ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1949, p. 576 ("*Jeder Wert hat – wenn er einmal Macht gewonnen hat über eine Person – die Tendenz, sich zum alleinigen Tyrannen des ganzen menschlichen Ethos aufzuwerfen, und zwar auf Kosten anderer Werte, auch solcher, die ihm nicht material entgegengesetzt sind*").

a ocorrência de concurso material ou formal de crimes (Código Penal, arts. 69 e 70); se os agentes forem vários, há, tendo em vista a comunhão de propósitos ou objetivos, coautoria (Código Penal, art. 29). E também há conexão criminal quando os agentes criminosos atuaram uns contra os outros, embora aqui se trate de regra de unificação de competência, de modo a evitar julgamentos contraditórios; não há, então, norma de direito material.

Por isso os crimes praticados por agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar seriam *crimes comuns*. Não eram crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social (Decreto-Lei 314/1967, Decreto-Lei 898/1969 e Lei 6.620/1978). A repressão a esses crimes era implementada mediante a prática de crimes comuns, sem que houvesse comunhão de propósitos e objetivos entre agentes criminosos de um e de outro lado. De outra banda, além de a regra de conexão ser unicamente processual no último caso, "os acusados de crimes políticos – diz a inicial – não agiram contra os que os torturaram e mataram, dentro e fora das prisões do regime militar, mas contra a ordem política vigente no País naquele período".

A seguinte conclusão parcial é, destarte, extraída da inicial: a norma veiculada pelo § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 "tem por objeto, exclusivamente, **os crimes comuns, cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos. Ela não abrange os agentes políticos que praticaram, durante o regime militar, crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não**" (redação da inicial, fl. 16; negritos no original). Dizendo-o de outro modo: tem por objeto, exclusivamente, os *crimes comuns*, cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos; não abrange os *crimes comuns* praticados contra opositores políticos, presos ou não, por agentes políticos durante o regime militar.

A Associação Juízes para a Democracia apresentou razões "pelas quais postula a procedência do pedido formulado, nos termos do [art.] 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999, (sic) e no art. 131, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

Diz que se trata de delinear o *conceito* de crimes políticos e crimes conexos com estes, previstos na Lei 6.683/1979, para que seja determinada a sua extensão.

26. Observo neste passo, parenteticamente, que não é exatamente isso o que ocorre, visto que o § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 *define* crimes conexos aos crimes políticos: "[c]onsideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política". Não me estenderei aqui em debate acadêmico a respeito da distinção entre *conceitos* e *definições*, mas é certo que a *definição jurídica* explicita o termo de um determinado *conceito jurídico*[8]. O § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 define *crimes conexos aos crimes políticos* "para os efeitos" desse art. 1º. São *crimes conexos aos crimes políticos* "*os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política*". Podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de ter estado *relacionados com*

[8] Vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 237-238.

os crimes políticos ou [ii] hão de ter sido *praticados por motivação política*. São crimes outros que *não políticos*; logo, são *crimes comuns*, porém [i] *relacionados com os crimes políticos* ou [ii] *praticados por motivação política*.

27. A matéria há, porém, de ser examinada à luz da Constituição. Por isso não me deterei no quadro da infraconstitucionalidade senão para lembrar que a alusão a crimes conexos a crimes políticos aparece já na anistia concedida, em janeiro de 1916, a civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram em movimentos revolucionários no Estado do Ceará (Decreto 3.102, de 13 de janeiro de 1916, do Presidente do Senado Federal). Posteriormente isso se repete [i] no Decreto 3.163, de 27 de setembro de 1916, de Wenceslau Braz, Ministro da Justiça Carlos Maximilano, decreto que concedeu anistia às pessoas envolvidas em fatos políticos e conexos ocorridos no Estado do Espírito Santo em virtude da sucessão presidencial estadual; [ii] no Decreto 19.395, de 6 de novembro de 1930, que concedeu anistia a todos os civis e militares envolvidos nos movimentos revolucionários ocorridos no País; [iii] no Decreto 24.297, de 28 de maio de 1934, que concedeu anistia aos participantes do movimento revolucionário de 1932; [iv] no Decreto-Lei 7.474, de 18 de abril de 1945, que concedeu anistia a todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934 até a data de sua publicação, cujo § 2º do art. 1º considera conexos, para os efeitos desse mesmo preceito, "os crimes comuns praticados com fins políticos e que tenham sido julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional".

Outrossim, a expressão "*anistia ampla e irrestrita*" terá surgido no art. 1º do Decreto-Legislativo 22, de 23 de maio de 1956, que a concedeu a todos os civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram nos movimentos revolucionários ocorridos no País a partir de 10 de novembro de 1955 até 1º de março de 1956.

28. Esta expressão, "*crimes conexos a crimes políticos*", conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada *Lei de Anistia* diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei 6.683/1979, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada "*conexão criminal*". Refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

Esse significado, de conexão *sui generis*, é assinalado no voto do Ministro Decio Miranda no RHC 59.834: "não estamos diante do conceito rigoroso de conexão, mas de um conceito mais amplo, em que o legislador considerou existente esta figura processual, desde que se pudesse relacionar uma infração a outra". Lembre-se bem o texto do preceito do § 1º do art. 1º: "Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política".

29. A arguente tem razão: o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado

de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Anistia que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados – e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou, veremos logo adiante – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Parenteticamente transcrevo, neste passo, o que afirmou o Ministro Julio de Sá Bierrenbach quando do julgamento pelo Superior Tribunal Militar, em sessão do dia 6 de fevereiro de 1980, do Recurso Criminal 5.367, Rel. Min. Jacy Guimarães Pinheiro:

> Em 28 de junho próximo passado, ao tomar conhecimento do projeto da Lei da **Anistia**, que me foi trazido por um jornalista, critiquei o § 2º do art. 1º daquele projeto tal como estava redigido. Se o Governo desejava excetuar dos benefícios da **anistia** os indivíduos que praticaram crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, não deveria utilizar a expressão "os que foram *condenados* pela prática" de tais crimes: melhor teria sido utilizar a palavra *denunciados*, abrangendo todos os processados por aqueles crimes que se constituiriam na exceção da Lei da **Anistia**. Como todos sabemos, *condenados* são aqueles cuja condenação transitou em julgado, isto é, quando não mais cabe recurso à decisão judicial.
>
> Da forma em que estava no projeto, os condenados definitivamente por crimes de assalto, sequestro, atentado pessoal e terrorismo não seriam anistiados, ao passo em que os acusados pelos mesmos crimes, mas com processos em curso, seriam contemplados com a **anistia**! O projeto era injusto, pois beneficiaria os revéis, enquanto poderia manter no cárcere indivíduos menos responsáveis pelo mesmo delito, porém, já condenados. A celeridade da Justiça, tão desejada por todos nós, segundo o projeto, era contra os réus. Os condenados não seriam anistiados enquanto aqueles, cujos processos arrastavam-se na Justiça Militar, receberiam o benefício da **anistia**. Sem ser jurista, nem ao menos bacharel em direito, fiz esta e outras *críticas construtivas* ao projeto da lei na data em que o mesmo foi publicado, acentuando que o projeto ainda não havia passado no Congresso e que eu me curvaria diante da decisão que fosse sancionada. Minhas declarações, com um único propósito construtivo, evitar iniquidades, foram publicadas nos jornais de 1º de julho de 1979. Três ou quatro dias depois, um dos líderes do Governo no Congresso afirmava à imprensa que as injustiças seriam corrigidas com indulto presidencial. O projeto ainda não era lei, pois a mesma só foi sancionada dois meses depois, em 28-8-79, e já admitia injustiças (...). (Negritos e grifos no original.)

A propósito, lembre-se ainda que o STM, no dia 21 de novembro de 1979, no julgamento do Recurso Criminal 5.341, Rel. Min. Faber Cintra, concedeu a anistia do art. 1º da Lei 6.683/1979 a quem, condenado por delito dela excluído pelo seu § 2º, já cumprira inteiramente a pena que lhe fora imposta; isso em afirmando que o cumprimento da pena acarreta a cessação da punibilidade, exclusivamente a ela dizendo respeito, ao passo que a anistia diz com o fato perdoado. No mesmo sentido, aliás, as decisões tomadas nos Recursos Criminais 5.338, 5.459, 5.666 e 5.751 e na Apelação 37.808.

A verdade é que a anistia da Lei 6.683/1979 somente não foi totalmente ampla por conta do que o § 2º do seu art. 1º definiu: a exclusão, a ela, dos condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Não foi ampla plenamente, mas seguramente foi bilateral.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

30. Desta Corte coleciono algumas decisões que, de uma forma ou de outra, importam ao quanto estamos, nestes autos, a considerar. Faço-o sem esquecer o histórico aresto lavrado na AOE 13, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, em 1992, na qual se cuidava do seguinte: um brigadeiro da Aeronáutica que a memória nacional há de esquecer tentou usar uma unidade da FAB, conhecida como Parasar, para a prática de atos terroristas na cidade do Rio de Janeiro; o Capitão Sérgio Ribeiro Miranda de Carvalho impediu-o, contrariando ordens recebidas desse brigadeiro; foi reformado, no posto que ocupava, por haver se recusado a praticar atos de terrorismo (assassinato de políticos e outros cidadãos – transcrevo voto do Ministro Marco Aurélio –, explosão do gasômetro do Rio de Janeiro e destruição de instalações de força e luz, atos que seriam atribuídos aos comunistas, seguindo-se, como consectário, a caça a estes últimos); como fora já punido com prisão de 25 dias, sobrevindo a reforma de caráter punitivo, o Tribunal reconheceu a duplicidade punitiva, bem assim que a segunda punição deveu-se a simples vindita, reconhecendo a existência do "vício grave", por duplicidade de punição, mencionado no art. 9º do ADCT da Constituição de 1988.

31. Importa em especial considerarmos, no entanto, em relação ao caráter amplo das anistias concedidas entre nós, os julgados que passo a rememorar, inicialmente os atinentes ao caráter amplo das anistias.

31.1 Para começar, entre os acórdãos mais antigos desta Corte, o HC 1.386, Rel. Min. Piza e Almeida, em 4 de julho de 1900, que, ao considerar a anistia concedida pelo Decreto 310, de 21 de outubro de 1895, interpretou-a de modo a aplicá-la a crimes de morte praticados em 12 de outubro de 1896; diz o acórdão: "É consequência do caráter geral da anistia que ela se estenda aos delitos acessórios que se prendem ao crime político".

31.2 No HC 34.866, Rel. Min. Luiz Galloti, em 1957, afirmou o caráter amplo do Decreto Legislativo 27, de 20 de junho de 1956; a anistia nele concedida – diz a emenda – "não protege apenas a participação em greve, mas também os crimes com ela conexos, excluído o homicídio doloso"; isso porque o art. 2º do decreto legislativo expressamente os excluía do benefício.

31.3 No RC 1.019, Rel. Min. Ary Franco, em 1957, estendeu a ato ocorrido após 1º de março de 1956; mas, antes de sua publicação, os efeitos do Decreto Legislativo 22, de 23 maio do mesmo ano, que anistiou de modo amplo e irrestrito todos aqueles que houvessem praticado atos entre 10 de novembro de 1955 e 1º de março de 1956, relacionados com o movimento ocorrido a 10 de novembro de 1955.

31.4 No RC 1.025, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, em 1958, afirmou-se o caráter amplo da anistia concedida aos jornalistas, em relação a delitos de imprensa, pelo Decreto Legislativo 27.

31.5 A ementa do RHC 59.834, Rel. p/ o ac. Min. Cordeiro Guerra, em 1982, linhas acima referido, diz: "*Anistia*. Interpretação do art. 1º e seu § 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Crime de deserção praticado contemporânea

ou antecedentemente aos crimes políticos anistiados, (sic) considera-se conexo ou relacionado com os crimes políticos para o reconhecimento da extinção da punibilidade, por força do § 1º do art. 1º da Lei 6.683, de 28-8-1979".

32. Que o Supremo Tribunal Federal interpreta essa matéria de modo benéfico, disso dão conta, exemplarmente, os acórdãos lavrados nos RC 1.396 e RC 1.400, Relatores, respectivamente, os Ministros Xavier de Albuquerque e Leitão de Abreu, já em setembro de 1979, nos quais unanimemente atribuiu-se à expressão "condenados", no § 2º do art. 1º da Lei 6.683/1979, o significado de *condenado por sentença passada em julgado.* No mesmo sentido, o RC 1.410, Rel. Min. Decio Miranda, e o RC 1.401, Rel. Min. Cordeiro Guerra, ainda em 1979.

E, no RE 165.438, Rel. Min. Carlos Velloso, em 2004, destaco voto, que tudo resume, do Ministro Cezar Peluso: "em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos".

33. Outro ponto a considerarmos – e isso diz imediatamente com estes autos – encontra-se no RHC 28.294, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, de 1942, cuja ementa é a seguinte: "Estão incluídos na anistia ampla outorgada pelo Decreto 19.395 de 1930, em relação aos crimes políticos e militares e aos conexos com estes, os delitos atribuídos a policiais de um Estado cometidos na perseguição de grupos sediciosos que se movimentavam no sertão". Tratava-se de fatos ocorridos em 1926. Cleto Campelo, tenente revoltoso, partiu de Jaboatão, com um grupo de revolucionários, pretendendo incorporar-se à Coluna Prestes. Em Gravatá, morto em combate Cleto Campelo, seguiram os demais, sob o comando de Valdemar de Paula Lima, até que, perseguidos a partir de Limoeiro por uma força irregular integrada por policiais da Força Pública do Estado de Pernambuco, caíram em uma emboscada. Valdemar de Paula Lima e dois dos seus demais companheiros foram então brutalmente assassinados, com requintes de crueldade, sangrados a punhal. Três policiais foram denunciados por esses homicídios em janeiro de 1931. Após longa tramitação dos autos, foi negada a aplicação da anistia do Decreto 19.395 aos acusados. Esta Corte o fez. Colho, no voto do Relator, o Ministro Philadelpho de Azevedo, o seguinte trecho: "A medida devia, assim, alcançar aos que se envolveram direta ou indiretamente, (sic) em movimentos revolucionários, tanto de um lado, como de outro, sendo inútil desmontar as peças de textos de largo alcance social para apurar se o mesmo fato constituiria crime político ou crime militar, ou ainda conexo com qualquer deles". Concedeu-se o *habeas corpus* por unanimidade.

Há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós.

A interpretação do direito e as leis-medida

34. No início deste meu voto, detive-me em digressão a respeito da interpretação do direito. Torno a ela, mas não me olhem assim. Não pretendo promover aqui, como diria nosso José Paulo Sepúlveda Pertence, um seminário jurídico.

Desejo somente relembrar o quanto anteriormente observei: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso. Interpretamos sempre os textos e a realidade. Daí – o que venho reiteradamente afirmando – que o direito é um dinamismo, donde a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos[9].

Essa afirmação aplica-se exclusivamente, contudo, à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas que chamamos de *leis-medida*.

35. Explico-me. As *leis-medida* (*Massnahmegesetze*) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. Detive-me sobre o tema em texto acadêmico[10], inúmeras vezes tendo a elas feito alusão em votos que proferi nesta Corte[11]. O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As *leis-medida* configuram *ato administrativo* completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*. Cuida-se, então, de *lei não norma*[12]. É precisamente a edição delas que a Constituição de 1988 prevê no seu art. 37, XIX e XX.

Pois o que se impõe deixarmos bem vincado é a inarredável necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual.

36. Recordo o que se deu no julgamento, por esta Corte, do HC 29.151, Rel. Min. Laudo de Camargo, em setembro de 1945. Eduard Arnold fora condenado pelo Tribunal de Segurança Nacional pela prática do delito de espionagem. Sobrevindo o Decreto 7.474, de 18 de abril de 1945, pediu fosse extinta a pena em virtude da concessão de anistia. A ordem foi negada porque o caso demandava exame de provas em torno da seguinte questão: os delitos teriam sido praticados, ou não, em tempo de guerra, contra a segurança nacional, contra a segurança externa do País[13]. O que importa neste momento assinalar são, contudo,

---

[9] Disse-o em meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 59.

[10] *O direito posto e o direito pressuposto*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254-255.

[11] *V.g.*, ADI 3.573.

[12] V., *v.g.*, meus votos na ADI 820 e na ADI 3.145.

[13] No voto do Relator são ainda referidas decisões tomadas nos HC 29.034 e 29.111.

ponderações do Ministro Orozimbo Nonato no sentido de que "[c]abe ao intérprete, na aplicação da lei, verificar-lhe a finalidade, a *mens legis* atendendo ao momento histórico em que ela surgiu, e ao escopo a que visa, sem se deixar agrilhoar demasiadamente à sua literalidade". Em seguida, observando que naquele momento não se cogitava do "perdão de crimes contra a segurança externa do País, de delitos contra a integridade do Brasil", quanto aos demais delitos anotou: "Ora, no caso dos autos, como lembrou o Sr. Ministro Filadelfo de Azevedo, a Lei de Anistia resultou de um longo clamor de consciência pública, refletida na imprensa e em comícios. Era o ciclo que se abria, da redemocratização do Brasil e todos pediam que se lançasse perpétuo olvido aos delitos de opinião pública, às manifestações contra o regime vigente". Até parece, Senhores Ministros, que Orozimbo Nonato falava das jornadas de 1979, avançando sobre o meu argumento de agora.

37. Registro a existência, no Brasil, no período republicano, de mais de trinta atos de anistia, veiculados pelos seguintes decretos ou leis-medidas: Decreto 8/1891 (oposição ao Governo do Marechal Deodoro no Pará); Decreto 83/1892 (movimentos revolucionários em Mato Grosso e no Rio Grande do Sul); Decreto 174/1893 (acontecimentos políticos em SC e PE); Decreto 175/1893 (movimentos de 2-3-1893 no Maranhão); Decreto 176/1893 (movimento ocorrido em Catalão/GO); Decreto 305/1895 (acontecimentos políticos em Alagoas e Goiás); Decreto 310/1895 (movimentos revolucionários); Decreto 406/1896 (movimento de 4-9-1896 em Sergipe); Lei 533/1898 (amplia a anistia concedida pelo Decreto 310/1895); Decreto 1.373/1905 (Revolta da Vacina); Decreto 1.599/1906 (movimentos revolucionários de Sergipe e Mato Grosso); Decreto 2.280/1910 (Revolta da Chibata); Decreto 2.687/1912 (ampliação da anistia à Revolta da Chibata); Decreto 2.740/1913 (revoltas no Acre e em Mato Grosso); Decreto 3.102/1916 (revolução no Ceará e crimes políticos no País); Decreto 3.163/1916 (crimes políticos no Espírito Santo em virtude da sucessão presidencial); Decreto 3.178/1916 (ampliação das anistias de 1895 e 1898); Decreto 3.492/1916 (eventos no Amazonas e Guerra do Contestado no Paraná e em Santa Catarina); Decreto 19.395/1930 (Revolução de 1930); Decreto 20.249/1931 (movimentos sediciosos de 28-4-1931 em São Paulo); Decreto 20.265/1931 (movimentos sediciosos de 20-5-1931 em Pernambuco); Decreto 24.297/1934 (Revolução Constitucionalista de 1932); Decreto-Lei 7.474/1945 (Intentona Comunista de 1935); Decreto-Lei 7.769/1945 (integrantes da Força Expedicionária Brasileira); Decreto-Lei 7.943/1945 (crimes de injúria ao poder público e crimes políticos); Decreto Legislativo 18/1951 (crime de greve); Lei 1.346/1951 (crimes eleitorais de leis revogadas); Decreto Legislativo 63/1951 (crime de injúria ao poder público); Decreto Legislativo 70/1955 (conflito no jornal *Tribuna Popular*/RJ); Decreto Legislativo 16/1956 (crimes de imprensa); Decreto Legislativo 22/1956 (movimentos revolucionários de 1955 a 1956); Decreto Legislativo 27/1956 (crimes de greve, de imprensa e insubmissão nas Forças Armadas); Decreto Legislativo 18/1961 (crimes políticos, greve, militares e imprensa); Lei 6.683/1979 (crimes políticos e conexos entre 1961 e 1979); Lei 7.417/1985 (mães de família condenadas a até cinco anos de prisão).

Como deveríamos hoje interpretar esses textos? Tomando-se a realidade político-social do nosso tempo, nos dias de hoje, ou aquelas no bojo das quais cada qual dessas anistias foi concedida?

38. Quais os *crimes conexos* que o § 1º do art. 1º do Decreto 3.102, de 13 de janeiro de 1916, anistiou? Eram crimes conexos "ainda que não tenham tido ligação especial e imediata com os movimentos revolucionários" do Estado do Ceará, no tempo decorrido entre 1º de janeiro de 1913 e 7 de setembro de 1915.

Qual a abrangência da expressão *crimes conexos* na anistia que o Decreto 3.163, de 27 de setembro de 1916, concedeu aos envolvidos em fatos políticos e conexos nesse mesmo ano ocorridos no Estado do Espírito Santo?

E a anistia de 8 de novembro de 1930, concedida pelo Decreto 19.395 a "todos os civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram nos movimentos revolucionários, (sic) ocorridos no País", abrangendo – nos termos do § 1º do seu art. 1º – "todos os crimes políticos e militares, (sic) ou conexos com esses"? Alcançou exclusivamente os revolucionários ou terá beneficiado ainda os que os reprimiram?

Vou além nestas minhas indagações, Senhores Ministros. Como poderemos apurar o significado da expressão "qualquer outro crime político e os que lhe forem conexos" no parágrafo único do art. 2º do Decreto 24.297, de 28 de maio de 1934, que concedeu anistia aos participantes do movimento revolucionário de 1932? Deveremos considerar, para tanto, a realidade daquele momento histórico ou ousaríamos permitir-nos fazê-lo imersos na realidade do presente? A resposta é evidente. O preceito não teria mesmo nenhum sentido, não poderia ser compreendido por quantos ignorassem o que ocorreu neste país na primeira metade dos anos 30.

E chego a 1945, ao Decreto-Lei 7.474, de 18 de abril, que anistiou os crimes conexos com os políticos cometidos desde 16 de julho de 1934 até esta data, 18 de abril. Note-se que aqui se poderia suscitar largo debate, visto que o § 2º do art. 1º do Decreto-Lei teria como conexos somente os crimes comuns, praticados com fins políticos, que tenham sido julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Como resolver essa questão com as lentes que a visão da realidade do presente instala em nossas mentes? Para fazê-lo força é apreendermos a realidade histórico-social do momento da anistia de que se trata. Ela alcançou, ao referir crimes conexos com os políticos, exclusivamente os que tentaram contra o governo ou beneficiou ainda os que, praticando crimes comuns, os reprimiram?

39. Pois assim há de ser também com a anistia de que ora cogitamos. Aqui estamos, como nas demais anistias a que venho aludindo, diante de *lei-medida*. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão *crimes conexos* na Lei 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" (sic) estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

A chamada *Lei da Anistia* veicula uma decisão política naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979 – assumida. A Lei 6.683 é uma *lei-medida*, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido.

40. Leio o que escreveu o então Conselheiro da OAB, José Paulo Sepúlveda Pertence, em parecer pela mesma OAB encaminhado ao Presidente do Senado Federal em agosto de 1979:

> 02. De resto, passado quase um mês da revelação da proposta, não é temerário afirmar que, à falta de contestação válida dos intérpretes do Poder, já se conscientizou a opinião pública da procedência das objeções suscitadas pela vanguarda da sociedade civil contra as restrições que o Governo pretende impor à conquista da anistia.
>
> 03. O exame global do projeto desvela de imediato o seu pecado substancial: é a sua frontal incompatibilidade com um dado elementar do próprio conceito de anistia, ou seja, o seu caráter objetivo. Em outras palavras: o que o Governo está propondo, com o nome de anistia, tem antes o espírito de um indulto coletivo que o de uma verdadeira anistia. Esta distorção básica está subjacente aos pontos mais criticáveis do projeto: da odiosa e arbitrária discriminação dirigida exclusivamente aos já condenados por determinados crimes políticos (art. 1º, § 2º), ao condicionamento do retorno ou reversão dos servidores públicos à existência de vaga e ao interesse da Administração (art. 3º), e à exclusão desse benefício "quando o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor" (art. 3º, § 4º).
>
> 04. Mais que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é a sua objetividade. Isso sabidamente significa, como se lê, por exemplo, em Anibal Bruno (Direito Penal, III/201), que, "a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime e, em consequência, ficam excluídos de punição os que o cometeram". A ideia já estava presente no célebre arrazoado de Rui Barbosa (in Comentários à Constituição, 2/441), quando se mostrava que, pela anistia, "remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração". Por isso, a observação de Pontes de Miranda (Comentários à Const. de 1946, I/343-344), de que "a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal com sinais trocados"; e acrescenta: com ela, "olvida-se o ato criminal, com a consequência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou processual. Aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser". Na mesma linha, Raimundo Macedo (Extinção da Punibilidade, p.), a enfatizar que a anistia "é como a lei nova que deixou de considerar o fato como crime".
>
> 05. A recordação dessa verdade elementar basta para ver como não se pode sustentar a sério a legitimidade jurídica ou moral de pretender engalanar-se com a grandeza da anistia – que está, por definição, na generalidade objetiva da determinação do seu alcance – um projeto que discrimina entre autores não condenados e autores já condenados pelos mesmos crimes políticos, para excluir estes dos benefícios da anistia, que se estenderão àqueles.
>
> 06. Não se desconhece que a tradição histórica – fonte necessária de identificação conceitual do instituto, onde, como ocorre entre nós, a Constituição não o define – tem legitimado a anistia parcial, que exclua da sua incidência discriminante

> determinadas categorias de partícipes do fato anistiado. Mas, para que tais exclusões sejam legítimas, devem elas basear-se em fatos atribuíveis às pessoas excluídas da anistia. São exemplos frequentes a reincidência, a recusa à deposição de armas no prazo estabelecido e outras tantas circunstâncias objetivas, às quais – porque imputáveis ao agente – se tem considerado que o legislador pode atribuir a força negativa de impedir que sobre sua conduta criminosa, em particular, se estenda a eficácia da anistia.

O que então se debatia eram essas discriminações, em especial a que resultou contemplada no § 2º do art. 1º da lei. No que tange, no entanto, à concessão de anistia aos agentes do Estado, leio ainda em Pertence:

> 17. Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.
>
> 18. De outro lado, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada – quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do Poder – que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo.
>
> 19. Não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes.

41. Mais não será necessário dizer, Senhores Ministros. Permito-me unicamente reproduzir, neste passo, trecho de entrevista de José Paulo[14], grande Ministro desta Corte, duplamente cassado pela ditadura militar, como membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e como professor da Universidade de Brasília, entrevista na qual afirma nada ter a alterar no parecer que a venho aludindo e diz, ainda mais:

> No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos "porões do regime", como então se dizia, pelos agentes civis e militares da repressão.
>
> Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1º, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.
>
> (...)
>
> É expressivo recordar que, no curso de todo o processo legislativo – que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares –, nem uma voz se tenha levantado para por em dúvida a interpretação de que o art. 1º, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassínios perpetrados por servidores públicos, sob o manto da imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda – não muitas, porque de antemão condenadas à derrota sumária – para excluir da anistia os torturados e os assassinos da repressão desenfreada.

---

[14] Carta Maior (www.cartamaior.com.br), 18 de janeiro de 2010.

42. Anoto a esta altura, parenteticamente, a circunstância de a Lei 6.683 preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição – preceito que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, *leis-medida* que a tenham precedido.

Refiro-me ainda, neste passo, a texto de Nilo Batista, na *Nota introdutória* a obra recentemente publicada[15], de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann:

> (...) em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu *a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade* de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, "o costume internacional não pode ser fonte de direito penal" sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente *Arellano x Chile,* a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas "para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998".

A transição para a democracia

43. Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos.

Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver). Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos. Inclusive a OAB, de modo que nestes autos encontramos a OAB de hoje contra a OAB de ontem. É inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Como se tivessem sido cúmplices dos outros.

Para como que menosprezá-la, diz-se que o acordo que resultou na anistia foi encetado pela elite política. Mas quem haveria de compor esse acordo, em nome dos subversivos? O que se deseja agora, em uma tentativa, mais do que de reescrever, de reconstruir a História? Que a transição tivesse sido feita, um dia, posteriormente ao momento daquele acordo, com sangue e lágrimas, com violência? Todos desejavam que fosse sem violência, estávamos fartos de violência.

---

[15] *Justiça de transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8-9.

Interpretação e revisão da *Lei da Anistia*

44. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia. Disso dou exemplo. Refiro-me a reiterados votos do Ministro Sepúlveda Pertence a propósito da não abrangência, pela anistia, dos praças expulsos dos quadros militares por motivação política apenas porque, não sendo titulares de estabilidade, a punição não precisava fundar-se em atos de exceção; bastava, para tanto, a legislação disciplinar. A iniquidade, patente, jamais foi corrigida. Menciono, por todos, votos de Pertence no RE 125.641, Rel. Min. Celso de Mello, em 1991, e na AO 13, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, em 1992. Nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo.

Cabe bem lembrar, neste passo, trecho do voto do Ministro Orozimbo Nonato no REC 10.177, julgado em 11 de maio de 1948: "Ao Poder Judiciário cabe apenas o encargo de interpretar a lei que traduz a anistia, sua extensão e alcance quanto aos fatos e às pessoas. No que tange ao mais, nada lhe cumpre fazer. O assunto, escreve Carlos Maximiliano, citando Cobat, de natureza essencialmente política, enquadra-se na competência exclusiva do Congresso cujo *veredictum*, sobre o caso, não sofre revisão do Judiciário (Com. à Const. Bras., 1948, v. II, n. 357, p. 154)"[16]. Transcrevo o texto de Carlos Maximiliano: "Quem interpreta e faz cumprir a Lei da Anistia? Quanto ao primeiro caso, forçoso é distinguir. Não se discutem os motivos, nem a justiça ou a oportunidade da concessão, depois de feita esta. O assunto, de natureza essencialmente política, enquadra-se na competência exclusiva do Congresso, cujo *veredictum*, sobre o caso, não sofre revisão do Judiciário. Cabe a este em França, e com razão maior no Brasil, interpretar o decreto da anistia, verificando e traduzindo o sentido do texto, determinando o alcance da providência quanto aos fatos a que se aplica e às pessoas a que aproveita. A execução da lei compete às autoridades administrativas em primeiro lugar; devem agir, também, as judiciárias para suspender os processos e restituir a liberdade até aos condenados"[17].

45. Digo-o no pórtico desta seção, deste meu voto, na qual passo a dar atenção ao tema da interpretação e da revisão da chamada *Lei de Anistia*.

A arguente questiona, na inicial, a existência de um acordo para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito. "[Q]uem foram as partes nesse acordo?" – indaga.

Não há, porém, dúvida alguma quanto a tanto. Leio entre aspas o que diz o ex-Ministro da Justiça, Tarso Genro[18]: "Houve, sim, um acordo político feito

---

[16] Veja-se ainda a ementa lavrada no REC 10.998, Rel. Min. Barros Barreto, de 7 de junho de 1948, atinente à anistia concedida pelo Decreto-Lei 7.943, de 1945.

[17] *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. II, 5. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954, p. 163-164.

[18] *Teoria da democracia e justiça na transição*. Belo Horizonte: UFMG, 2009, p. 34.

pela classe política". E mais diz ele, diz que esse acordo, como outros, não impõe cláusulas pétreas[19]. Que o seja, mas é certo que ao Poder Judiciário não incumbe revê-lo. Dado que esse acordo resultou em um texto de lei, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo.

Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar arguições de descumprimento de preceito fundamental, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e a Constituição.

46. Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá, contudo, ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria.

47. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

Começo com o exemplo do Chile.

O Decreto-Lei 2.191, de 18 de abril de 1978, conhecido como "*Ley de Amnistía*", concedeu-a a todas as pessoas que, na qualidade de autores, cúmplices ou partícipes, tenham incorrido em delitos durante a vigência da situação de Estado de Sítio, compreendida entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, desde que não se encontrassem submetidas a processo ou condenadas. Foram também excluídos da anistia delitos mais graves, como parricídio, infanticídio, subtração ou corrupção de menores, estupro, incesto, etc. Resultaram todavia beneficiadas pela anistia todas as pessoas condenadas por Tribunais Militares em período posterior a 11 de setembro de 1973.

Em janeiro de 2007, a Corte Suprema chilena por maioria considerou não suscetíveis de anistia e imprescritíveis os crimes cometidos contra o desaparecido político José Matías Ñanco, fazendo-o com esteio em normas de Direito Internacional, sob o argumento de que se tratava de crimes de lesa-humanidade. Em novembro seguinte, no entanto, contrariando esse entendimento, declarou prescritos os crimes cometidos pelo Coronel de Exército Claudio Lecaros Carrasco.

Daí que, em 10 de junho de 2008, o Senado chileno rechaçou projeto de lei que reinterpretava o art. 93 do Código Penal e excluía da concessão de anistia, graça ou indulto os autores de crimes de lesa-humanidade. Posteriormente, em 12 de janeiro passado, os deputados Isabel Allende e Marcelo Díaz apresentaram ao Legislativo um projeto de lei visando à revogação do Decreto-Lei 2.191/1978, objetivando anular os seus efeitos.

No Chile, como se vê, a revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, será feita pelo Poder Legislativo.

---

[19] Idem, ibidem.

48. Na Argentina, estando ainda no exercício do poder os militares, a Lei 22.924 – chamada "*Ley de Pacificación*" –, em 23 de março de 1983, concedeu anistia aos delitos cometidos com motivação, finalidade terrorista ou subversiva desde 25 de maio de 1973 até 17 de junho de 1982. Tida posteriormente como lei de "autoanistia", a Lei 23.040, de 22 de dezembro do mesmo ano, derrogou-a, declarando-a nula.

Ao final de 1983, passaram a ser promovidas persecuções penais contra guerrilheiros e juntas militares (Decretos 157 e 158, de 13 de dezembro de 1983).

Em 24 de dezembro de 1986, foi promulgada a Lei 23.492, conhecida como "*Ley de Punto Final*", que estabeleceu um prazo de sessenta dias para a citação, nas ações penais promovidas contra pessoas envolvidas nos conflitos políticos conhecidos como "*Guerra Sucia*", pena de extinção dessas mesmas ações penais.

No dia 8 de junho de 1987, foi sancionada a Lei 23.521, conhecida como "*Ley de Obediencia Debida*", que isentou de culpa oficiais chefes, oficiais subalternos, suboficiais e pessoal de tropa das forças armadas, bem assim policiais e agentes penitenciários que reprimiram o terrorismo entre 24 de março de 1976 e 26 de setembro de 1983, por terem atuado em virtude cumprindo ordens superiores.

No dia 21 de agosto de 2003, sobreveio a Lei 25.779, que declarou nulas as Leis do Ponto Final – 23.492 – e da Obediência Devida – 23.521.

É certo que, em junho de 2006, a Câmara de Cassação Penal argentina declarou a inconstitucionalidade do indulto concedido pelo então Presidente Carlos Menem ao ex-General Santiago Riveros, decisão confirmada em junho de 2007 pela Corte Suprema, abrindo caminho para a declaração de inconstitucionalidade de indultos similares. Mas na Argentina – dir-se-á que em razão de mudanças do tempo e da sociedade – a revisão das leis de anistia foi procedida pelo Poder Legislativo. A Corte Suprema não as reviu, limitou-se a aplicar os preceitos aportados ao ordenamento jurídico por essa revisão.

49. Também no Uruguai aconteceu assim.

No dia 8 de março de 1985, foi promulgada a Lei 15.737, que concedeu indulto a presos políticos, bem assim aos que haviam cometido "crimes de sangue" conexos com crimes políticos. No dia 22 de dezembro seguinte, a Lei 15.848/1986, a chamada de "*Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado*", anistiou os delitos cometidos até 1º de março de 1985 por funcionários policiais e militares, por motivação política ou assemelhada, bem assim os praticados no cumprimento de suas funções, em ações ordenadas pelo regime que comandou o país durante o período de fato.

Em abril de 1989, no dia 16, a maioria dos eleitores uruguaios votou, em referendo então realizado, pela sua não revogação.

Posteriormente, após o lançamento, em setembro de 2007, de nova campanha de recolhimento de assinaturas visando a submeter a plebiscito a anulação dos arts. 1º a 4º dessa mesma lei, em 14 de junho de 2009, a Corte Eleitoral do Uruguai declarou ter sido alcançado o número de assinaturas necessárias à sua realização, que deveria ocorrer quando das eleições nacionais, em 25 de outubro seguinte.

É verdade que no dia 19 de outubro, a despeito da iminência do plebiscito, a Suprema Corte de Justiça, apreciando denúncia referente à morte de uma militante comunista detida em uma unidade militar em junho de 1974, afirmou a inconstitucionalidade dessa mesma "*Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado*". Isso porque ela violaria o princípio da separação dos poderes na medida em que excluíra da órbita do Poder Judiciário o julgamento de condutas com aparência delitiva e afetara seriamente garantias que o ordenamento constitucional depositou em suas mãos. Não obstante, seis dias após, 25 de outubro, data da eleição presidencial, a maioria dos eleitores manifestou-se, em plebiscito, pela preservação da sua vigência.

50. Permito-me repetir o quanto afirmei linhas acima. O acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito. Ao Supremo Tribunal Federal – repito-o –, não incumbe legislar.

A EC 26, de 27 de novembro de 1985

51. Chego quase ao final deste voto. Antes, contudo, cumpre considerarmos preceito veiculado pelo art. 4º, § 1º, da EC 26/1985:

> Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.
>
> § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

Repito: "É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos...". O período alcançado por esta anistia, da EC 26/1985, é definido pelo § 2º deste mesmo art. 4º: atos praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Perdoe-me, Senhor Presidente; perdoem-me, Senhores Ministros, mas leio a lei e a emenda constitucional:

> [i] Lei 6.683/1979, art. 1º: "É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes...";
>
> [ii] EC 26/1985, art. 4º, § 1º: "É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos..." – e completo: no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

52. Retorno ao texto de Nilo Batista[20], em trecho em que diz da impropriedade de entrever-se autoanistia na lei:

---

[20] Ob. cit., p. 11.

> Sempre se soube da grande negociação política; hoje se sabe até que houve resistência à lei do ex-presidente General Geisel. Mas se o Congresso Nacional de 1979 pode ser olhado com certas reservas, o de 1985 – já após eleições diretas para os governos estaduais, já com o país governado por um presidente civil, entre outros indicadores importantes – por certo não precisava legislar anistia em causa própria; e na mesma emenda na qual era convocada a Assembleia Nacional Constituinte que resultaria na Constituição de 1988, a anistia ascendia à hierarquia constitucional, deixando no degrau de baixo a restrição aos chamados "crimes de sangue", que integrara a lei ordinária, e assim tornando-se penalmente irrestrita (...)

Isso fulmina o argumento, do arguente, de que "o mencionado diploma legal, para produzir o efeito de anistia de agentes públicos que cometeram crimes contra o povo, deveria ser legitimado, após a entrada em vigor da atual Constituição, pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres, ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo (Constituição Federal, art. 14). O que não ocorreu"; e, em seguida, de que "num regime autenticamente republicano e não autocrático os governantes não têm poder para anistiar criminalmente, quer eles próprios, quer os funcionários que, ao delinquirem, executaram suas ordens".

53. O que importa ainda é seguirmos a exposição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[21] a respeito da EC 26/1985, cujo art. 1º conferiu aos membros da Câmara dos Deputados e ao Senado o poder de se reunirem unicameralmente em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Daí que ela é dotada de caráter constitutivo. Instala um novo sistema normativo.

Diz o Professor Tércio[22] que, "ao promulgar emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (poder constituído) se põe como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está sendo acionada, mas uma outra, com o mesmo relato, mas com outro emissor e outro receptor. É uma norma nova, uma norma-origem". Essa nova norma tem caráter constitutivo, constitui ela própria o comportamento que ela mesma prevê. E conclui[23]: "(...) quando o Congresso Nacional promulga uma emenda (n. 26) conforme os arts. 47 e 48 da Constituição 67/69, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos arts. 47 e 48 que está sendo utilizada, mas uma outra, pois o poder constituído já assumiu o papel de constituinte".

54. Eis o que se deu: a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/1985, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém a do art. 4º, § 1º, da EC 26/1985. Mas estão todos como que [re]anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Por isso não tem sentido questionar se a anistia,

---

21 *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 193.

22 Ob. e loc. citados.

23 Ob. cit., p. 194.

tal como definida pela lei, foi ou não *recebida* pela Constituição de 1988. Pois a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A norma prevalece, mas o texto – o mesmo texto – foi substituído por outro. O texto da lei ordinária de 1979 resultou substituído pelo texto da emenda constitucional.

A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário constitucionaliza-a, a anistia. E de modo tal que – estivesse o § 1º deste art. 4º sendo questionado nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que não ocorre, já que a inicial o ignora – somente se a nova Constituição a tivesse afastado expressamente poderíamos tê-la como incompatível com o que a Assembleia Nacional Constituinte convocada por essa emenda constitucional produziu, a Constituição de 1988.

55. A EC 26/1985 inaugura a nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental.

De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do art. 4º da EC 26/1985, existirá a par dele (dicção do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma porque, como vimos, foi mera *lei-medida*, dotada de efeitos concretos, exauridos – repito, parenteticamente, o que observei linhas acima: a *lei-medida* consubstancia um comando concreto revestindo a forma de norma geral, mas traz em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirige; é lei apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*; é *lei não-norma*. A duas porque o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam.

56. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, teremos que sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade – totalidade que o novo sistema normativo é – tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Por isso não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do art. 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

57. Dir-se-á, destarte, que terá sido rebarbativo este meu voto. Se o texto da lei ordinária fora retirado do ordenamento pela emenda constitucional ou existe a par dela, tudo quanto foi dito a respeito da lei ordinária terá sido despiciendo. Não obstante, não é assim. Em primeiro lugar porque, como diz o poeta português José Carlos Ary dos Santos[24], "não há coisa mais pura do que dizer

[24] *As portas que abril abriu*. Lisboa: Editorial Comunicação, 1975.

a verdade"; depois porque tudo quanto afirmei a propósito da lei ordinária se amolda ao preceito da EC 26/1985, a estabilidade social impondo seja repetido.

58. Recebi estes autos com parecer da Procuradoria-Geral da República em 29 de janeiro deste ano de 2010. Em dois meses, com afinco, mas rapidamente, preparei este meu voto. Isso na medida em que – e por certo não me excedo ao observá-lo – a estabilidade social reclama pronto deslinde da questão de que aqui estamos, agora, a nos ocupar. Pronto deslinde, de uma vez por todas, sem demora.

Observações finais

59. Retorno ao parecer do eminente Procurador-Geral da República. Impõe-se, sim, o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu entre nós durante as décadas sombrias que conheci. Que se o faça – e se espera que isso logo ocorra – quando do julgamento da ADI 4.077, na qual é questionada a constitucionalidade das Leis 8.159/1991 e 11.111/2005. Transcrevo trecho desse parecer, que subscrevo: "Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático".

60. É necessário dizer, por fim, vigorosa e reiteradamente, que a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes.

Há coisas que não podem ser esquecidas. Em um poema, *Hombre preso que mira su hijo*, Mario Benedetti[25] diz ao filho que "*es bueno que conozcas/que tu viejo calló/o puteó como un loco/que es una linda forma de callar*"; "*y acordarse de vos* – prossegue –*/de tu carita/lo ayudaba a callar/una cosa es morirse de dolor/y otra cosa morirse de vergüenza*". E assim termina esse lindo poema, que de quando em quando ressoa em minha memória: "*llora nomás botija/son macanas/que los hombres no lloran/aquí lloramos todos/gritamos berreamos moqueamos chillamos maldecimos/porque es mejor llorar que traicionar/porque es mejor llorar que traicionarse/llora/pero no olvides*". É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado.

Julgo improcedente a ação.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, seria interessante destacar as preliminares.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Acho que não, Senhor Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, penso que devemos observar não só o Código de Processo Civil, como também o Regimento Interno. Se há

[25] *Antologia poética*, Editorial. Buenos Aires: Sudamericana, 2000, p. 113-115.

articulação de preliminares que podem prejudicar o exame de fundo, devemos abordá-las e decidir a respeito.

Eu, por exemplo, tenho sérias dúvidas, presente o processo objetivo, sobre a adequação da medida. Por isso é que insisto na necessidade de observar-se a ordem natural das coisas, a ordem instrumental, examinando as preliminares primeiro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se Vossa Excelência tem dúvidas, vamos examiná-las.

VOTO
(Sobre preliminar)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, vou acompanhar o Relator em todas as preliminares.

Considero que estão cumpridas as preliminares; em primeiro lugar, porque a controvérsia judicial em face do art. 3º da Lei 9.882 faz constar "se for o caso". Logo, mesmo não havendo controvérsia judicial devidamente comprovada, mas havendo uma controvérsia relevante constitucional, como foi aqui demonstrada e enfatizada agora pelo Relator, em que o próprio Poder Executivo tem e põe dúvidas de maneira enfática, acho que está cumprida.

Quanto à última preliminar – porque todas as outras eu considero cumpridas –, a questão da prescrição, acho que isso seria aferido em cada caso, se for o caso e conforme a decisão de mérito da ação.

Razão pela qual eu rejeito as preliminares, acompanhando o Relator.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Também estou rejeitando as preliminares, nos termos do voto do Relator.

Quanto à adequação da via eleita, arguição de descumprimento de preceito fundamental, eu me satisfaço com a cabeça do art. 1º da lei, por se tratar, no caso, de uma ação autônoma e não de uma ação incidental. Mas o Ministro Eros Grau dá pelo cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental também à luz do parágrafo único do art. 1º da lei, porque de fato os pressupostos estão presentes. Trata-se de matéria relevante, o fundamento da controvérsia constitucional é relevante e incide sobre lei ou ato normativo federal.

Quanto às outras preliminares, Sua Excelência também faz uma análise focada, uma por uma, como, por exemplo, no que toca à preliminar de ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema. Sua Excelência enfrenta bem essa preliminar para afastá-la, até porque, no caso, essa preliminar se confunde com o mérito.

Quanto à preliminar da prescrição, também acho que Sua Excelência se houve bem no enfrentamento da questão, dizendo:

> Sucede que a matéria da prescrição não prejudica a apreciação do mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, visto que somente se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia abrir-se-á a oportunidade de apuração da prescrição. A preliminar é, destarte, rejeitada.

Eu, portanto, na linha do voto do Relator, afasto todas as preliminares suscitadas.

VOTO
(Sobre preliminar)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Também eu, Senhor Presidente, como o Relator, afasto as preliminares. Embora considere que algumas delas apresentem maior consistência, entendo, como Sua Excelência, que a matéria de fundo é de tal relevância que importa sobrelevarmos eventuais dúvidas meramente processuais para atingirmos o mérito.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, acompanho o Relator e gostaria de observar – o Ministro Eros Grau inclusive mostrou – que algumas das preliminares são inseparáveis, de modo que – tal como explicitou a Ministra Ellen – algumas delas terão de ser consideradas no mérito.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o Relator teve a gentileza de nos proporcionar o voto quanto às preliminares. Por isso mesmo, agrupadas – e talvez não pudesse votar de ouvido –, tenho como abordá-las.

A primeira delas versa matéria já pacificada na Corte, ou seja, ligada ao que previsto, quanto aos requisitos da inicial na arguição de descumprimento de preceito fundamental, no art. 3º da Lei 9.882/1999:

> V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Esse preceito tem início com a expressão "se for o caso", como ressaltado pela Ministra Cármen Lúcia.

De qualquer forma, precisamos considerar o que se contém no art. 1º da lei, a revelar a adequação da arguição, prevista no § 1º do art. 102 da Carta da República, quando se tem "por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público".

Acredito mesmo que a exigência, sob o ângulo da forma, de decisões díspares no meio jurisdicional não poderia esvaziar o conteúdo da norma maior – a da Constituição –, ao prever essa ação, para mim nobre, que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De qualquer modo, existe a controvérsia – muito importante, porque diz respeito ao poder público – institucional: o descompasso notado, consideradas ópticas de auxiliares, em termos de Ministérios, do Presidente da República.

Surge o problema alusivo ao alcance da impugnação. Estamos diante de ação que – não digo irmã gêmea da direta de inconstitucionalidade, como é a declaratória de constitucionalidade – se apresenta em processo objetivo.

Quanto ao descumprimento de preceito fundamental, não há como exigir que todo o diploma legal, os diversos dispositivos do diploma legal impliquem o descumprimento de preceito fundamental. É mais uma preliminar, portanto, que se mostra improcedente.

O Ministério da Defesa articula que o autor da ação não mencionou as autoridades responsáveis pelos atos concretos de descumprimento de preceitos fundamentais. Indago: o processo é subjetivo? Visa à responsabilidade deste ou daquele cidadão? A resposta é desenganadamente negativa. O processo é objetivo. Estaremos a decidir à mercê de cotejo do que se contém na lei atacada – se formos ao mérito, que se diz desrespeito a preceitos fundamentais – e na Carta da República.

Surge, para mim, Presidente, problemática mais séria, ligada aos predicados utilidade e necessidade, inerentes à jurisdição. Não estamos diante de uma ação simplesmente declaratória, que estaria imune a esse instituto que homenageia a segurança pública – o da prescrição. Estamos diante de uma ação declaratória constitutiva, e, para assim concluirmos, basta considerar o art. 1º da Lei 9.882/1999 – e ela demorou muito a vir à balha, presente a Carta de 1988, penso que a previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental data do texto primitivo da Constituição – e também o que se prevê, nessa mesma lei, quanto ao desfecho da ação:

> Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Comunicação para haver consequências jurídicas; para haver a preservação do direito fundamental que se aponta como maltratado na peça primeira da ação.

Prevê essa mesma lei que, desrespeitada a decisão, o pronunciamento do Supremo, cabível é a reclamação, repito, como está no art. 13 da lei: "contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno".

Tem-se, até mesmo, Presidente, para revelar a necessidade de se homenagear a utilidade e a necessidade, a reclamação. Ontem, soube – de um colega do Superior Tribunal de Justiça – que estão sobrestando processos que revelam

ações de indenização por danos causados por atos de exceção para aguardar o crivo do Supremo.

Existe até mesmo o alcance – e confesso que, para mim, o preceito não é palatável, para utilizar expressão do Ministro Francisco Rezek – da liminar:

> Art. 5º (...)
> § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais [afastamento, como tenho dito aqui no Plenário em votos proferidos, da jurisdição, que, para mim, é inconcebível], ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

A cláusula de acesso não pode ser obstaculizada, sequer pela lei, isso visando reparar lesão a direito ou afastar ameaça de lesão a direito. Fica ela muito comprometida com o alcance dessa liminar, tal como previsto no § 3º do art. 5º.

Presidente, porque digo, no caso, não haver utilidade e necessidade a cercar e a respaldar, melhor dizendo, o ajuizamento da ação? Porque a lei que se diz a desrespeitar preceitos fundamentais, data de 1979. É anterior à Carta Federal. E a disciplinadora, tornando eficaz a previsão constitucional quanto a essa ação, é de 1999. Só aqui ocorreu a passagem de vinte anos, mas, se considerarmos a Lei 6.683/1979 e o momento vivenciado – em termos de época, de data – veremos que o período ultrapassado é muito maior. É superior, quer ao prazo prescricional para a persecução criminal, quer aos prazos alusivos a possíveis indenizações, sem levar em conta o Código Civil em vigor, a cogitar de um prazo máximo de dez anos para as ações.

Dir-se-á que a lei não teria sido recebida pelo Diploma Maior, presente o inciso XLIII do art. 5º, o rol das garantias constitucionais, o principal da Carta de 88, que revela:

> Art. 5º (...)
> XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis [e aí vem a parte que interessa] e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Ouvi, da tribuna, dizer-se que o problema do não recebimento, que para mim deságua na inconstitucionalidade do diploma, é resolvido com a eficácia a partir do momento em que se declare esse mesmo não recebimento.

Não há – e peguei esse vocábulo em um dos memoriais –, no nosso sistema jurídico-constitucional, no arcabouço normativo brasileiro, a figura da desconstitucionalização ou da constitucionalização por um preceito da Carta posterior ao diploma que se tem como elaborado à margem dos parâmetros constitucionais.

Em síntese, Presidente, não tenho como concluir – daí haver insistido no destaque da matéria, observando-se o Regimento Interno e o Código de Processo Civil, e processo é, acima de tudo, liberdade, saber o que pode, ou não, ocorrer

na tramitação de uma causa –, pela existência, hoje – passado esse período substancial de trinta ou trinta e um anos, a partir da lei atacada –, de concretude de um pronunciamento do Supremo, caso venha a prolatar um acórdão declaratório constitutivo negativo. Essa possibilidade é sempre latente. Não se pode ir ao mérito para, depois, voltar às preliminares e julgá-las segundo o enfoque que se venha a dar ao mérito.

Peço vênia, Presidente, ao Relator, aos colegas que o acompanharam, para divergir. Há o binômio justiça e segurança jurídica. Se potencializada a justiça, não haverá jamais, o término dos conflitos, dos processos. Se potencializada a segurança jurídica, não haverá sequer o sistema recursal. O caso é mais afeito à segurança jurídica, no que – repito – vem à balha a arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada em 1999, muito embora prevista desde 1988, passados 31 anos praticamente da lei atacada. Daí concluir pela inadequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

VOTO
(Sobre preliminares de não conhecimento)

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Cumpre verificar**, preliminarmente, **se se revela admissível**, ou não, **na espécie**, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **em face** do que prescreve o art. 4º, **§ 1º**, da Lei 9.882/1999, **que assim dispõe**:

> ***Não será admitida*** *arguição de descumprimento de preceito fundamental* ***quando houver*** *qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*
> (**Grifei.**)

O diploma legislativo em questão – **tal como tem sido reconhecido** por esta Suprema Corte (**RTJ** 189/395-397, **v.g.**) – **consagra o princípio da subsidiariedade**, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **condicionando** o ajuizamento **dessa especial** ação de índole constitucional **à ausência** de qualquer **outro** meio processual **apto** a sanar, **de modo eficaz**, a situação de lesividade indicada pelo autor:

> *– **O ajuizamento** da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental **rege-se pelo princípio da subsidiariedade** (Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º), **a significar** que **não será** ela admitida, **sempre** que houver **qualquer** outro meio juridicamente **idôneo** apto a sanar, **com efetividade real**, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. **Precedentes**: **ADPF 3/CE**, **ADPF 12/DF e ADPF 13/SP**.*
>
> ***A mera possibilidade** de utilização **de outros meios** processuais, contudo, **não basta**, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir – **impedindo**, desse modo, o acesso **imediato** à arguição de descumprimento de preceito fundamental – **revela-se essencial** que os instrumentos disponíveis **mostrem-se** capazes de neutralizar, **de maneira eficaz**, a situação de lesividade que se busca **obstar** com o ajuizamento desse "**writ**" constitucional.*

*– **A norma** inscrita no art. 4º, § 1º da Lei 9.882/1999 – **que consagra** o postulado da subsidiariedade – **estabeleceu**, validamente, **sem** qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto **negativo** de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **pois condicionou**, legitimamente, **o ajuizamento dessa especial** ação de índole constitucional **à observância** de um **inafastável** requisito de procedibilidade, **consistente na ausência** de qualquer **outro** meio processual **revestido** de aptidão para fazer cessar, **prontamente**, a situação de lesividade (**ou** de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.*
(**RTJ 184/373-374**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

O exame do precedente que venho de referir (**RTJ 184/373-374**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **revela** que o princípio da subsidiariedade **não pode – nem deve** – ser invocado **para impedir** o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, numa dimensão **estritamente** objetiva, **a realização jurisdicional** de direitos básicos, de valores essenciais **e** de preceitos fundamentais **contemplados** no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, **a indevida aplicação** do princípio da subsidiariedade **poderia afetar** a utilização dessa **relevantíssima** ação de índole constitucional, **o que representaria**, em última análise, **a inaceitável frustração** do sistema de proteção, **instituído** na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, **com grave comprometimento** da própria **efetividade** da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita **no art. 4º**, **§ 1º**, da Lei 9.882/1999, **em ordem a permitir** que a utilização dessa **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir **ou** reparar lesão a preceito fundamental **causada** por ato do Poder Público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte **vem entendendo que a invocação** do princípio da subsidiariedade, **para não conflitar** com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, **supõe a impossibilidade** de utilização, em cada caso, **dos demais** instrumentos de controle normativo abstrato:

*(...) **6**. **Cabimento** de arguição de descumprimento de preceito fundamental **para solver** controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **inclusive anterior** à Constituição (norma **pré**-constitucional) (...). **9**. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental configura** modalidade de integração **entre** os modelos de perfil difuso **e** concentrado no Supremo Tribunal Federal. **10**. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **porque o que se postula nessa ação** é a declaração de ilegitimidade **ou** de não recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...). **13**. **Princípio da subsidiariedade** (art. 4º, **§ 1º**, da Lei 9.882/1999): **inexistência** de outro meio eficaz de sanar a lesão, **compreendido** no contexto da ordem constitucional global, **como aquele apto** a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. **14**. **A existência** de processos ordinários **e** recursos extraordinários **não***

***deve excluir**, "a priori", **a utilização** da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **em virtude** da feição **marcadamente objetiva** dessa ação (...).*
(**ADPF 33/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Grifei.**)

A pretensão ora deduzida **nesta** sede processual, **que tem por objeto** norma legal de caráter **pré**-constitucional, **exatamente** por se revelar **insuscetível** de conhecimento **em sede** de ação direta de inconstitucionalidade (**RTJ 145/339**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 169/763**, Rel. Min. PAULO BROSSARD – **ADI 129/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **não encontra** obstáculo na regra inscrita no art. 4º, **§ 1º**, da Lei 9.882/1999, **o que permite** – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – **a instauração** deste processo objetivo de controle normativo concentrado.

Cabe registrar, ainda, por oportuno, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **recente** julgamento (**ADPF 130/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO), **admitiu** a possibilidade de ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental contra diploma normativo **pré-constitucional**.

Reconheço admissível, pois, **sob a perspectiva** do postulado da subsidiariedade, **a utilização**, na espécie, do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Inacolhível, de outro lado, **preliminar** de não conhecimento **suscitada** pelo Senado Federal **e** pela Advocacia-Geral da União, **que sustentam** "*ausência de impugnação de todo o complexo normativo*" **referente** ao tema, **eis que subsistiria** o § 1º do art. 4º da EC 26/1985.

Não se desconhece, Senhor Presidente, **quando** se tratar de espécies normativas **ou** de diplomas legislativos que se interconexionem **ou** que mantenham, **entre si**, relação de evidente complementaridade, **que caberá**, ao autor da ação, **fazer abranger**, no alcance desse "*judicium*", **todas as regras unidas** pelo vínculo de conexão, **sob pena** de, **em não o fazendo**, tornar **inviável** a própria instauração do controle concentrado de constitucionalidade.

É que, nessa situação **de mútua** dependência normativa, **em que** as regras estatais **interagem** umas com as outras, **condicionando-se**, reciprocamente, em sua aplicabilidade **e** eficácia, **revela-se incabível a impugnação tópica ou fragmentária** *de apenas* **algumas** dessas normas.

Em um contexto no qual se destaque um complexo normativo **indecomponível**, que seja **somente** capaz de atuar "*in solidum*", **qualificando-se**, em tal situação, como uma verdadeira **e** incindível **unidade estrutural**, **mostra-se inviável** proceder, em sede de controle abstrato, **a um questionamento seletivo** de **determinadas** prescrições, pelo fato de estas, por integrarem **a totalidade** do sistema, **não admitirem** impugnações isoladas, **sob pena** de completa desarticulação **e** desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas, **o que culminaria**, até mesmo, **por viabilizar**, por parte do órgão investido de jurisdição constitucional, **uma inadmissível reelaboração** do próprio diploma normativo, **o que afrontaria**, gravemente, o postulado constitucional da separação de poderes.

Esse entendimento encontra pleno suporte na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**ADI 2.422/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 2.423/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 2.451/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 2.972/RO**, Rel. Min. AYRES BRITTO):

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. LEI 9.932/1999. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 192, II). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. **INICIAL DEFICIENTE** QUANTO À ANÁLISE DOS TEXTOS IMPUGNADOS. **NÃO CONHECIMENTO** DA AÇÃO. PRECEDENTES.*
>
> *1. **Impugnação isolada apenas de partes** de um sistema legal, interligadas ao seu conjunto, **torna inviável** o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dado que, **reconhecida a inconstitucionalidade parcial** de alguns preceitos, **os outros perdem o seu sentido**.*
>
> *2. **Não se conhece** da ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial **deixa de proceder ao cotejo analítico** de todas as suas disposições, **tendo em vista** os dispositivos constitucionais apontados como violados.*
>
> *Ação direta de inconstitucionalidade **que não se conhece**.*
>
> (**RTJ 185/185**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei**.)

> *1. **Os arts. 14 e 15** da Lei Complementar 76/1996 **são parte de um sistema** que disciplina o pagamento e o recebimento de indenização por desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.*
>
> *2. O **acolhimento** da impugnação de **algumas normas de um sistema** (arts. 14 e 15), via ação direta, **indissoluvelmente ligadas a outras do mesmo sistema** (art. 16), **não impugnadas na mesma ação**, **implica** remanescer, no texto legal, dicção indefinida, assistemática, imponderável e inconsequente.*
>
> *3. **Impossibilidade** do exercício "**ex-officio**" da jurisdição, para incluir, no objeto da ação, **outras** normas **indissoluvelmente** ligadas às impugnadas, **mas não suscitadas** pelo requerente.*
>
> *4. Ação direta **não conhecida**, ressalvando-se a possibilidade da propositura de nova ação **que impugne todo o sistema**.*
>
> (**ADI 1.187/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei**.)

> ***Ação direta de inconstitucionalidade**. Lei 3.329, de 28-12-1999, do Estado do Rio de Janeiro. **Diploma legal que encerra sistema normativo. Impossibilidade de apreciação de parte** de seus artigos. Ação **não** conhecida.*
>
> ***Ante a exclusiva impugnação** dos arts. (...), **impossível a apreciação** da ação direta, **uma vez** que a declaração de inconstitucionalidade, **restrita a artigos que compõem sistema normativo**, acarretaria **a permanência**, no texto legal, de dicção indefinida e assistemática. **Entendimento assentado** na jurisprudência do STF.*
>
> *Ação direta de inconstitucionalidade **não conhecida**.*
>
> (**RTJ 178/194**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **Grifei**.)

A exigência de que o controle concentrado de constitucionalidade **seja instaurado** com essa abrangência global **visa**, ainda, como precedentemente referido, **a impedir** que o Supremo Tribunal Federal – **mediante declarações tópicas** de inconstitucionalidade – **venha a assumir** um papel institucional **que efetivamente não lhe pertence**, **qual seja**, **o de legislador positivo**,

consoante tem advertido esta Suprema Corte, **em sucessivas e reiteradas decisões** (**RTJ** 143/57 – **RTJ** 146/461-462 – **RTJ** 153/765 – **RTJ** 161/739-740 – **RTJ** 175/1137 – **RTJ** 189/111-112 – **ADI 1.097/PE**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 1.502-MC/DF**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, **v.g.**):

> ***O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO****: A ação direta de inconstitucionalidade* ***não pode ser utilizada*** *com o objetivo* ***de transformar*** *o Supremo Tribunal Federal,* ***indevidamente****,* ***em legislador positivo****, eis que o poder de inovar o sistema normativo,* ***em caráter inaugural****, constitui função típica da instituição parlamentar.*
> (**RTJ 178/22-24**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

> ***Ao Supremo Tribunal Federal****, em sede de controle normativo abstrato,* ***somente*** *assiste o poder de atuar* ***como legislador negativo****.* ***Não lhe compete****, em consequência,* ***praticar atos que importem em inovação*** *de caráter legislativo (...).*
> (**RTJ 153/765**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

> *(...)* ***ao declarar*** *a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF –* ***em sua função*** *de Corte Constitucional –* ***atua como legislador negativo****,* ***mas não tem o poder de agir como legislador positivo****, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.*
> (**RTJ 126/48**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.)

Ocorre, no entanto, que, **no presente caso**, **tal como o reconheceu** a douta Procuradoria-Geral da República, "*A Emenda Constitucional n. 26/85,* ***embora*** *tenha reafirmado genericamente a anistia instituída em 1979, pela Lei n. 6.683, em favor dos autores de crimes políticos e conexos, não repetiu a norma diretamente questionada pela arguente (§ 1º do art. 1º da Lei)*".

No que se refere, finalmente, **à questão preliminar**, suscitada pela Advocacia-Geral da União **e** pelo Senado Federal, **relativa à** *"Ausência de comprovação da controvérsia judicial*", **entendo que não deva prosperar**.

Com efeito, **cuidando-se** de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **o diploma legislativo** que a rege **somente torna exigível** a demonstração desse específico pressuposto (**Lei 9.882/1999**, art. 3º, inciso V, **c/c** o parágrafo único do art. 1º) **quando se tratar de ação de arguição incidental**, hipótese **inocorrente** na espécie.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria exigível quanto à inicial.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Se** se tratasse de arguição de descumprimento de preceito fundamental **de perfil incidental**, impor-se-ia a observância de tal exigência. **Entendo**, no entanto, **não** se tratar de tal hipótese. **Acolho**, por isso mesmo, no ponto, **as razões** invocadas pela Procuradoria-Geral da República, **em seu douto parecer**:

> *(...)* ***24. Assim****,* ***sob qualquer ângulo*** *que se examine a questão,* ***o caso evidentemente não é de arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental****,* ***pois não se pretende*** *a discussão paralela a qualquer outro processo judicial da matéria relativa à validade do ato normativo. Aliás,* ***nem poderia assim ser****, pois o*

arguente reclama justamente da inexistência de ações judiciais sobre a matéria, em decorrência da interpretação que se consolidou sobre a vigência da apontada anistia.

***25. Por esses motivos**, **não há necessidade**, no caso, **de comprovação da existência de controvérsia judicial** sobre a aplicação do preceito constitucional, **mas**, sim, de demonstração de uma controvérsia jurídica (em qualquer sede) sobre a validade da norma questionada (ou da sua interpretação).*

***26. E**, **sob esse prisma**, **está satisfatoriamente demonstrada** a existência de polêmica sobre a validade constitucional de uma interpretação que reconheça a anistia aos agentes públicos que perpetraram crimes na repressão à dissidência política durante a ditadura militar.*

***27. São diversos** os elementos a comprovarem a divergência interpretativa sobre a abrangência da anistia penal veiculada em tal ato normativo federal (notadamente se alcança ou não os agentes públicos que praticaram crimes na repressão à dissidência política durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979), a começar pelo próprio Executivo federal.*

***28. Com efeito**, a Presidência da República apresentou notas técnicas de diversos órgãos sobre a matéria, os quais divergem sobre o entendimento a ser fixado em relação à referida norma. Esse elemento, por si só, é suficiente para demonstrar a controvérsia instaurada e a relevância de uma decisão do Supremo Tribunal Federal.*

***29. Mas não é só**. Essa Suprema Corte também já diagnosticou a presença de controvérsia sobre a interpretação a ser conferida à anistia penal da Lei 6.683/1979, **conforme** os votos prolatados **na Ext 974** (julgamento concluído pelo Plenário em 6 de agosto de 2009). Nesse feito, o Ministro Marco Aurélio expressamente consignou que a definição do alcance da anistia é uma questão aberta, manifestando a sua opção pela aplicação do instituto a agentes públicos que, envolvidos com a repressão política, praticaram crimes.*

***30. Esse entendimento**, porém, não foi admitido pela maioria (a extradição foi deferida, Relator para acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski), tendo alguns membros da Corte se reservado a apreciar a questão da anistia, de modo mais profundo, no futuro, conforme revelaram os Informativos n. 519 e 526 (inteiro teor do julgamento ainda não publicado).*

***31. Há**, **portanto**, **estado de incerteza** quanto à aplicação da anistia na situação posta na inicial, **confirmada** por dissidência no seio do Poder Executivo e nessa Suprema Corte.*

***32. Percebe-se**, portanto, **que a propositura** da arguição de descumprimento de preceito fundamental não repousa sobre mero debate acadêmico ou doutrinário. Há, efetivamente, interpretações antagônicas ao preceito legal, com reflexos profundos no exercício da persecução penal em todas as suas fases (da investigação policial ao pronunciamento judicial).*

***33. Está devidamente caracterizado o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental** nesse particular, **devendo ser rejeitada** a preliminar.*

(**Grifei.**)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria, não é segundo a jurisprudência, só para fazer justiça ao Advogado-Geral da União que suscitou a preliminar.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Não só o Senhor Advogado-Geral da União, mas, igualmente, o Senado Federal, **pois ambos** suscitaram a preliminar em questão, tal como pude salientar em passagem anterior do meu voto.

Sendo assim, Senhor Presidente, **em face** das razões expostas, **e por rejeitar** as questões preliminares suscitadas **nesta** causa, **conheço** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu também vou pedir vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, para acompanhar o eminente Relator, notando, desde logo, que, como não tenho voto escrito, mas devo dar as minhas razões para que fiquem constando do registro, que Sua Excelência, o eminente Relator, tem toda razão, quando invoca o primoroso parecer da douta Procuradoria sobre a interpretação do art. 1º da Lei 9.892/1999, compreendendo evidentemente o *caput* e o parágrafo único, para distinguir três tipos de ações.

Primeiro, uma ação autônoma, que tem por objeto a validez de ato material do poder público, isto é, de ato administrativo identificado singularmente e atribuído a determinada pessoa de direito público.

Em segundo lugar, prevê, ainda, outra ação autônoma, e é a de que se trata aqui, a meu ver, com o devido respeito, e que versa sobre a validez de norma dita pré-constitucional. É este o caso.

E, em terceiro lugar, alcança, também, a ação incidental típica, que, por definição, supõe alguma controvérsia judicial, cuja relevância lhe justifique a propositura para dirimir se ocorre, ou não, lesão a algum direito fundamental.

A hipótese é de ação que tem por objeto questão de compatibilidade, ou não, de determinada norma, chamada de pré-constitucional, com a Constituição de 1988, que lhe é subsequente. Daí por que, não se tratando de ação que incida sobre atos materiais, não exige controvérsia judicial relevante; não exige, tampouco, descrição de fatos, porque não há fatos por discutir; nem exige identificação prévia de autores ou de autoridades responsáveis por atos concretos, pois, em caso de procedência ou de improcedência, os destinatários serão sempre os juízes, as demais autoridades e órgãos que venham a ser chamados a aplicar ou deixar de aplicar a norma impugnada.

Finalmente, a mim me parece também que não é caso típico, com o devido respeito, de extinção do processo, sem decisão de mérito, porque a solução da questão de prescrição das ações penais depende do reconhecimento prévio da eficácia e alcance da anistia, na medida em que, uma vez eventualmente reconhecidas a validez e a compatibilidade da norma com a Constituição em vigor, estarão, por conseguinte, reconhecidos os efeitos da anistia e a inexistência de fato criminoso a cujo respeito se pudesse cogitar de prescrição.

Noutras palavras, a própria questão da anistia é questão prejudicial da prescrição, razão por que acompanho inteiramente o Relator, pedindo vênia, mais uma vez, ao Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas um registro: ouvimos um voto consistente em termos de dados, inclusive históricos, considerados os precedentes da Corte. Esse voto – tenho certeza – será alvo de reflexão.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, eu também gostaria de fazer um brevíssimo registro, tendo em vista a excelência do voto, não só a pesquisa, mas também a sua elaboração e concatenação; e agora esse aspecto final que poderia ser a própria abertura do voto, aspecto que não foi ressaltado em todo o debate, como muito bem destacado pelo Relator.

É que esta EC 26 – eu já tive oportunidade, Senhor Presidente, de me manifestar sobre ela – merece um estudo singular que foi feito pela pena competente de Tércio Sampaio Ferraz.

Não é uma emenda constitucional qualquer, uma emenda que põe termo a uma ordem constitucional e convoca uma assembleia constituinte. A rigor, não se pode fazer uma emenda constitucional todo dia com esse teor. É no contexto de um pacto político que se faz essa emenda constitucional. A EC 26 é falsamente uma emenda constitucional. Conforme disse Tércio Ferraz, ali já estávamos no momento constituinte. E essa emenda constitucional – disse-o bem o Relator – baliza a nova ordem.

Esse tema tem sido hoje visitado por autores importantes, a partir de várias iniciativas. Lembro-me de um texto de Bryde sobre o desenvolvimento constitucional, *Verfassungsentwicklung*, em que ele remete ao art. 168 da Constituição espanhola, que contém a possibilidade de se fazer revisão parcial ou revisão total, como uma forma de superação das cláusulas pétreas.

Nesse caso, conseguimos uma solução política que permitiu que houvesse, então, essa transição para a democracia, a partir da convocação da Constituinte. E, por uma dessas ironias, houve por bem este constituinte especial – vamos chamar assim, para não usarmos a expressão derivada – colocar no mesmo texto a convocação da constituinte, as condições de sua realização, com a presidência inclusive, para abertura do Presidente do Supremo Tribunal Federal, e reafirmar ou recolocar a questão da anistia. Isso é um outro tema que não foi objeto de discussão e que, muito provavelmente – pelo menos subscreveria as razões do Relator – não permite o exame da matéria à luz da Constituição de 1988, porque isso faz parte do texto fundante, do marco inicial da Constituição de 1988, sem entrarmos no debate sobre constituinte derivado ou constituinte originário, porque aqui é um outro contexto.

Gostaria de fazer esse registro, porque ele é relevante. Mas, Senhor Presidente, estou certo de que o Ministro Eros, com a emoção, inclusive, com que encerrou esse voto, fez, talvez, o seu mais brilhante voto perante esta Corte.

SUSPENSÃO DE JULGAMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Com certeza amanhã, independentemente do teor do voto de cada qual, teremos oportunidade de reconhecer, mais enfaticamente, todos os méritos e todas as qualidades que estão sendo agora reconhecidos ao voto do Ministro Relator. De qualquer modo, meu dever é declarar suspensa a sessão, que será retomada amanhã às quatorze horas.

EXTRATO DA ATA

ADPF 153/DF — Relator: Ministro Eros Grau. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Advogados: Fábio Konder Comparato e Rafael Barbosa de Castilho). Arguidos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Associação Juízes para a Democracia (Advogados: Pierpaolo Cruz Bottini e outros), Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL (Advogados: Helena de Souza Rocha e outros). Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP (Advogados: Aderson Bussinger Carvalho e outros) e Associação Democrática e Nacionalista de Militares (Advogados: Egon Bockmann Moreira e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares, vencido o Ministro Marco Aurélio, que extinguia o processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a arguição, foi o julgamento suspenso. Ausentes o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF 153/DF. Falaram, pelo arguente, o Dr. Fábio Konder Comparato; pelos *amici curiae*, Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM), respectivamente, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, a Dra. Helena de Souza Rocha e a Dra. Vera Karam de Chueiri; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelo arguido, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada-Geral Adjunta do Congresso Nacional, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 28 de abril de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1.** O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuíza a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, objetivando seja conferida interpretação conforme à Constituição ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979.

Pretende a nobre entidade arguente seja interpretada a norma no sentido de que se tenha como não extensível aos crimes comuns, praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, especificamente de 2 de setembro a 15 de agosto de 1979 (período fixado pela Lei 6.683/1979), a conexidade posta na norma questionada, concluindo-se, então, não terem eles sido objeto da anistia concedida.

2. Antes de apresentar o voto na matéria posta em exame, gostaria de tecer algumas breves observações sobre alguns argumentos que foram apresentados pelos insignes advogados da tribuna, na sessão inicial deste julgamento.

2.1 Inicialmente, atento para o que foi observado pela Senhora Advogada representante do *amicus curiae* Cejil, Dra. Helena de Souza Rocha, no sentido de que a postulação encampada pela entidade por ela representada fundamenta-se no direito à verdade, hoje reconhecido pela legislação internacional como inerente a todos os povos.

De pronto enfatizo não haver qualquer dúvida de que ela dispõe de total razão em seus argumentos. Mas também saliento que, ao contrário do que se poderia concluir a partir de tais ponderações, não há qualquer questionamento sobre isso, nem se está a decidir, aqui, como, aliás, se tem no parecer da Procuradoria-Geral da República, qualquer conclusão contrária sobre tal ponto.

Como se tem, expressamente, no muitas vezes citado Parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, exarado pelo então Conselheiro e depois Ministro Sepúlveda Pertence, "não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes".

Daí por que afirmo, de início, que o de que aqui se cuida é tão somente de se analisar e concluir sobre a extensão da expressão "crimes conexos", mencionada no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979.

Outros efeitos da atuação dos agentes estatais no período indicado não estão fora das consequências jurídicas dos desbordamentos éticos e legais, menos ainda da responsabilidade do Estado, a partir do amplo e total conhecimento do que ocorreu no que, ainda a OAB, pelo seu eminente parecerista, Ministro Sepúlveda Pertence, denominou de "desvãos da repressão política".

Assim, o direito à verdade, o direito à história, o dever do Estado brasileiro de investigar, encontrar respostas, divulgar e adotar as providências sobre os desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão, e, se estivessem, pelo menos eu, com certeza, daria resposta exatamente no sentido enaltecido pela advogada. Apenas, deve ser enfatizado que não é essa a questão, nem ao menos como objeto de exame ou argumentação para a resposta judicial a ser dada na presente arguição, simplesmente não é este o tema posto, nem parece haver dúvidas tão graves quanto as que se suscitam na presente arguição.

É certo que todo povo tem direito de conhecer toda a verdade da sua história, todo o cidadão tem o direito de saber o que o Estado por ele formado faz, como faz, por que faz e para que faz.

Todo povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para não esquecer e não esquecer para não repetir erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados por pais torturados, irmãos desaparecidos, dentre outras atrocidades.

2.2 A segunda observação que faria é que, em razão mesmo do que se concluiu social e juridicamente e que tem prevalecido até aqui, ao contrário do que comumente se afirma de que anistia é esquecimento, o que aqui se tem é situação bem diversa: o Brasil ainda procura saber exatamente a extensão do que aconteceu nas décadas de sessenta, setenta e início da década de oitenta (período dos atentados contra o Conselho Federal da OAB e do Riocentro), quem fez, o que se fez, como se fez, por que se fez e para que se fez, exatamente para que, a partir do que venha a ser apurado, ressalva feita à questão penal nos crimes políticos e conexos, em relação aos quais prevalece a Lei 6.683/1979, se adotem as providências administrativas e jurídicas adequadas.

2.3 Em relação à alegação, igualmente formulada na tribuna, no sentido de que a Lei 6.683 seria ilegítima, bastando para tanto enfatizar ter sido ela produzida por um Congresso ilegítimo, composto, inclusive, por senadores não eleitos, é de se observar a impertinência total de tal assertiva para o deslinde da questão aqui posta, até mesmo porque, mesmo na formulação da Constituição de 1988 ainda prevaleciam congressistas naquela condição e não é agora, quase 22 anos após a sua promulgação, que se haverá de colocar em dúvida a legitimidade daquela composição. Se tanto ocorresse, poderíamos chegar a questionar a própria Constituição de 1988, o que não me parece sequer razoável.

É de se realçar o que foi amplamente narrado no voto do Relator sobre o quadro fático-histórico no qual se inclui a formulação do que veio a ser a Lei 6.683.

Esta é uma lei que foi acordada, mas não apenas por uns poucos brasileiros, num país de silenciosos, como eram próprios daqueles momentos ditatoriais.

Bem ao contrário, o sinal determinante que se pode anotar na Lei 6.683/1979 é exatamente o de ser o primeiro passo formal deflagrador do processo de participação da sociedade civil num período em que ela se mantinha ausente, não poucas vezes clandestina em seus quereres e em seus fazeres políticos, por absoluta falta de espaço e possibilidades, que lhe eram negados.

E a sociedade falou altissonante sobre o projeto de lei, que se veio a converter na denominada Lei de Anistia, objeto do presente questionamento, pela voz de sua então mais importante entidade, qual seja, a Ordem dos Advogados do Brasil, então presidida pelo Dr. Eduardo Seabra Fagundes.

Encaminhado o projeto de lei de anistia ao Congresso Nacional (então composto de representantes de apenas dois partidos, a Arena e o MDB), foi ele, de pronto, enviado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados e o MDB aguardou a manifestação formal desta Casa para, só então, deliberar sobre como votar. E votou apoiado no parecer exarado pelo então Conselheiro e, depois, grande Ministro desta Casa, Sepúlveda Pertence, a partir do encaminhamento feito pelo Presidente da entidade aos partidos políticos e ao Congresso Nacional.

Paralelamente, outros órgãos e entidades discutiram e manifestaram-se sobre o projeto de lei, como, por exemplo, intelectuais como o Ministro Seabra Fagundes que, juntamente com o Dr. Sobral Pinto, dentre outros, reuniram-se com o Cardeal do Rio, D. Eugênio Sales, para se posicionar sobre o documento.

Assim, também, a CNBB, o Comitê Brasileiro pela Anistia, coordenado por Terezinha Zerbini, o Instituto dos Advogados Brasileiros, dentre outros, discutiram e concluíram a importância daquele documento como passo necessário a ser dado no caminho de uma democracia que se buscava.

Assim, não se pode, em nome de uma argumentação legítima, trazida agora a este Supremo Tribunal, sobre a interpretação de expressão da Lei 6.683/1979 ignorar-se tudo o que se passou e que secundou a formação daquele documento, goste-se ou não do que nele se contém ou o que dele resultou.

2.4 Também não posso deixar de enfatizar, relativamente ao que afirmado pelo Dr. Luís Inácio Adams, digno Advogado-Geral da União, de que se teria no documento anistia ampla, geral e irrestrita, e que tanto teria sido afirmado até mesmo pelo Ministro Sepúlveda Pertence – o que foi expresso na tribuna. Faça-se justiça a esse grande brasileiro: os pecados do projeto por ele analisado – para se usar um vocábulo por ele aproveitado – são deixados patentes em seu parecer, a realçar que a anistia proporcionada não era irrestrita. Bem ao contrário, restringiu-se, pelo que sequer era o que aquela entidade, menos ainda a sociedade brasileira, gostaria de ter obtido.

2.5 Na busca de Justiça, aqui reclamada, é que, entretanto, e afirmo-o, inicialmente, afasto a questão de não recepção da norma questionada (§ 1º do art. 1º da Lei 6.683), um dos pedidos formulados na presente arguição, porque tanto conduziria a injustiças óbvias e manifestas, e não para os que reprimiram, mas para os que sofreram e deram suas vidas para que, a começar pela lei em questão, se obtivesse o retorno do Estado de Direito no Brasil.

3. Dispõe o art. 1º e seu § 1º:

> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).
>
> § 1º Consideram-se conexos, para o efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

4. Os fundamentos da arguição são, basicamente, quebra do princípio da isonomia em matéria de segurança, o da proibição de ocultar a verdade, o republicano, o democrático e, em especial, o da dignidade da pessoa humana. Para a arguente, a tortura praticada no período não guarda qualquer relação com os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, definidos nos diplomas que vigoravam no período, a saber, os Decretos-Lei 314 e 898 e a Lei 6.620.

5. Os arguidos apontaram a inadequação da arguição de preceito fundamental, argumentando inexistirem os pressupostos de admissibilidade, como a ausência de comprovação de controvérsia constitucional ou judicial sobre o ato questionado, inocorrendo incerteza sobre a interpretação judicial da norma questionada.

6. Preceitua o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 882/1999:

> Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
>
> Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:
>
> I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (...)

O óbice preliminar formal apontado pareceu-me, inicialmente, pertinente, uma vez que não se comprova controvérsia judicial relevante. Entretanto, duas ordens de inferências se impõem para a superação da dificuldade formal com que se esbarra na leitura da peça inicial da ação: a primeira diz com o reconhecimento, pela Advocacia-Geral da União, de controvérsia institucional relevante, o que sugere o acolhimento da pretensão para a análise e solução judicial da questão posta a exame; a segunda refere-se à inequívoca importância da matéria, ou, para me valer dos expressos termos do dispositivo posto em questão na presente arguição, da relevância do fundamento da controvérsia constitucional exposta.

Afinal, o que busca a entidade arguente é que se firme interpretação no sentido de que não se extraia da norma questionada ilação a obstaculizar a persecução penal quanto aos crimes de tortura praticados durante o regime ditatorial e seja possível obter-se o reconhecimento de sua prática e a reparação de lesões, por terem sido tais condutas contrárias a preceitos fundamentais.

De se encarecer, ademais, que a norma do inciso V do art. 3º da Lei 9.882/1999 bem demonstra que a comprovação da controvérsia judicial é exigência a se exigir "*se for o caso*".

Assim, cuidando-se de espécie constitucional processual sujeita a mais de uma configuração legal, a saber, a arguição autônoma, cujo objeto seja ato do poder público cuidado no art. 1º da Lei 9.882/1999, a arguição fundamentada no inciso I do parágrafo único do art. 1º, tal como se dá no caso em pauta e que é válida quando incabível a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição incidental, tem-se que o enquadramento de cada propositura judicial haverá de ser considerada e admitida segundo a comprovação dos elementos próprios a cada qual das figuras.

Por essas razões, supero a dificuldade inicial e desacolho a preliminar relativa à inadequação da arguição em razão da ausência de comprovação de controvérsia judicial relevante.

7. Erige-se, também, como empecilho à admissibilidade a ausência de impugnação de todas as normas que cuidaram o tema, eis que a EC 26/1985

(art. 4º, § 1º) teria constitucionalizado, naquele período, o que na norma questionada se contém.

Decaída aquela ordem e inaugurada nova fase constitucional com a promulgação da Constituição de 1988, é certo que aquela emenda constitucional e tudo o que por ela foi introduzido no sistema então vigente não mais prevalece, pelo que o que se põe como ainda prevalecente juridicamente, quanto à anistia política concedida em 1979, é tão somente a Lei 6.683/1979.

Descabe, no ponto, portanto, a alegação, revogada que foi aquela emenda constitucional como tudo o que prevalecia como ordem constitucional até o advento da Constituição de 1988, propiciando-se condições de conhecimento a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Também relativamente a este item conheço da arguição, considerando satisfeitas as condições para a sua admissão e tramitação regular.

8. Ainda em exame de preliminar me chamou atenção a questão relativa ao exaurimento dos efeitos da norma interpretada em feitio agora impugnado. Entretanto, convenceram-me os argumentos de que já se consolidou, neste Supremo Tribunal, o entendimento de que mesmo normas revogadas sujeitam-se ao questionamento judicial pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É o que se lembrou a digna Procuradoria-Geral da República, ao mencionar o julgamento da ADPF 33/PA, na qual o Ministro Gilmar Mendes, Relator, enfatizou a possibilidade de se admitirem controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se tenham exaurido serem cuidados em arguição de descumprimento de preceito fundamental, vez que, em tais casos, incabível seria a ação direta de inconstitucionalidade.

9. Nem de longe me tocou o argumento relativo ao descabimento da presente arguição porque se teria a prescrição de eventuais crimes praticados e não anistiados pela Lei 6.683/1979.

A verificação ou não de ocorrência de prescrição depende, em cada caso, como é certo, do que se vier a concluir quanto à interpretação que deve prevalecer sobre a norma questionada. Se se concluir pela abrangência, em seus termos, de todos os crimes não haverá como se dar a persecução penal; se, contrariamente, se vier a concluir pela sua restrição, não abrangendo os crimes de tortura e outros de igual hediondez, praticados pelos agentes da repressão, a prescrição ou não haverá de ser cuidada em cada caso que vier a ser objeto da persecução penal.

10. O que se busca na presente arguição é interpretação conforme à Constituição do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, a fim de se afastar óbice à persecução penal de autores de crimes cometidos por agentes públicos e que não seriam políticos nem com eles conexos, mas crimes comuns, no jargão jurídico, gravíssimos, de lesa-humanidade, como são os de tortura, de homicídio, de sequestro e desaparecimento de pessoas, de lesões corporais graves, dentre outros.

11. Faço uma ressalva inicial relativa à entronização no sistema da Carta de 1967, com a EC 1/1969, da EC 26/1985.

Naquele período o Brasil vivia sob a égide de uma Constituição que se chamava emenda (a n. 1, de 1969) e se fez uma outra emenda, a de n. 26, que apenas emenda não era.

Sendo o seu objeto principal a formalização da ruptura com a ordem vigente, pela atribuição de funções constituintes originárias aos "membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" a serem eleitos e os Senadores que compusessem o Congresso Nacional (art. 1º), fixou a presidência do órgão constituinte em sua instalação (do Presidente do Supremo Tribunal) e, em seu art. 4º, constitucionalizou o tema da anistia, mais alargada que aquela definida no art. 1º da Lei 6.683, concedida seis anos antes.

A constitucionalização daquela concessão tem o condão de consolidar o que antes se fizera e acalmar os ânimos políticos, possibilitando o advento da constituinte sem novos percalços, como sucedera após a primeira lei (eventos contrários como os das bombas da OAB e do Riocentro, dentre outros).

12. É certo que, no sistema acolhido no Brasil, a superveniência de uma ordem constitucional desfaz o que antes vigorava e que não tenha sido constitucionalizado ou confirmado pela nova ordem.

E o tema da anistia retornou na Constituição (art. 8º do ADCT), mas para acolher situações que antes não tinham sido abrigadas pelas concessões anteriores.

Mas tanto não importa, a meu ver, para o desate da presente arguição, pela singela circunstância de que o que aqui se põe em questão e para o que se pede a solução preconizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é a interpretação dos termos "*crimes políticos e conexos*", presentes tanto no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 quanto no art. 4º da EC 26/1985.

A conclusão do eminente Relator no sentido de que, alterada a interpretação da lei, prevaleceria o que posto pela EC 26/1985 não me sensibiliza, em primeiro lugar, porque o óbice que o próprio Poder Judiciário vem pondo a pedidos de persecução penal em casos em que se busca punir atos de tortura tem sido a lei, não a emenda constitucional, daí o objeto da arguição; em segundo lugar, porque se se chegasse à interpretação pleiteada pela ora arguente para a lei o mesmo se daria em relação à emenda constitucional, como é certo, por serem idênticas as expressões.

A alegação de que a EC 26/1985 integraria a ordem constitucional formalmente instalada em 5 de outubro de 1988 não me convence, porque a Constituição de 1988 é Lei Fundamental no sentido de que é fundante e fundadora, logo o que veio antes e que não foi por ela cuidado expressamente para ser mantido não há de merecer o adjetivo de norma integrante do sistema constitucional.

A especial condição jurídica daquela EC 26/1985, qualificada por José Afonso da Silva de ato revolucionário, não desqualifica a presente arguição quanto à Lei 6.683/1979, que ainda é – repito – tomada como base de deci-

sões judiciais e questionamentos administrativos, como demonstrado pela Advocacia-Geral da União, em sua manifestação nos autos.

13. A opção inicial do intérprete do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 haverá de ser entre a adoção de elementos de inteligência da norma segundo os parâmetros atuais, incluídos os princípios constitucionais vigentes, desapegando-os do seu momento originário, de seu surgimento, ou, diversamente, acolher como elemento determinante para a sua interpretação o quadro fático-histórico no qual veio a ser criada e a finalidade nela patenteada.

Da tribuna, na sessão inicial deste julgamento, foi lembrado que nem sempre o elemento histórico é o melhor dos critérios para se chegar à interpretação da norma.

E há razão geral, em tal argumento. Entretanto, para o caso específico, difícil seria desconhecer o que se vivia e para o que se deu a elaboração da lei agora em questão e na qual se contém o dispositivo para o qual se pede interpretação específica.

É preciso não deslembrar que, naqueles dias dos anos setenta, havia presos políticos sem prisão formal decretada, desaparecidos ainda hoje desencontrados, exilados pretendendo e sem poder voltar à pátria, pais e mães dilacerados pelo dilema de viver de um perdão sobre-humano e um ódio desumano, uns e outros a pesar na alma do Brasil.

Aquela quadra e o advento da lei que propiciou ultrapassar o momento para se chegar às eleições dos Governadores em 1982 (minha geração votaria, então, pela primeira vez), à campanha das diretas já, Tancredo já e, depois, Constituinte já não teria tido lugar sem aquela lei.

Daí o alerta do então Conselheiro da OAB, e depois grande Ministro desta Casa, Sepúlveda Pertence, no sentido de que "nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa história poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia".

Consolidou-se, a partir daquele entendimento fixado pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, que todos os atos, incluídos os mais atrozes e merecedores de integral repulsa e total abominação, praticados "nos desvãos da repressão política", estavam incluídos entre os anistiados, e tanto tem prevalecido nestes 31 anos de vigência da norma.

14. É possível mudar a interpretação de um dispositivo legal, mesmo após três décadas de sedimentação de uma linha de entendimento e interpretação? Parece-me certo que sim.

Entretanto, cuidando-se, como no caso, de matéria penal, a mudança que eventualmente sobreviesse, em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado; em segundo lugar, teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação.

15. No caso aqui cuidado, há que se encarecer que, no direito brasileiro, nem mesmo a revisão criminal – vale dizer, questionamento judicial buscando rever condenação já imposta – pode ser apresentada senão pela defesa e não é admitida quando se cuidar de mudança de interpretação de lei.

Numa primeira análise, parece certo aceitar-se exatamente o quanto exposto pela Ordem dos Advogados do Brasil na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atualmente, a anistia decretada nas condições antes explicitadas – concedida aos autores de crimes políticos e seus conexos (de qualquer natureza), incluídos os crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores – contraria o sistema constitucional vigente, em especial o seu art. 5º, pelo que seria com ela incompatível.

Todavia, o exame mais aprofundado de todos os elementos do que nos autos se contém impõe uma análise que considere mais que apenas a leitura seca da Lei de Anistia e da Constituição da República, e se busque a interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz de todo o sistema constitucional brasileiro, levando-se em consideração o momento político de transição do regime autoritário para o democrático no qual foi promulgada a Lei de Anistia.

Dito pela palavra de Black, em sua obra sobre interpretação das leis, há que se enfatizar que: "Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena intenção legislativa" (BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1896. p. 48).

Se considerada uma interpretação normativa completamente alheia a) à história política brasileira na quadra em que ocorreu; b) à plena intenção legislativa então determinante de sua elaboração, o que foi submetido, inclusive, ao crivo da OAB para exame prévio; e c) ao espírito e à razão da Lei 6.683/1979; a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental se converteria numa espécie de "revisão criminal às avessas", instituída exclusivamente em prejuízo de anistiados, na qual se superaria a realidade histórica e a eficácia de uma lei vigente há mais de trinta anos ao se adotar certa linha exegética inovadora quanto à compreensão da matéria.

Todavia, este Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que não cabe sequer revisão criminal quando se basear a pretensão em mudança de interpretação da lei, pelo que não haveria consequências para os fins buscados, mesmo que se chegasse à conclusão diversa daquela exposta pelo Relator da presente arguição:

> RvC 4.645/SP – SÃO PAULO
> Relator(a): Min. *Néri da Silveira*
> Julgamento: 1º-4-1982 *Tribunal Pleno*

Ementa: *Revisão criminal. Crime de roubo. crime continuado. Mudanca da jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de não admitir a revisão criminal, com base no art. 621, I, do Código de Processo Penal, quando o requerente sustenta, apenas, a mudança de jurisprudência sobre a matéria, relativamente à época em que ocorreu a decisão revisanda. Precedentes do STF. Revisão criminal indeferida.*

No mesmo sentido: RE 113.601, Rel. Min. Moreira Alves; e RvC 4.603, Rel. Min. Xavier de Albuquerque.

16. Tem-se, na peça inicial da presente arguição, que haveria obscuridade (coerente com o obscurantismo do período) terminológico no dispositivo legal questionado, cuja finalidade seria incluir, na anistia concedida, os agentes que praticaram atos criminosos contra os opositores do regime ditatorial que grassou no País nas décadas de sessenta e setenta.

Todavia, a análise do elemento histórico específico da lei conduz à conclusão oposta, quer o juiz goste ou não do panorama a ser visto.

O disposto no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro Relator, de que também não pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam.

O direito realiza o que precisa ser realizado num determinado momento histórico, buscando-se – em termos de legitimidade política – o que seja necessário para se chegar ao justo, em termos de paz social.

Como posto pela Advocacia-Geral da União, não apenas a norma do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 não é ambígua, como ela esclarece, de maneira taxativa, a sua finalidade de ampliar indistintamente a anistia então concedida.

Os motivos que levaram à elaboração daquela lei, bem expõem a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, e que foi enfatizado na sessão inicial deste julgamento no voto do Ministro Relator, foram a reconciliação e a pacificação nacional, num momento em que era necessário ultrapassar o regime ditatorial implantado desde a década de sessenta e promoverem-se meios para se chegar à democracia. O início desse processo foi, exatamente, a anistia buscada pela sociedade e que dependia de ato estatal, consubstanciado na lei agora questionada em um de seus dispositivos.

Não se pode negar que a anistia brasileira, concedida na forma da Lei 6.683/1979, resultou de uma pressão social, em especial dos principais setores atuantes da sociedade civil, como intelectuais, estudantes, sindicatos, e foi objeto de amplo debate e de manifestações expressas e específicas das principais entidades e personalidades então atores do processo da chamada "abertura".

Dentre essas entidades, destacou-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo acesso ao texto que viria a se tornar a Lei 6.683/1979, para análise e deliberação sobre a sua posição em relação a ele, foi prioritário, como antes acentuado.

O partido então tido por oposição ao governo, MDB, aguardou a manifestação da entidade para se posicionar sobre o texto e sobre ele votar, tendo sido contrários, na votação, apenas quatro congressistas.

Como muitas vezes citado neste julgamento, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo seu digno Presidente, Dr. Eduardo Seabra Fagundes, não apenas promoveu o debate sobre o projeto de lei de anistia na entidade, como encaminhou ao Senado Federal o parecer aprovado pela Casa, de autoria do depois Ministro deste Supremo Tribunal, Sepúlveda Pertence, a significar a voz da sociedade civil manifestada, consequentemente, quanto ao projeto.

Naquele documento fez constar o grande brasileiro e insuperável jurista, que "não há objeção histórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o § 1º definiu como conexos aos crimes políticos, os crimes de qualquer natureza com eles relacionados, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política (...) de outro lado, amplia-se ineditamente o conceito de crime comum conexo a crimes políticos, para beneficiar com a anistia, não apenas os delitos comuns de motivação política (o que encontra respaldo nos precedentes), mas também, com o sentido já mencionado, qualquer tipo de relação. Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa história poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia. De outro lado, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada – quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do Poder – que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo. Não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes".

Tem-se, no próprio documento da Ordem dos Advogados do Brasil, de 31 anos atrás, o alerta de que não era com gosto de festa que se recebia o projeto; era com críticas ácidas, mas com a responsabilidade própria da entidade, que teimava em permitir que as novas gerações estivessem libertas dos grilhões ditatoriais e se pudesse, como afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, aplainar o caminho para o advento do Estado de Direito.

Não foi a primeira anistia política concedida em finais de períodos ditatoriais de que foi melancolicamente pródiga a história brasileira. Bem o mostrou em seu voto o Ministro Eros Grau, mais de trinta leis de anistia foram concedidas no Brasil. Pode-se mudá-las? Não tenho dúvidas quanto a tal possibilidade, desde que pela via legislativa, não pela judicial.

Nem foi a mais justa ou ampla, geral e irrestrita como pretendiam os brasileiros a anistia concedida. Foi a que se conciliou para não se deixar de avançar e que, na época, frutificou com consequências graves, porque, tecnicamente, não se teria a conexão de crimes, efetivamente, como pretendido pela arguente e pelos *amici curiae*.

A não se considerar os fins a que se destinou a Lei 6.683/1979, quando de sua edição, e desconectando-se a norma do seu § 1º do art. 1º do momento e das contingências históricas, nas quais se deu a sua aceitação, não apenas pelo Congresso Nacional, mas também pela sociedade civil, grandemente representada, naquele instante, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sem dúvida seria de se considerar que, inocorrendo conexão entre os crimes de tortura e os crimes políticos, não haveria como se considerar anistiados todos eles.

O que se põe em causa, contudo, repita-se ainda uma vez, é se a interpretação da lei há de relevar o momento histórico em que ela, especificamente, foi criada e as finalidades – ainda que dramáticas para os cidadãos – por ela buscadas, para se dar um novo passo na caminhada rumo à retomada do Estado de Direito ou se, contrariamente, o presente não tem compromisso com este triste passado, porque até mesmo as instituições repensam e podem se contrapor ao quanto antes por elas mesmo decidido e publicamente exposto e comprometido.

Sem descuidar de que o repensamento e a reconstrução de uma ideia ou mesmo de uma lei, pela via da renovação de uma interpretação, é, em geral, possível, sem o que não se tem o avanço das pessoas e das instituições, estou em que, por mais abjeto, grave e cruciante tenha sido a opção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados de 31 anos atrás, teve aquela escolha consequências políticas e jurídicas não passíveis de singelo desfazimento pela via de interpretação judicial.

Nem de longe alguém desconhece toda a carga de ferocidade das torturas, dos homicídios, dos desaparecimentos de pessoas, das lesões gravíssimas praticadas, que precisam ser conhecidas e reconhecidas e, principalmente, responsabilizadas, para que não se repitam. Mas o desfazimento de anistia por lei cujos efeitos se produziram e exauriram num determinado momento histórico não se pode dar pela via judicial pretendida.

Não tenho como interpretar a norma de 1979 como se nada ou ninguém tivesse ali se comprometido com as finalidades buscadas, permitindo que a sociedade ultrapassasse aquele sofrimento e passasse a outro momento, ainda que com o pagamento caríssimo de, mais que uma anistia, que é resultado de perdão, menos ainda de esquecimento, como normalmente uma anistia é, chegar-se a um acordo que permitiu uma transição institucional. Buscou-se ali uma pacificação no sentido de transpor-se uma etapa para se chegar à paz social, que é fruto de um movimento no sentido de permitir que a vida se refaça.

Anoto, ainda uma vez, que não apenas a Ordem dos Advogados do Brasil, mas também o Instituto dos Advogados Brasileiros encaminhou ao Presidente do Senado Federal, Senador Luiz Vianna Filho, manifestação no sentido de ser favorável a uma "anistia, geral e irrestrita" que significaria "esquecer o passado e viver o presente, com vistas ao futuro".

Como em outras oportunidades históricas, o Brasil de 1979 construiu o que se conheceu como processo de transição política, pelo qual a sociedade civil, representada pelas entidades de importância e legitimidade reconhecidas, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, fez concessões de monta e

com consequências gravíssimas, como a que se contém no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, para chegar a uma outra fase política. Pelo que tomo como adequada a ponderação do eminente Procurador-Geral da República ao acentuar, em seu parecer, que "não parece aceitável, com as venias devidas, fazer uma leitura atemporal do ato impugnado e, de forma pontual, atacar o mesmo contexto que possibilitou e conferiu legitimidade à convocação da Assembleia Nacional Constituinte".

17. Repito: tomar-se a interpretação da Lei 6.683/1979 decotada do momento e das contingências históricas nas quais se deu seria mais fácil, mas seria preciso, para tanto, desconhecer o passado e determinar-se para o futuro sem qualquer apego ao quanto antes decidido, o que poderia chegar, em um momento, a se poder questionar tudo o que foi feito, incluído aí o processo de criação da Constituição de 1988, que não se deu como queria, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, um Congresso Constituinte, senão uma Assembleia legítima e exclusiva. Não se obteve o que se queria, mas o que se conseguiu é o que nos permite, agora, viver uma experiência democrática.

Não há como julgar o passado com os olhos apenas de hoje, desconhecendo o que se fez, se ajustou e se comprometeu, produzindo efeitos alguns dos quais exauridos no tempo.

18. De se notar que este Supremo Tribunal já se debruçou sobre o sentido da conexão referida no § 1º do art. 1º da Lei 6.683, por exemplo, ao julgar o RHC 59.834, Rel. Min. Firmino Paz. Naquela ação, o Ministro Décio Miranda acentuou, em seu voto, que "a lei de anistia, Lei 6.683/1979 não adotara um conceito rigoroso a este propósito (de conexão) tanto que depois de referir, no art. 1º, crimes políticos ou conexos com estes, achou prudente, no § 1º do mesmo artigo, definir a indicada conexão (...) não estamos diante do conceito rigoroso de conexão, mas de um conceito mais amplo, em que o legislador considerou existente esta figura processual, desde que se pudesse relacionar uma infração a outra (...)".

Nenhuma dúvida me acomete quanto a não conexão técnico-formal dos crimes de tortura com qualquer crime outro, menos ainda de natureza política. Tortura é barbárie, é o desumanismo da ação de um ser mais animal que gente, é a negação da humanidade, mais que a dignidade, que quem a pratica talvez nem ao menos saiba o que tanto vem a ser.

Mas não vejo como, para efeitos específica e exclusivamente jurídico-penais, nós, juízes, reinterpretarmos, 31 anos após, e dotarmos de efeitos retroativos esta nova interpretação da lei que permitiu o que foi verdadeiro armistício de 1979 para que a guerra estabelecida pelos então donos do poder com os cidadãos pudesse cessar. Não vejo como, judicialmente, possa ser, agora, aquela lei reinterpretada com negativa ampla, geral e irrestrita de tudo o que ocorreu então e que permitiu que hoje fosse o que se está a construir.

19. Reitero que esta conclusão, que vai no sentido de acompanhar o Ministro Relator da presente arguição, não tem qualquer consideração sobre a imperiosidade que se mostra de se dar a investigação, conhecimento e divulgação plenos de tudo o que se passou no que o Ministro Sepúlveda Pertence chamou,

em seu parecer, de *desvãos da repressão política*. O direito à informação, constitucionalmente assegurado, o direito à verdade para se saber e se construir e se reconstruir a história compõe a ética constitucional, e haverá de ser respeitada.

E tal conhecimento não é despojado de consequências, porque o que se anistiou foi apenas – e não é pouco – em termos de direito penal, não de responsabilidade do Estado, que haverá de para tanto ser convocado e responder segundo os princípios jurídicos do sistema vigente. E, em regresso, deverá o Estado voltar-se contra os que lhe atingiram os deveres de lealdade aos limites de ação respeitosa das pessoas políticas com os homens e as mulheres cujos direitos fundamentais foram cruamente atingidos.

Afinal, como lembrava Hélio Pelegrino, "a tortura política em nenhum caso é mero procedimento técnico, crispação de urgência numa corrida contra o tempo. (...) Expressão tenebrosa da patologia de todo um sistema social e político, ela visa à destruição do sujeito humano, na essência de sua carnalidade mais concreta. A tortura reivindica, em sua empreitada nefanda, uma rendição do sujeito na qual estejam empenhados nervos, carne, sangue, ossos e tensões: cabeça, tronco e membros. (...) O torturador, este não tem saída nenhuma." (PELLEGRINO, Hélio. *A burrice do demônio*, p. 19.)

O Brasil tem o direito de saber e o Estado tem o dever de informar, para que não sejam esquecidos os horrores perpetrados contra os brasileiros. Ultrapassar ou desconhecer a anistia, tal como entendida e praticada, com o aval da Ordem dos Advogados do Brasil, na primeira hora de sua proposição, para retroagir sobre o que se sedimentou e se exauriu, pela via da presente arguição, é que não vejo como possa ser acolhido em face do direito vigente.

Por todas estas razões, **voto no sentido de acompanhar o voto do Ministro Relator**.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski:

1. Do relatório

Trata-se de ação por descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual questiona o § 1º do art. 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como *Lei de Anistia*, que ostenta a seguinte redação:

> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta. De fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativos e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (Grifos meus.)

O autor da ação pretende, em síntese, que esta Suprema Corte interprete o referido dispositivo legal "à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal", visto que a "interpretação corrente, nos pretórios e fora deles, ofende frontalmente" o que neles se contém.

Ressalta, mais, que a redação do § 1º do art. 1º do citado diploma normativo "foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra os opositores políticos ao regime militar".

Sublinha, ainda, que essa ambiguidade se mostra patente, sobretudo no ponto em que o texto legal atacado emprega a expressão "crimes conexos", visto que o conceito de conexão, no campo do direito penal substantivo, revela a comunhão de propósitos e objetivos na prática de ilícitos distintos, falando-se, quando o agente é um só, em concurso material ou formal de delitos. Já na seara do direito penal adjetivo, assenta que só é possível reconhecer-se a conexão na hipótese em que os agentes atuam uns contra os outros, mas, mesmo assim, apenas para o efeito de unificação da competência jurisdicional, cuidando-se de regra de natureza meramente processual.

Assim, segundo o autor, não poderia ter havido, do ponto de vista técnico-jurídico, conexão "entre crimes políticos cometidos pelos opositores do regime militar e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e mandantes no governo".

Finaliza, pugnando pela procedência da ação para que o Tribunal dê à Lei 6.683/1979, "uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar."

A Advocacia-Geral da União, nas informações, manifestou-se, em preliminar, pelo não conhecimento da ação, opinando, no mérito, por sua improcedência. A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, formulou parecer no sentido do conhecimento do pedido, defendendo, no entanto, quanto ao mérito, a improcedência deste.

O Ministério Público Federal afastou a preliminar de não conhecimento, levantada pela AGU, destacando, em especial: (i) que "não há necessidade, no caso, de comprovação de existência de controvérsia judicial sobre a aplicação de preceito fundamental, mas sim de demonstração de uma controvérsia jurídica (em qualquer sede) sobre a validade da norma questionada ou interpretação", e (ii) que a "matéria da prescrição não prejudica o mérito da ADPF", pois "apenas se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia é que se abrirá a oportunidade para a verificação da prescrição".

2. Das preliminares

Entendo que assiste razão à Procuradoria-Geral da República, no tocante ao conhecimento do pleito veiculado nesta ação de descumprimento de preceito fundamental. Com efeito, embora a Lei 6.683/1979 não tivesse incluído, de forma expressa, em seu âmbito de abrangência os crimes comuns, o pedido do autor desta ação afigura-se legítimo pelo fato de se haver consolidado na comunidade jurídica brasileira o entendimento segundo o qual os crimes cometidos por agentes estatais e por aqueles que buscavam o fim do regime de exceção, instaurado no País a partir de 1964, teriam natureza ou motivação política ou, então, ostentariam tal caráter por força da denominada conexão. Em razão disso, estariam, todos, indistintamente, cobertos pela anistia.

A ausência de ações penais contra os agentes do Estado pela prática de crimes comuns durante o período estabelecido na Lei 6.683/1979, qual seja, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, está a revelar que se generalizou a impressão, entre os operadores do Direito, de que a anistia teria abrangido todas as condutas delituosas praticadas naquele lapso temporal. Em outras palavras, ela englobaria, genericamente, os vários atores do cenário político de então, de modo a abortar, ainda no nascedouro, qualquer iniciativa de responsabilização criminal individualizada.

A propósito da prescrição, também entendo, tal como a Procuradoria-Geral da República, que se cuida de matéria a ser examinada antes da eventual abertura de ação penal, não interferindo na análise abstrata do preceito legal atacado nesta ação de descumprimento de preceito fundamental.

Recordo, ademais, que esta Suprema Corte decidiu, na Ext 974, da qual sou relator para o acórdão, originalmente distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que o crime de sequestro, possivelmente seguido de homicídios, tem caráter permanente. Ou seja, o resultado delituoso protrai-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados. Isso quer dizer que os respectivos prazos prescricionais somente começam a fluir a partir desses marcos temporais.

Cuidava-se, na espécie, de pedido de extradição feito pelo Governo argentino, afinal deferido em parte, envolvendo um ex-major uruguaio, homiziado no Brasil, alegadamente integrante da denominada *Operação Condor*, organização secreta criada, ao que consta, para perseguir adversários políticos dos regimes militares implantados na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, o qual teria participado de operações clandestinas que culminaram no sequestro e desaparecimento de diversas pessoas levadas a uma fábrica desativada onde eram submetidas a interrogatórios e torturas.

Naquele julgamento entendi, sendo acompanhado por outros integrantes do Tribunal, que o delito de associação ilícita estava prescrito, consignando, todavia, que

> (...) embora tenham passado mais de trinta e oito anos do ato imputado ao extraditando, as vítimas até hoje ainda não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio.
>
> Esses sequestros podem, em tese, ainda, subsistir. Portanto estamos diante de um crime de caráter permanente.

No mesmo sentido, o Ministro Cezar Peluso, em substancioso voto-vista, que alterou os rumos daquele julgamento, asseverou, na ocasião, o seguinte:

> Em relação à prescrição, o problema que aventei, que cuido ter examinado à luz dos arts. 6º e 7º do Código Civil, é que, para que seja admitida a prescrição, seja tanto para efeitos civis, como para efeitos penais, a presunção de morte tem de ser objeto de uma sentença, que, entre outras coisas, deve fixar a data provável do falecimento, porque sem tal sentença permanece sempre a dúvida. E, neste caso, nós nos remetemos, já não para a hipótese de morte presumida, mas para o instituto da ausência, que tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma.
>
> Noutras palavras, o que temos, no caso, para fixar o termo inicial da prescrição? O grande problema é esse. Eu seria muito propenso a reconhecer a prescrição, desde que me demonstrem haja algum dado que indique que, em determinado momento, de lá para cá, as vítimas foram mortas. Faleceram no mês tal, provavelmente de tal, diante de tal e qual circunstância, ou faleceram no ano tal. A partir daí começaria a contar o prazo da prescrição.

3. Da delimitação da controvérsia

Ultrapassada a preliminar de não conhecimento, registro que a *quaestio iuris* discutida nesta ação limita-se a esclarecer se os agentes do Estado, que alegadamente praticaram ilícitos penais comuns, na época do regime de exceção, estariam ou não abrangidos pela Lei de Anistia, por serem crimes conexos aos delitos políticos ou, ainda, porque foram, segundo alguns, praticados com motivação política.

Os limites da controvérsia, a meu ver, foram bem delineados na manifestação da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, que, fazendo um retrospecto do processo de elaboração, tramitação e aprovação da Lei 6.683/1979, assim resumiu a questão:

> (...) ponto essencial do projeto da Lei da Anistia refere-se à deliberada omissão no tocante aos crimes praticados por agentes públicos contra opositores do regime, como lesão corporal, atentado violento ao pudor, homicídio, ocultação de cadáver e tortura. Trazer expressamente a previsão da concessão de anistia aos agentes que cometeram tais crimes, ainda que em disposição genérica, representaria a confissão de sua prática (...). Por outro lado, expressamente excluí-los da anistia, além de ser diretamente contrário aos interesses do regime, teria o mesmo efeito do reconhecimento, o que justificou a rejeição de emendas em ambos os sentidos, tanto que incluíam quanto que excluíam da anistia os agentes públicos que praticaram crimes comuns contra os opositores.

> Assim, **a Lei da Anistia, deliberadamente, não trouxe a previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime de exceção**.
> (Grifos meus.)

De fato, a Lei de Anistia, longe de ter sido outorgada dentro de um contexto de concessões mútuas e obedecendo a uma espécie de "acordo tácito", celebrado não se sabe bem ao certo por quem, ela em verdade foi editada em meio a um clima de crescente insatisfação popular contra o regime autoritário.

A perda de sustentação do regime, como lembram os estudiosos, remonta à chamada "crise do petróleo", ocorrida em 1973, acompanhada de um brusco e acentuado aumento nos preços do produto, que acarretou uma inesperada desestabilização na economia internacional, com pesados reflexos para o Brasil, levando, em especial, ao recrudescimento da inflação, combatida mediante restrições ao crédito, à redução de investimentos públicos e ao controle de preços e salários, dentre outras medidas.[26]

A recessão econômica que se instalou no País a partir de 1974, caracterizada, sobretudo, pelo aumento dos índices de inflação e desemprego, exacerbou a insatisfação popular e deflagrou inúmeros protestos, ao longo dos anos seguintes, de operários, estudantes, religiosos, intelectuais e profissionais liberais, inclusive de setores que até então emprestavam sustentação ao regime, todos exigindo a volta ao Estado de Direito.[27] Um dos eventos mais significativos nesse sentido foi a leitura da *Carta aos Brasileiros*, elaborada pelo Prof. Goffredo da Silva Telles, em agosto de 1977, que contou com milhares de assinaturas, no pátio Faculdade de Direito do Largo São Francisco, assinalando o "fim da complacência dos juristas com o regime".[28]

Também do exterior foram veiculados inúmeros protestos, por parte de governos, organizações internacionais e de outras entidades, a exemplo do Senado italiano, do *Bundestag* alemão, da Organização dos Estados Americanos, da Anistia Internacional, do Conselho Mundial de Igrejas e da Pontifícia Comissão de Justiça e Paz do Vaticano. Possivelmente a pressão de maior impacto tenha vindo dos Estados Unidos, que, a partir da Administração Carter, iniciada em 1977, pautou a sua política pelo respeito aos direitos humanos, levando, inclusive, ao rompimento do acordo militar que mantinha com o Brasil.[29]

O crescimento da insatisfação popular e o acirramento das dissidências dentro do próprio sistema de poder, na realidade, refletiam uma séria crise de

---

[26] Veja-se, entre outros, SINGER, Paul. *Crise do "milagre"*: interpretação crítica da economia brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978; e PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estado e subdesenvolvimento industrializado*: esboço de uma economia política periférica. São Paulo: Brasiliense, 1977.

[27] Sobre o tema, leia-se a entrevista de Hélio Jaguaribe ao jornal *O Estado de São Paul*o, edição de 18-5-1980, p. 133.

[28] Revista *Veja*, n. 527, p. 59-65.

[29] A Revista *Veja*, n. 445, p. 20-27, relata o confronto entre o Brasil e os Estados Unidos no campo dos direitos humanos.

legitimidade.[30] As pressões e tensões daí decorrentes atingiram níveis tais que passaram a ameaçar a própria sobrevivência do regime, convencendo os seus próceres de que era chegada a hora de promover mudanças no modelo político-institucional, embora de forma controlada. Essa foi a origem da denominada "abertura lenta e gradual", iniciada pelo General Ernesto Geisel, que culminou na convocação da Assembleia Constituinte, precedida da edição da Lei 6.683/1979.

4. Da eventual conexão

Antes de adentrar na discussão do tema, permito-me recordar uma famosa frase de Thomas Hobbes segundo o qual "o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis pela primeira vez foram feitas, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis".[31] Essa assertiva, a meu sentir, sinaliza que a magna tarefa de interpretar o preceito legal aqui contestado exige que se ultrapasse a nebulosa indagação acerca da *voluntas legislatoris* – perdida em um passado remoto, e cuja aferição assume contornos eminentemente subjetivos, porquanto depende da ótica particular dos distintos exegetas – e se passe a examinar a *voluntas legis*, cuja avaliação se faz a partir de critérios hermenêuticos mais objetivos.

Verifico, assim, que a atecnia, proposital ou involuntária – não importa agora – da redação do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, no ponto em que alude à conexão entre crimes comuns e políticos, para o efeito de estender a anistia aos agentes estatais, vem causando, por sua inegável equivocidade, desde quando veio a lume, considerável perplexidade dentre aqueles que buscaram interpretá-lo.

Ora, como se sabe, o sistema penal e processual brasileiro somente contempla as seguintes hipóteses de conexão: (i) conexão material: concurso formal, material ou crime continuado (CP, arts. 69, 70, 71); (ii) conexão intersubjetiva por simultaneidade: duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades, conhecida como "autoria colateral" (CPP, art. 76, I, primeira parte); (iii) conexão intersubjetiva por concurso: duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso, mediante acordo mútuo, embora diverso o tempo e o local (CPP, art. 76, I, segunda parte); (iv) conexão objetiva: *duas ou mais infrações* praticadas, quando uma delas busca facilitar ou ocultar a prática da outra (CPP, art. 76, II); (v) conexão probatória: quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração (CPP, art. 76, III); e (vi) conexão intersubjetiva por reciprocidade: duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (CPP, art. 76, I, última parte).[32]

---

[30] Cf. ABREU, Hugo de. *O outro lado do poder*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979; e *Tempo de crise*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

[31] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4. ed. Vol. XXVI, p. 219.

[32] Cf. BOTINI, Pierpaolo Cruz e TAMASAUSKAS, Igor. Acerca do debate sobre a Lei de Anistia. *Justiça e Cidadania*, fevereiro de 2009, p. 38.

Dessas hipóteses de conexão, somente as duas últimas poderiam, em tese, emprestar algum sentido ao conceito, de idêntico *nomem iuris*, abrigado na Lei de Anistia, visto que as demais demandam uma unidade de desígnios ou de condutas entre os agentes.[33] Ocorre que a conexão probatória e a conexão por reciprocidade não se aplicam à espécie, pois constituem meras regras de competência processual, destinadas à unificação de processos, objetivando facilitar a instrução e evitar decisões conflitantes. A simples menção à conexão no texto legal contestado, à toda evidência, não tem o condão de estabelecer um vínculo de caráter material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado, para o fim de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico.

Destarte, embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para o efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, com o objetivo de ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, não logrou ser bem sucedido.

Lauro Joppert Swenson Junior, nessa mesma linha, de mais forma sintética, anota o seguinte:

> A conexão delitiva pode ser considerada sob o aspecto material ou processual. Sob o aspecto material, ela é o reconhecimento de um liame entre vários crimes praticados por um mesmo agente, em concurso material. Ou seja, reconhece-se que dois ou mais crimes praticados por um agente, mediante mais de uma ação ou omissão estejam relacionados entre si teleológica, consequencial ou ocasionalmente.
>
> Sob o aspecto processual, a conexão delitiva é o instituto de processo penal, através do qual considera-se haver conexão entre vários crimes, cometidos pelo mesmo agente ou por agentes diferentes, para que seus processos corram perante um mesmo juízo. Ou seja, os crimes considerados conexos passam a ser julgados por um mesmo tribunal.[34]

A partir de uma perspectiva estritamente técnico-jurídica, pois, não há como cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia, porquanto não é possível conceber tal liame entre os crimes políticos praticados pelos opositores do regime de exceção e os delitos comuns alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexo teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização.[35]

Mas, embora essa questão ainda possa despertar certa perplexidade entre aqueles que, hodiernamente, se debruçam sobre a questão, o seu deslinde não suscitou maiores dificuldades para esta Suprema Corte.

---

[33] Idem, loc. cit.

[34] SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal*: problemas de validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/1979). Curitiba: Juruá, 2007, p. 189.

[35] Cf. também MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 371-375.

De fato, no RHC 59.834, julgado pela egrégia Segunda Turma, em que se discutiu a conexão entre o crime de deserção e certos delitos políticos, cobertos pela anistia, praticados por um militar, o colegiado decidiu, com base no voto divergente do Ministro Cordeiro Guerra, amparado na doutrina estrangeira, em especial na francesa, que o primeiro deles, de índole comum, configurou apenas um meio para o cometimento dos demais. Quer dizer, para o Tribunal, a conexão entre delitos de natureza diferente somente fica evidenciada se uns forem empregados como meios para a consecução de outros. Na expressão de Robert Charvin, trazida à colação pelo prolator do voto vencedor, "*dont ils ne sont que les moyens d'accomplissement*".[36]

Nas palavras do Ministro Cordeiro Guerra,

> (...) a deserção ocorreu no tempo em que o recorrente praticava crimes políticos. Mesmo para os partidários da teoria objetiva (aquele que leva em conta a natureza do interesse jurídico lesado ou exposto a perigo), seria forçoso admitir que a deserção se não foi um crime meio, foi certamente ato praticado para facilitar a execução dos crimes políticos que vieram a ser anistiados.

Descartada, assim, a possibilidade da ocorrência de conexão entre os aludidos crimes, nos termos aventados pela Lei 6.683/1979, cumpre agora verificar se os delitos supostamente praticados pelos agentes do Estado eram de natureza política ou possuíam motivação política ou, ainda, se comuns, foram de alguma forma absorvidos por estes últimos.

5. Dos crimes comuns

Não adentro – por desnecessária, a meu ver, para o presente debate – na tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados *crimes de lesa-humanidade*, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos em distintos documentos internacionais,[37] que seriam imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e cuja persecução penal independeria de tipificação prévia, sujeitando-se, ademais, não apenas à jurisdição penal nacional, mas também à jurisdição penal internacional e, mesmo, à jurisdição penal nacional universal.

É que, de acordo com estudiosos do assunto, vários seriam os delitos comuns possivelmente praticados por agentes do Estado, durante o regime autoritário, todos tipificados no Código Penal de 1940, vigente à época, destacando-se dentre eles os seguintes: (i) crimes contra a vida e integridade corporal: homicídio (art. 121), lesões corporais (art. 129), maus-tratos (art. 136), omissão de socorro (art. 135); (ii) crimes contra a liberdade individual: privação arbitrária de liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado (art. 148), constrangimento

---

[36] CHARVIN, Robert. *Justice et Politique*, 1968, p. 430, conforme citação do Ministro Cordeiro Guerra.

[37] Entre outros, nos seguintes documentos internacionais: Convenção de Haia, Estatuto do Tribunal de Nuremberg, Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 2 de janeiro de 1914, em 21 de setembro de 1945 e 24 de setembro de 2002.

ilegal (art. 146), ameaça (art. 147), violação de domicílio (art. 150); (iii) crimes contra o patrimônio: furto (art. 155), dano (art. 163), apropriação indébita (art. 168); (iv) crimes contra o respeito aos mortos: destruição ou ocultação de cadáver (art. 211); (v) crimes contra a liberdade sexual: estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214); (vi) crimes de falsificação: falsificação de documento público (art. 297), atestado falso por médico (art. 302); (vii) crimes contra a administração pública: concussão (art. 316), violência arbitrária (art. 322), abuso de autoridade (art. 350), condescendência criminosa (art. 320).[38]

A tipificação de tais delitos, na maioria dos casos, também estava reproduzida, inclusive quanto às respectivas penas, nos Códigos Penais Militares de 1944 e 1971, que vigoraram durante todo o regime de exceção, e aos quais se sujeitavam todos os militares e pessoas legalmente assemelhadas a eles.[39]

O mesmo se diga quanto ao delito de tortura. Embora este crime tenha sido formalmente tipificado apenas a partir da Lei 9.455/1997, a sua prática, evidentemente, jamais foi tolerada pelo ordenamento jurídico republicano, mesmo aquele vigente no regime de exceção. Não bastasse a previsão da lei penal ordinária, que sancionava, dentre outros crimes, as lesões corporais e os maus-tratos, a Lei 4.898/1965 definia – e ainda define, pois continua em vigor –, em seus arts. 3º e 4º, as hipóteses de abuso de autoridade, arrolando, dentre elas, o atentado à incolumidade física ao indivíduo e de submissão de pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei. E mais: o art. 5º caracteriza como autoridade aquele que "exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração". Além disso, o art. 6º estabelece que "o abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal".

Ainda que se admita, apenas para argumentar, que o País estivesse em uma situação de beligerância interna ou, na dicção do Ato Institucional 14/1969 – incorporado à Carta de 1967, por força da EC 1/1969 – enfrentando uma "guerra psicológica adversa", "guerra revolucionária" ou "guerra subversiva", mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado.

6. Dos crimes políticos e crimes conexos na jurisprudência do STF

Visto isso, registro que, para solucionar a questão aqui debatida, faz-se necessário revisitar o entendimento desta Suprema Corte no tocante à distinção entre crimes políticos e crimes comuns, construído, sobretudo, ao longo dos julgamentos relativos às extradições, no exercício da competência que a Constituição Federal lhe atribui no art. 102, I, *g*, com as limitações impostas pelo art. 5º, LII.

---

[38] Veja-se, por exemplo, SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal*: problemas de validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/1979), cit., p. 62 e 63.

[39] Idem, loc. cit.

Começo relembrando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC 73.451, em que este consignou o quanto segue:

> Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a Lei 7.170, de 1983, para que o crime seja considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1º da referida Lei 7.170, de 1983, *ex vi* do estabelecido no art. 2º desta. É dizer, exige a lei lesão real ou potencial à integridade territorial e à soberania nacional (art. 1º, I), ou ao regime representativo e democrático, à Federação e ao Estado de Direito (art. 1º, II), ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União (art. 1º, III). O tipo objetivo inscreve-se, está-se a ver, no inciso II do art. 2º, enquanto que o tipo subjetivo no inciso I do mesmo art. 2º, certo que a motivação e os objetivos do agente devem estar direcionados na intenção de atingir os bens jurídicos indicados no art. 1º.
> (*DJ* de 6-6-1997.)

Já o Ministro Celso de Mello, na Ext 855, conhecida como *Caso Norambuena*, assim se pronunciou:

A **noção** de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, **de um lado**, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, **de outro**, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). **Aquele**, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, op. cit., p. 609; *Francisco de Assis Toledo*, "**Princípios Básicos de Direito Penal**", p. 135, item n. 119, 3. ed., 1987, Savaiva, *inter plures*); **este** – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, **projeta-se** em comportamentos geradores de uma lesão jurídica **de índole comum**.

> (...)
> **É inegável** a delicadeza do tema concernente aos **crimes comuns conexos com os delitos políticos**. Essa questão **resolve-se** pelo critério da preponderância **ou** da prevalência. **Se** os crimes comuns, dentro desse vínculo de conexidade, **ostentarem** caráter hegemônico, **porque** mais eminentes e expressivos, ou subordinantes, até, da prática dos ilícitos políticos, **deixará de incidir** qualquer causa obstativa do deferimento da postulação extradicional.
> **Impende assinalar**, bem por isso, **naquelas hipóteses** em que o fato dominante – ainda que **impregnado** de motivação política – **constitua**, principalmente, infração da lei penal comum (**Lei 6.815/1980**, art. 77, § 1º), **que será lícito**, a esta Corte, mediante concreta ponderação das situações peculiares de cada caso ocorrente, **reconhecer a preponderância** do delito comum, **para efeito de deferimento** do pedido extradicional.
> (Grifos no original.)

De sua parte, o Ministro Cezar Peluso, na Ext 1.085, conhecida como *Caso Battisti,* ponderou que

(...) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradição, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes violentos, praticados contra a pessoa, especialmente no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a sua finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados "delitos de sangue", vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia.

É certo que a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, na solução dos casos concretos, nunca prescindiu, na jurisprudência da Corte, da análise do contexto político em que praticados os atos criminosos. Além do fato de o conceito de crime político ser relativo a cada ordenamento jurídico, situado historicamente, é importante considerar que o ato de insurgência política poderá ter qualificações completamente distintas se praticado em Estados autoritários ou em Estados democráticos.

Ausentes os elementos objetivo e subjetivo, adotados na teoria mista ou eclética, poderá estar descaracterizado o crime político. Presentes, entretanto, o bem jurídico violado e o móvel político do agente, poderão ser estes insuficientes, se abstraídos do contexto em que foi praticada a infração. Havendo Estado de Direito e os instrumentos que dele decorrem para a garantia dos cidadãos, não haveria justificativa, em princípio, para a caracterização do crime como político.

Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (*case by case approach*), o Tribunal tem se valido, especialmente, do **sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios**, sem deixar de valorar todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na situação, com especial relevo para o contexto histórico, político e jurídico em que praticadas as infrações.

(Grifos meus.)

No mesmo *Caso Battisti*, o Ministro Gilmar Mendes, a partir de exaustiva pesquisa doutrinária e jurisprudencial, em erudito voto-vista, anotou o seguinte:

A doutrina não traz soluções definitivas para a difícil tarefa de conceituar o crime político. Alguns autores defendem que os crimes políticos seriam aqueles delitos que representam ameaça à segurança interna do Estado. Outros dão amplitude maior a essa noção, abrangendo os atos que atentam contra a segurança externa, ou seja, a própria soberania do Estado em sua relação com os demais Estados. Em face dessa indefinição semântica, há, ainda, autores que defendem medidas legislativas de positivação, nos tratados de extradição que celebrem entre si os Estados, de um rol taxativo de infrações que se caracterizem como políticas para fins de não extradição (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1981, p. 96-97).

Existem na doutrina, também, as denominadas correntes objetivas e subjetivas quanto à definição do crime político. Por um lado, a corrente objetiva, baseando-se no bem jurídico protegido, defende que o crime político seria aquele praticado contra a ordem política estatal; por outro lado, a corrente subjetiva, fundada na intenção ou motivação do delinquente, afirma que são políticos os crimes praticados com finalidade política, com a intenção de modificação do regime político (móvel do agente). Na grande parte das vezes ambos os sistemas acabam se conjugando

(Cfr.: FRAGA, Mirtô. *O novo Estatuto do Estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 302), constituindo a denominada teoria mista ou eclética.

Divergem, também, as teses quanto à distinção entre delitos comuns e políticos. Talvez essa distinção seja uma das questões mais tormentosas no tocante à aplicação do princípio de não extradição por crime político. A possibilidade da coexistência das duas infrações – uma política e outra comum – levou a doutrina a criar as categorias dos delitos conexos e dos delitos complexos. Os primeiros seriam aqueles em que seria possível verificar a concomitância dos dois delitos (político e comum), unidos por conexidade. Os segundos, por seu turno, seriam aquelas infrações em que, apesar de atingirem, simultaneamente, a ordem política e o direito comum, constituem ato único e inseparável em seus elementos.

Alguns autores, rechaçando essa distinção, tratam do tema por meio dos conceitos de delitos puramente políticos ou delitos políticos puros, cujo aspecto político é estreme de dúvidas, e os delitos relativamente políticos ou delitos políticos relativos, também conhecidos como delitos mistos, nos quais é possível identificar, concomitantemente, aspectos políticos e de direito comum (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1981, p. 90).

Questão difícil diz respeito à aplicação da extradição aos delitos conexos e complexos, também denominados delitos mistos ou delitos políticos relativos, como abordado acima. Também sobre esse ponto a doutrina possui explicações distintas e divergentes. Pelo denominado sistema da separação, a identificação de delitos conexos, porém distintos (ou separáveis), torna viável a extradição pelo delito comum. O sistema do fim e do motivo, por seu turno, admite a extradição quando presentes infrações ao direito comum com motivação política, e, por outro lado, nega a extradição se a finalidade da infração for eminentemente política. O sistema da causalidade estabelece que os delitos mistos só podem ser afastados da extradição quando forem praticados por atos de verdadeira insurreição ou representarem a consequência de um motim. O sistema da predominância ou do fato principal, como a própria denominação indica, baseia-se na predominância da infração – a política ou a de direito comum – de forma que, preponderando o viés político, a extradição poderá ser afastada. Por último, o sistema de atrocidade dos meios permite a extradição se o crime político relativo constituir infração gravíssima ou hedionda, com emprego de violência (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1981, p. 90).

(...)

O tratamento empírico ou a abordagem caso a caso (*case by case approach*) não impediu que as Cortes adotassem critérios para a análise do conceito de crime político, alguns deles incorporados em tratados e convenções internacionais e nas legislações de diversos países democráticos. Em muitos casos, esses critérios reproduzem algumas teses e conceitos desenvolvidos doutrinariamente, como apresentado acima, destacando-se, entre outros, os sistemas da predominância e da atrocidade dos meios; as teses objetiva, subjetiva e eclética; e os conceitos de crime político puro, por um lado, e relativo (conexo e complexo) por outro.

(...)

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um dos critérios mais presentes encontra fundamento no sistema da preponderância – relacionado ao conceito de delito político relativo – adotado atualmente pela legislação brasileira no § 1º do art. 77 da Lei 6.815/1980 e, anteriormente, pela Lei de Extradição 2.416, de 1911, pelo Decreto-Lei 394, de 1938, e pelo Decreto-Lei 941, de 1969.

(...)

A aplicação do sistema da preponderância busca suas origens na jurisprudência do Tribunal Federal Suíço, que em três elementos principais condicionou, historicamente, a caracterização da predominância do caráter político do fato criminoso, conforme (...) demonstrou o Ministro Moreira Alves: a) a finalidade de atentar contra a organização política e social do Estado; b) a clara relação entre o ato e a finalidade de modificar a organização política e social do Estado; e c) o caráter do delito, cuja eventual atrocidade – elemento de direito comum – é capaz de afastar o enquadramento como crime político, ainda que presente o fim de atentar contra o Estado.

Conforme já se colhe dos julgados acima referidos, a jurisprudência brasileira adota, também, para fins de extradição, o sistema da atrocidade dos meios, que é traduzido na regra segundo a qual o conceito de crime político não abrange ações violentas, marcadas pela crueldade, pelo atentado à vida e à liberdade (...).

(...)

Nessa linha, certas espécies de crime, independentemente de sua motivação ou de sua finalidade política, não constituem crimes políticos. É que, levada às últimas consequências a tese contrária, logo teríamos casos de estupro, pedofilia, genocídio ou tortura, entre outros, tratados como crimes meramente políticos, obtendo seus autores os benefícios decorrentes desse enquadramento.

A toda evidência, as ações violentas da Ku Klux Klan e os assassinatos de Martin Luther King, Chico Mendes e Dorothy Stang são exemplos de crimes com notórias motivações e implicações políticas, mas isso não é suficiente para considerá-los como crimes políticos.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal destacam-se os casos em que, na solução de difíceis problemas quanto à definição de crime político, **conjugam-se os critérios da predominância e da atrocidade dos meios** [grifos meus].

(...) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradição, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes violentos, praticados contra a pessoa, especialmente no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a sua finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados "delitos de sangue", vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia.

O Ministro Francisco Rezek, ao proferir seu voto acompanhando o Ministro Paulo Brossard (Relator) na Ext 615 (Caso Garcia Meza – Bolívia), assentava que "não há um único argumento a indicar motivação política nos crimes de assassinato, de apropriação de terras públicas em proveito próprio e de familiares, de lesão ao erário em concorrências públicas por ele administradas. Tudo que aí temos é desenganada criminalidade comum: de político, só o cargo por ele exercido – de resto, mediante usurpação".

(...)

Assim, o mesmo crime que, numa ditadura, pode vir a ser absolvido sob a forma de anistia, numa democracia, é crime mesmo, crime preponderantemente comum, ainda que a motivação interior tenha origem numa hostilidade política. Caso contrário, qualquer indivíduo poderia tomar a lei em suas mãos, punir seu inimigo como lhe agradar e revestir seu ato de nobreza política. Situação em que a vida social assumiria a forma do mundo hobbesiano.

Por isso, a necessária análise do contexto sociopolítico em que foi praticado o ato capitulado como crime. Trata-se de elemento indispensável, pressuposto da própria aplicação da teoria mista ou eclética, segundo a qual, para a caracterização

> do crime como político, adotam-se os critérios objetivo – o bem jurídico violado pela ação (a segurança da ordem político-social do Estado, a própria manutenção do regime) – e subjetivo – que exige, à configuração, o móvel do agente, a intenção de suplantar o regime em vigor.
>
> (...)
>
> Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (*case by case approach*), o Tribunal tem se valido, especialmente, do sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios, sem deixar de valorar todas as circunstâncias *fáticas e jurídicas* presentes na situação, com especial relevo para o *contexto histórico, político e jurídico* em que praticadas as infrações.
>
> (Grifos no original.)

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal vem fazendo uma clara distinção entre *crimes políticos típicos*, identificáveis *ictu oculi*, praticados, *verbi gratia*, contra integridade territorial de um país, a pessoa de seus governantes, a soberania nacional, o regime representativo e democrático ou o Estado de Direito, e *crimes políticos relativos*, que a doutrina estrangeira chama de *hard cases*, com relação aos quais, para caracterizá-los ou descartá-los, cumpre fazer uma abordagem caso a caso (*case by case approach*). Essa abordagem, na jurisprudência da Corte, como registrado, deve guiar-se por dois critérios, a saber: (i) o da preponderância e (ii) o da atrocidade dos meios.

Ora, como a Lei de Anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se que a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política, mediante a aplicação dos critérios acima referidos.

Por essa razão, inclusive, afigura-se irrelevante que a Lei 6.683/1979, no tocante à conexão entre crimes comuns e crimes políticos, tenha sido, mais tarde, parcialmente reproduzida na EC 26/1985. Primeiro, porque, teoricamente, uma lei de anistia surte efeitos imediatos, colhendo todas as situações injurídicas consolidadas no pretérito. Logo, essa repristinação revelou-se totalmente inócua para os fins pretendidos. Depois, porque os vícios que tisnavam o primeiro diploma legal persistiram integralmente no segundo, ainda que este ostentasse maior hierarquia no ordenamento legal. Por fim, porque a Constituição de 1988, embora pudesse fazê-lo, não ratificou a tal anistia, preferindo concedê-la, em outros termos, para beneficiários distintos, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

7. Da inafastabilidade da jurisdição

Outra, aliás, não poderia ser a conclusão, sob pena de impedir-se a apreciação dessas questões pelo Judiciário, em clara ofensa a um dos preceitos basilares

da Carta Magna, abrigado no inciso XXXV de seu art. 5º, qual seja, o acesso universal à jurisdição.

Nesse passo, convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ratificado pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos, assinalando especialmente que

> (...) nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo [tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias de vida, desaparecimentos forçados], os Estados Partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver Observação Geral n. 20 [44] e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos caos em que forem aplicadas tais prescrições.[40]

Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1.[41] A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.[42]

8. Da parte dispositiva

Por todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação para dar interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes

---

[40] ONU, CCPR, Observação Geral, n. 31, § 18, *apud* Parecer Técnico do *International Center for Transnational Justice*, solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP, pelo Ofício n. PR/SP – GABPR12-EAGF – 352/2008, de 4 de junho de 2008, Procedimento n. 1.34.001.008495/2007, disponível em www.icjt.org.

[41] Idem, Corte IDH, *Caso Goiburú e outros.*

[42] Idem, Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes*, *Caso Baldeón Garcia*, *Caso Massacre de Pueblo Bello* e *Caso do Massacre de Mapiripán.*

da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Pelo que eu depreendo do voto de Sua Excelência Ministro Lewandowski, ele está admitindo que o juiz, no caso concreto, faça o exame, a proporcionalidade em sentido estrito e, eventualmente, aplique ou não a Lei da Anistia, tendo em vista esse critério de crime político ou não.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente. Caso a caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É importante salientar o que diz o voto de Sua Excelência, o qual eventualmente pode acabar prevalecendo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência captou muito bem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se Vossa Excelência está excluindo da anistia a prática, por agentes do Estado, de crime comum, a minha pergunta é: qual o alcance que Vossa Excelência dá à referência a *crimes de qualquer natureza*, que está no texto legal? De um lado, a norma alude a crimes políticos ou praticados por motivação política, mas, ao lado desses, menciona também os *crimes de qualquer natureza*.

O que significa *crimes de qualquer natureza*, ao lado de crime político e crime praticado por motivação política?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, eu acabo de proferir o meu voto e eu entendi que explicitei muito bem as razões que o fundamentaram.

O que eu quis dizer, e o Ministro Gilmar Mendes captou muito bem, a essência da minha conclusão é a seguinte: até agora, salvo engano de minha parte, os votos dos eminentes Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia entenderam que os agentes políticos que atuaram na época do regime autoritário estavam todos automaticamente de forma indistinta e genérica incluídos pela Lei da Anistia.

Eu estou dizendo que, segundo o que eu entendo, esse automatismo não existe, que será possível abertura de uma eventual persecução penal contra esses agentes se o juiz ou o tribunal, numa ponderação feita caso a caso, chegarem à conclusão, pelos critérios de preponderância e atrocidade dos meios, segundo a qual em uma determinada situação preponderaram os crimes comuns.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência está, portanto, recorrendo aos critérios de preponderância e atrocidade para defini-los como crimes políticos?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, Senhor Presidente, crimes políticos, não. Porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos casos de extradição, tem feito uma distinção. Ela, de plano, identifica o crime político

quando esse é cometido contra o Estado, contra os seus agentes, contra a soberania, contra autoridades públicas, enfim. Existem casos fronteiriços, segundo pensei haver demonstrado, em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz que o crime não é político, que o crime é comum, tendo em vista a preponderância.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Preponderância do quê, Ministro?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Da motivação, Ministro, e da atrocidade dos meios. São dois critérios dos quais nós temos nos valido para dizer que uma determinada ação não se caracteriza como crime político mas, sim, como crime comum.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, Ministro, não estamos discutindo, por enquanto, o acerto ou desacerto do voto de Vossa Excelência. Estamos apenas tentando entendê-lo, para evitar que, em caso de o voto de Vossa Excelência prevalecer, não paire nenhuma dúvida que possa ensejar embargos de declaração. É só esse o alcance da minha indagação. Não estou fazendo nenhum juízo sobre o acerto ou desacerto do voto de Vossa Excelência.

Vossa Excelência tem alguma observação? Então, vamos tomar o voto do Ministro Carlos Britto.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu também quero saudar os advogados públicos e privados, assim como o eminente Procurador-Geral da República, que ocuparam a tribuna, fazendo sustentações orais sobre este caso tão importante.

Permito-me enaltecer o nome do Professor Fábio Comparato, a quem conheço por um tempo que já se aproxima de quatro décadas e a quem tenho na mais alta consideração pessoal, intelectual e cívica.

Quando eu escrevi o meu livro *Teoria da Constituição*, fiz uma dedicatória a alguns brasileiros, juristas da minha admiração maior, e incluí o Professor Fábio Comparato. A dedicatória é curtinha e tem o seguinte teor:

> Dedicamos este livro a Miguel de Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Mello, Fábio Comparato e Paulo Bonavides, em cuja produção teórica sempre enxergamos um saber de inexcedível qualidade, todo ele envolto na mais depurada atmosfera humanista, ética e social.

Senhor Presidente, o Ministro Eros Grau, ainda ontem, em seu bem elaborado voto, cuidadoso, concatenado, terminou declamando um poema. Eu vou começar o meu voto também declamando um poema, este de minha autoria, escrito há uns bons vinte anos. O título é: *A propósito de Hitler*. Eu disse o seguinte:

> A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, odiar seus ofensores, odiar seus ofensores, porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência.

Eu quis dizer com isso que, de fato, a coletividade não é o indivíduo. No indivíduo, o perdão é virtude. Na coletividade, pode não ser virtude e ainda levá-la àquela situação tão vexatória do ponto de vista ético-humanístico de se olhar no espelho da história e ter vergonha de si mesma.

Quando Cristo fez a sua belíssima pregação de que devemos perdoar os nossos inimigos, o fez no plano individual, no plano pessoal. E esse hino de todas as igrejas cristãs, que é o Pai-nosso, quando diz "Perdoai as nossas ofensas assim como nós perdoamos a quem nos tem ofendido", o fez no plano individual.

Volto a dizer: uma coisa é a coletividade perdoando; outra coisa é o indivíduo perdoando. Digo isso porque a anistia é um perdão, mas é um perdão coletivo. É a coletividade perdoando quem incidiu em certas práticas criminosas. E, para a coletividade perdoar certos infratores, é preciso que o faça por modo claro, assumido, autêntico, não incidindo jamais em tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa.

E o fato é que, com todas as vênias, mas já agora na linha do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, eu não consigo enxergar no texto da Lei da Anistia essa clareza que outros enxergam, com tanta facilidade, no sentido de que ela, Lei da Anistia, sem dúvida incluiu no seu âmbito pessoal de incidência todas as pessoas que cometeram crimes, não só os singelamente comuns, mas os caracteristicamente hediondos ou assemelhados, desde que sob motivação política ou sob tipificação política. O Ministro Ricardo Lewandowski deixou bem claro que na nossa jurisprudência há uma dicotomia entre crimes políticos propriamente, ou crimes absolutamente políticos, ou puramente políticos, e crimes impropriamente políticos, impuramente políticos, relativamente políticos, que são crimes comuns, porém com alguma inspiração, algum móvel, alguma motivação política.

O Ministro Eros Grau, ontem, nos brindou a todos com um voto cuidadoso, detalhado. Sua Excelência colocou muita ênfase para reproduzir os precedentes ou as tratativas da lei, mas não tanto na vontade objetiva desse diploma legal. Ou seja, atentou bem mais para os precedentes do que para a lei em si, embora Sua Excelência não se escusasse de avançar considerações sobre a natureza e o significado do crime político e dos crimes conexos com os políticos.

Mas eu entendo que, no caso, as tratativas ou precedentes devem ser considerados secundariamente, porque o chamado "método histórico de interpretação", em rigor, não é um método. É um paramétodo de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quando subsiste alguma dúvida de intelecção quanto à vontade normativa do texto interpretado. Vontade normativa não revelada pelos quatro métodos tradicionais a que o operador jurídico recorre: o método literal, o lógico, o teleológico e o sistemático. Ou seja, o método histórico não é para afastar *a priori* qualquer dúvida; não é para antecipadamente afastar dúvida de interpretação. É para tirar dúvida por acaso remanescente da aplicação dos outros métodos de interpretação. E, nesse caso da Lei da Anistia, eu não tenho nenhuma dúvida de que os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deôntico da lei.

Antigamente se dizia o seguinte: hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude. O vício tem uma necessidade de se esconder, de se camuflar, e termina rendendo homenagens à virtude. Quem redigiu essa lei não teve coragem – digamos assim – de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos; pessoas que jogavam de um avião em pleno voo as suas vítimas; pessoas que ligavam fios desencapados a tomadas elétricas e os prendiam à genitália feminina; pessoas que estupravam mulheres na presença dos pais, dos namorados, dos maridos. Mas o Ministro Ricardo Lewandowski deixou claro que certos crimes são pela sua própria natureza absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão.

Reitero o juízo: após a interpretação dessa lei de anistia, não encontro clareza. E aqui, essa minha preocupação de clareza no propósito de anistiar é tanto mais necessária quanto se sabe que as pessoas de que estamos a falar – os estupradores, os assassinos, os torturadores – cometeram excessos no próprio interior de um regime de exceção. Não foram pessoas que se contentaram com a própria dureza do regime de exceção; foram além dos rigores do regime de exceção para a ele acrescentar horrores por conta própria. Pessoas que exacerbaram no cometimento de crimes no interior do próprio regime de exceção, por si mesmo autoritário, por si mesmo prepotente, por si mesmo duro, por si mesmo ignorante de direitos subjetivos.

Quero fazer uma distinção. As Forças Armadas tomaram o poder político no Brasil a 31 de março de 1964, mas o fizeram às claras, abertamente, à luz do dia, dizendo para o que vieram. Entendiam que o regime democrático brasileiro estava sob ameaça e que se urdia, em torno do então Presidente da República, um plano de tomada comunista do poder para implantar aqui uma república sindicalista ou coisa que o valha. Claro que muitos de nós não concordamos com isso, e eu faço parte dos que veem nesse diagnóstico um equívoco histórico. Mas o fato é que as Forças Armadas não se fizeram de rogadas e disseram com que propósito estavam tomando o poder pela força. Mas como as Forças Armadas têm por definição um compromisso com a lei – sobretudo a partir de 1946, a redação do texto constitucional é claríssima: "As Forças Armadas se destinam à garantia da pátria, da lei e da ordem" –, elas têm no seu imaginário a lei como condição de hierarquia e disciplina. As Forças Armadas não sabem trabalhar – e fazem muito bem pensando assim – sem a ideia da lei a parametrar o seu comportamento. O que fizeram as Forças Armadas? Instituíram uma ordem jurídica com base em atos institucionais e complementares. Claro, uma ordem jurídica autoritária ou não democrática. Mas ainda assim uma ordem jurídica. Sabia-se com previedade quais as regras do jogo coletivo. Essas pessoas de quem estamos a tratar – torturadores *et caterva* – desobedeceram não só à legalidade democrática de 1946, como à própria legalidade autoritária do regime militar. Pessoas que transitaram à margem de qualquer ideia de lei, desonrando as próprias Forças Armadas, que não compactuavam nas suas leis com atos de selvageria, porque o torturador não é um ideólogo. Ele não elabora mentalmente qualquer teoria ou filosofia política.

Ele não comete nenhum crime de opinião, ele não comete nenhum crime político, já que o crime político – disse bem o Ministro Lewandowski – pressupõe um combate ilegal à estrutura jurídica do Estado, assim como à ordem social que subjaz à estrutura política desse Estado, sendo, portanto, um crime de feição político-social. O torturador não comete crime político, não comete crime de opinião, reitere-se o juízo. O torturador é um monstro, é um desnaturado, é um tarado. O torturador é aquele que experimenta o mais intenso dos prazeres diante do mais intenso dos sofrimentos alheios, perpetrados por ele próprio. É uma espécie de cascavel de ferocidade tal que morde até o som dos próprios chocalhos. Não se pode ter condescendência com ele. Mas, convenhamos, a Lei da Anistia podia, por deliberação do Congresso Nacional, anistiar os torturadores. Digamos que sim, mas que o fizesse claramente, sem tergiversação. E não é isso o que eu consigo enxergar na Lei de Anistia.

Estou tentando aqui seguir o método hegeliano, não de análise de fatos históricos linearmente, mas de compreensão histórica dos fatos, que é outra categoria, é outra postura interpretativa. Quero ler o texto da lei para saber se essa anistia foi ampla, geral e irrestrita.

Retomo a linha originária do meu discurso, do meu voto. Conceder anistia ampla, geral e irrestrita tem que ser algo muito deliberado e muito claro, principalmente se formalizada após um regime político de exceção. O que interessa é a vontade objetiva da lei, não é a vontade subjetiva do legislador. Todos nós já sabemos disso. Geraldo Ataliba dizia: "Eu não sou um psicanalista do legislador, eu sou um psicanalista da lei". E acrescentava: "A lei é mais sábia do que o legislador". A vontade subjetiva do legislador derramada numa folha de papel chamada lei se transforma numa vontade objetiva, autônoma, própria, desgarrada da subjetiva vontade de quem a fez. Esse é o papel do operador jurídico; todos nós aprendemos isso de cor e salteado. Então, vou ler a Lei:

"Art. 1º É concedida anistia a todos quantos" – a Emenda 26 tirou "a todos quantos", botou "a todos" –, "no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos (...)" – ou seja, crimes propriamente políticos, a pressupor, no autor desse crime, uma elaboração mental ou uma concepção teórica; um modo particular de conceber a pessoa jurídica do Estado e de seu governo. Porque, afinal, o que é política? Por que o crime é político? Política é o reino do coletivo, é o que há de mais abrangente, geográfica e pessoalmente. Daí se dizer que política é a arte e a ciência de governar. Política é o governo da pólis, e há modos de conceber e praticar o governo da pólis. Quero dizer: o parâmetro, o centro de referibilidade inafastável é o crime político. O conexo é secundário, está no plano da secundariedade; no plano da principalidade está o político, que tem que ser o crime praticado com essa motivação, serviente de um propósito político. O que, *a priori*, excluiria todo tipo de crime de sangue com resultado morte: crime de lesa-humanidade, praticado por uma antipessoa. Antipessoa que é pior do que um animal. Isto é, além de não ser pessoa, é pior do que um animal, porque o animal não tortura. Mas a lei que anistiar um monstro, que assim o diga. E me parece que a lei não o disse.

De caráter relativo ou não absoluto foi o movimento pela abertura democrática (que seria ampla, geral e irrestrita). Não o movimento pela anistia. Até porque a anistia promove uma falta de isonomia no interior das próprias Forças Armadas, devido a que a maioria dos militares jamais incidiu em tortura. Não compactuou com tortura ou coisa que o valha.

Então, esses militares torturadores que desonraram as Forças Armadas, o Estado, a Pátria e o próprio Deus (permito-me dizer) não podem ser tratados em igualdade de condições com os militares honrados que acreditavam numa estruturação estatal e numa forma de governo boa para o Brasil. Equivocadamente a meu sentir, e no sentir de muitas outras pessoas, mas agindo de boa-fé.

E a prova de que essa anistia não foi nem ampla, nem geral, nem irrestrita está, a meu sentir, primeiramente na Emenda 26. Vejam como a Emenda 26 relativizou as coisas (e a Emenda 26 não revogou a "Lei da Anistia", porque foi uma lei expletiva; apenas esclareceu o conteúdo da lei, numa espécie heterodoxa de interpretação autêntica). Disse a Emenda 26, art. 4º, *in verbis*:

> Art. 4º É concedida anistia a todos [já não disse todos quantos] os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

Ou seja, punidos por efeito dos atos institucionais e complementares, e não aqueles que estavam a serviço do regime de exceção.

Aí já transparece o caráter relativo da anistia. E o §1º é confirmador dessa relatividade:

> § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados, por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

Vem a Constituição brasileira e também relativiza a anistia no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

> Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares.

Claro que o período é mais longo, mas essa é a parte central. Sigamos na leitura do texto:

> § 2º Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam (...)

E o art. 9º:

> Art. 9º Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro

> de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave.

Então, peço vênia aos que pensam diferentemente, e digo, com todo o respeito: eu não consigo enxergar, na vontade objetiva desses dispositivos conjugados, o caráter amplo, geral e irrestrito que se busca emprestar à Lei da Anistia.

Dir-se-ia que a Emenda 26 foi manifestação do poder constituinte originário e constitucionalizou por forma definitiva a anistia. Mas é preciso fazer uma distinção muito importante, que Josafá Marinho fazia. Josafá Marinho disse o seguinte, a propósito do ato de Convocação da Assembleia Nacional Constituinte, para distinguir esse ato de convocação da própria obra elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte e para mostrar que a Assembleia Nacional Constituinte não está presa ao ato de sua convocação. O ato de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte é, digamos assim, prefacialmente um ato constituinte. É apenas precária e efemeramente um ato constituinte. Mas uma das características centrais da Assembleia Nacional Constituinte é a incondicionalidade do seu agir. Se ela quiser seguir as regras procedimentais estabelecidas pelo ato de convocação, o faz, mas por virtude da sua própria deliberação. Ninguém pode impor sua vontade a uma Assembleia Nacional Constituinte, nem mesmo o autor do ato de sua convocação, tampouco o ato em si de tal convocação, porque uma Assembleia Nacional Constituinte tem o poder de tudo poder. É mais do que isso: ela é o poder de tudo poder. Ela é onipotente e unipotente: só ela é totalmente potente, por ser o poder de tudo poder. Menos deixar de ser esse poder de tudo poder.

E disse o mestre baiano:

> Por ser um poder "fundador", associa-se-lhe, comumente, o qualificativo "originário" [está falando do poder constituinte, da Assembleia Constituinte]. Acentua-se-lhe, desse modo, o timbre criador ou instituidor. Dotado de propriedade tão eminente, o poder constituinte originário não é regulado por direito anterior, ao qual não é dado estabelecer raias e vedações à tarefa inovadora. O instrumento convocatório da assembleia é apenas meio que proporciona, pela eleição dos representantes do povo, a atividade do poder constituinte, por natureza independente, não condicionada a amplitude de sua competência por lei preliminar, oriunda de outro órgão. Quando a corporação parlamentar não opera com liberdade de decidir, por estar cerceada pelo ato de convocação, falta-lhe a dimensão de assembleia constituinte.
> (Edição da Universidade Federal da Bahia, 1989, p. 162, etc.)

Senhor Presidente, estou concluindo. Não enxergo na Lei da Anistia esse caráter "amplo, geral e irrestrito" que se lhe pretende atribuir. Peço vênia aos que pensam diferentemente. Agora, como "a interpretação conforme a Constituição" cabe sempre que o texto interpretado for polissêmico ou plurissignificativo, desde que um desses significados entre em rota de colisão com o texto constitucional, também julgo parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para, dando-lhe interpretação conforme, excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes

previstos no inciso XLIII do art. 5º da Constituição. Logo, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, especialmente.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Senhor Presidente, supondo que Vossa Excelência vai interromper para o lanche – e serei muito breve –, peço permissão para falar.

Não sei se no voto da Ministra Cármen Lúcia ou do Ministro Ricardo Lewandowski foi citado Lauro Joppert, que foi meu aluno e também do Professor Lewandowski, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Não posso deixar de observar que ele acaba de lançar um texto em que examina exatamente isso. É um texto de quatro autores, em que Nilo Batista faz a nota de introdução. Lauro Joppert fala exatamente da questão dos crimes conexos para observar algo bem diverso do que foi afirmado aqui:

> Preservar o Estado autoritário é também agir motivado politicamente. (...) é possível sustentar, com base no art. 1º e § 1º da Lei n. 6.683/79, que eles foram anistiados.

Eu quis fazer o registro única e exclusivamente pela atualidade desse texto que acaba de ser publicado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência falou em Nilo Batista? Eu tenho aqui Nilo Batista, dizendo:

> A tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos nem conexos a crimes políticos, objetiva ou subjetivamente. São crimes comuns, aspectos jurídicos-penais da anistia.
> (*Revista de Direito Penal* – Rio de Janeiro, 1979, n. 26, dezembro de 1978, p. 33 a 42.)

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Eu vou lhe enviar cópia deste livro.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Excelência, comentei a Emenda 26/1985.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não. Eu estou dizendo nas discussões alimentadas pelos arguentes e *amicus curiae*.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Até é uma curiosidade. No projeto originário que ia até o art. 3º, oriundo do Poder Executivo, não se falava de anistia, foi lá no Congresso Nacional que o tema foi incluído.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Exatamente, foi lá no Congresso. Mas estou dizendo que essa emenda, com essas balizas, é que criou o marco institucional do processo constituinte que resultou na Constituição de 1988.

Já houve tantos embates! A Ministra Cármen Lúcia chamava a atenção para a participação de parlamentares não eleitos, os tais biônicos, e tudo mais;

parlamentares eleitos no processo anterior; foi objeto talvez da primeira questão de ordem, quando a Assembleia ainda estava presidida pelo Presidente Moreira Alves.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A primeira foi a do Amaral Neto, se ele jurava uma Constituição que era para ele derrubar – a primeira questão de ordem foi esta –, a segunda foi essa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A segunda foi essa. Portanto, vejam a dimensão que esse tema toma no contexto desse processo constitucional, desse processo constituinte. É como se tivéssemos aqui uma limitação material para o próprio constituinte dizer: A Constituição será feita, segundo esses parâmetros, e fica assegurada a anistia em toda a sua amplitude.

De modo que essas considerações todas, e aquelas que ontem nós destacávamos, trazidas com brilho no voto do Ministro Eros Grau, a meu ver, encerram cabalmente esse debate e levam-me, convictamente, a proclamar também a improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, com as vênias devidas ao Ministro Ricardo Lewandowski, que faz um juízo pela parcial procedência, e ao Ministro Ayres Britto, que aceita também pela parcial procedência.

Acompanho, portanto, às inteiras, o voto do Ministro Eros Grau, com as considerações, hoje, luminosamente trazidas pela Ministra Cármen Lúcia.

É como voto, Presidente.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Reitero a rejeição das preliminares, tal como o fez o Relator. Menos por considerá-las inconsistentes, mas para abrir caminho a que a matéria de fundo seja abordada em definitivo por esta Corte.

2. E acompanho o Ministro Eros Grau também na conclusão de mérito.

Sua Excelência bem demonstrou não se sustentarem as afirmações da peça inicial.

As alegadas agressões a preceitos fundamentais da Constituição não se verificam.

A afirmativa de não recepção da Lei 6.683/1979 pela Constituição Federal de 1988 vai além do que poderiam razoavelmente pretender os que a sustentam, pois conduziria ao paradoxo de retirar o benefício de todos quantos por ela foram alcançados. E, levado o raciocínio ao seu extremo, à derrogação de boa parte da legislação produzida anteriormente a 1988 e que prosseguiu compondo a ordem jurídica nacional sob a nova Constituição. A desqualificação da composição do Congresso Nacional que a aprovou também não resiste à constatação da reiteração das normas ora atacadas pela EC 26.

O argumento de que a lei recusa o conhecimento da verdade (ofensa ao art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal) não resiste à constatação do cunho de objetividade da anistia, que não se direciona a pessoas determinadas, mas a certos delitos cometidos ao longo de um determinado período de tempo. A esses

delitos, a lei de anistia retira a carga de punibilidade. O conhecimento dos documentos relativos ao período não é obstaculizado pela anistia, mas por normas outras que os cobrem de sigilo e cuja constitucionalidade já está submetida ao crivo deste Tribunal (Leis 8.159/1991 e 11.111/2005, objeto da ADI 4.077).

3. Já o pedido alternativo de interpretação conforme que retirasse do âmbito de abrangência da lei os atos praticados pelos agentes da repressão tampouco pode ser atendido. Anistia é, em sua acepção grega, esquecimento, olvídio, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas. É superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade. E é, por isso mesmo, necessariamente mútua. É o objetivo de pacificação social e política que confere à anistia seu caráter bilateral. A esse respeito, Plutarco dizia "uma lei que determina que nenhum homem será interrogado ou perturbado por coisas passadas chamada Anistia, ou lei do Esquecimento".

A importante digressão jurisprudencial feita pelo eminente Relator demonstra que outro não foi ao longo da História o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao instituto da anistia e sua bilateralidade.

Trata-se de argumentação política e não jurídica a que rejeita a existência no Brasil da época de uma verdadeira "concertação" política que permitiu a abertura democrática. Concertação esta da qual a Lei de Anistia consistiu em uma etapa importante.

Nem aqueles que desse pacto não participaram – porque não pretendiam a finalidade de democratização do país – podem negar sua existência. Seria recusar validade à história suficientemente documentada.

Uma democracia estável era o objetivo perseguido pelos atores da cena política no momento em que formulada a anistia de 1979. Ela foi obtida graças à atuação de verdadeiros democratas. Tal como ocorrera em ocasião anterior e rememorada pelo Relator, ao transcrever as palavras de Orozimbo Nonato: "No caso dos autos (...) a lei de anistia [a de 1945] resultou de um longo clamor de consciência pública, refletida na imprensa e em comícios. Era o ciclo que se abria, da redemocratização do Brasil (...)".

Para atestar a existência desse pacto conciliatório, negado pela inicial, bastaria, como testemunho, a palavra de Sepúlveda Pertence, presente neste julgamento como se ainda participasse da bancada. Seria demasiada redundância repeti-la neste momento, mas merece ser rememorada a passagem em que Dalmo de Abreu Dallari afirma: "Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e as suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência".

Não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso

momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil. Por isso, correto o Relator quando afirma que: "É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei 6.683".

Não é possível viver retroativamente a história, nem se deve desvirtuá-la para que assuma contornos que nos pareçam mais palatáveis. Uma nação tem sua dimensão definida pela coragem com que encara seu passado, para dele tirar as lições que lhe permitam nunca mais repetir os erros cometidos.

Julgo **improcedente** a ação.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, continuo convencido de que atuamos no vácuo, no vazio, tendo em conta o objeto que se busca proteger com a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Se o Tribunal concluir pela constitucionalidade da Lei, não surtirá efeitos quanto àqueles que praticaram este ou aquele crime. Se o Tribunal – havendo a prevalência da divergência, do voto divergente – assentar a inconstitucionalidade, o resultado em termos de concretude, em termos de afastamento de lesão, quer no campo penal, quer no campo cível, não ocorrerá por uma razão muito simples.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ocorrerá caso a caso, Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não acredito que, em pleno regime democrático, tenha-se praticado, cometido desvios de conduta apanhados por essa lei. Esta apanhou fatos pretéritos, anteriores à edição respectiva, e sabemos que o prazo maior da prescrição quanto à persecução criminal é de vinte anos. O prazo maior quanto à indenização no campo cível é de dez anos. Tendo em conta a data dos cometimentos, já se passaram mais de vinte e mais de dez anos logicamente.

A discussão, Presidente, é – sob a minha óptica, com a vênia dos colegas – estritamente acadêmica, para ficar nos Anais do Tribunal. E aí haver, se não verificada a prescrição – concordo com o Ministro Gilmar Mendes: prescrição diz respeito ao direito substancial –, a possibilidade de, declarado o conflito da lei com a Carta da República, chegar-se ao Judiciário. Mas fiquei vencido. Fui voz isolada no Plenário.

Senhor Presidente, colho de Barbalho, comentando a Constituição de 1891, que a atribuição do Congresso Nacional, sob o ângulo da anistia, é política e não se submete, sob o ângulo da oportunidade, da conveniência, da almejada justiça – e tem-se um caleidoscópio quanto a ela –, a qualquer outro Poder.

Quando julgamos a Ext 974/República Argentina, presente a simetria, a necessidade de perquirir-se se, no Brasil – cometido o crime de que é acusado o extraditando no Estado requerente –, viria ele a ser alvo da persecução criminal,

tentei levar o Tribunal – pena que essa extradição tenha sido julgada em 2009 e não após este crivo – a manifestar-se quanto à Lei da Anistia. Fi-lo considerando algo que está "superpacificado", ou seja, a denominada simetria, a possibilidade de o extraditando vir – repita-se – a responder pelo ato em território brasileiro, se aqui cometido o crime. Sustentei que isso não poderia acontecer, tendo em conta justamente a anistia verificada. Ressaltei que o Supremo estaria a enfrentar, no caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a esta arguição de descumprimento de preceito fundamental e, portanto, à anistia, tema que, à época, já era momentoso.

Disse que, se deferida a extradição, assentar-se-ia a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e cível no tocante a fatos cobertos pela anistia. Fiz ver até mesmo que, naquela Operação Condor, houve o envolvimento de militares argentinos, uruguaios – o extraditando Manuel Cordero, major uruguaio que estava morando no Brasil – e brasileiros.

Asseverei que a anistia geralmente vem à balha para a suplantação de quadra indesejada. Afirmei, demonstrando inclusive alguma preocupação, que feridas das mais sérias, consideradas repercussões de toda ordem, poderiam vir a ser abertas, não houvesse, claro, a incidência da prescrição, não houvesse esse aspecto, quanto à Lei da Anistia, ligado ao exaurimento de efeitos, porque se trata, segundo Pontes de Miranda, de uma lei penal, em sentido inverso, conforme ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence em parecer como Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – se ele estivesse aqui, seria o décimo voto. E Sua Excelência citou Aníbal Bruno – estudei pelos seus livros – quanto ao fato de aproximar-se a Lei da Anistia de uma lei a abolir o crime.

Continuei dizendo que a anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder. Assentei também que anistia é virada de página definitiva é perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural – e o Ministro Eros Grau ressaltou muito bem que é preciso apreciar a edição da Lei da Anistia, não considerado o contexto atual, mas o da época. Anistia é ato abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos.

Citei Padre Vieira, no Sermão da Quinta-Feira da Quaresma, no que, em 1669, alertou:

> 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.

Presidente, o que houve? Considerando a Lei – e aqui devemos analisar a Lei, que é o diploma atacado, porque muito embora não estejamos apegados às causas de pedir, apegados ao pedido –, o que ela dispôs?

A Lei já começa com parágrafo abrangente, dos mais abrangentes:

> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período (...).

Veio uma definição toda própria de conexão – e o critério da especificidade prevalece, não se podendo abrir a lei geral, o Código de Processo Penal, para saber o que é o instituto:

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes [hediondo ou não, não importa] de qualquer natureza relacionados [o pronome indefinido é sintomático "qualquer natureza" simplesmente relacionados com outros].

Os desvios de conduta cometidos, condenáveis o foram a partir de atos de força, do regime de exceção que grassava à época, por isso se disse relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, a pretexto de se combater aqueles que se insurgiam.

Recebi um conselho, Presidente, quando ingressei na Nacional, de uma professora de Direito Civil, que procurou meu pai para que ele, realmente, o impusesse. Recebi o conselho de não entrar no Centro Acadêmico Cândido de Oliveira, da Nacional de Direito, porque, até mesmo com esse espírito irrequieto, talvez não estivesse entre os Colegas no dia de hoje e tivesse desaparecido, como inúmeros colegas da minha turma de trezentos alunos desapareceram.

Nesse contexto, Presidente – muito embora me sinta votando sem uma concretude maior quanto à eficácia, quanto à declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia para mim, para outros, a inconstitucionalidade –, não tenho como assentar, a não ser que me substitua ao Congresso Nacional de então, que esta Lei mostrou-se discrepante da ordem constitucional em vigor. Fizeram injustiça ao Ministro Eros Grau, apontando que dissera poder o Congresso rever essa Lei de Anistia. Sua Excelência não disse isso. Apenas houve o afastamento da graça, da anistia, quanto à tortura e outros crimes, com a Carta de 1988, ou seja, quando há muito – e, repito, a Lei da Anistia é uma lei penal – já se tinha operado o que apontei no voto da Extradição como perdão. A imprescritibilidade foi inserida no contexto constitucional, mas quanto a outros crimes: ação de grupos armados, civis ou militares, contra – e não seriam, à época, considerados aqueles que estavam no aparelho de repressão – a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Peço vênia aos colegas que divergiram para assentar que sequer interessa à sociedade brasileira o que, no voto da extradição – e devo informar que o Tribunal não enfrentou a matéria, nem mesmo o Ministro que manteve o voto me acompanhando, já que dois outros o reconsideraram, ou seja, inicialmente me acompanharam, mas depois me abandonaram, nem mesmo o Ministro Menezes Direito, que manteve a óptica inicial, votou enfrentando esse tema, valendo-se, sim, do que seria a morte presumida, porque não é crível que, ocorrido o retorno ao regime democrático, pessoas sequestradas não aparecessem, a reabertura do tema.

Acompanho, Presidente, o Ministro Eros Grau, cumprimentando Sua Excelência – e fiz esse registro no dia de ontem – pelo consistente – esse vocábulo diz muito –, pelo voto proferido, que servirá, como disse, à reflexão e também a um alerta às gerações futuras quando, considerada a oportunidade, houver – e espero que não haja necessidade disso – uma nova Lei de Anistia e a impugnação imediata.

É como voto.

VOTO
(Sobre mérito)

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Aqueles** que, há 46 anos, em 1964, **golpearam** as instituições, **derrubaram** um governo legitimamente escolhido pelo voto popular **e**, em assim procedendo, **interromperam**, arbitrariamente, **o processo constitucional** no Brasil **devem saber**, onde quer que hoje se encontrem, **que essa nódoa** destaca, "*ad perpetuam rei memoriam*", **a sua responsabilidade histórica** na instauração **e** na sustentação de um nefando regime autoritário **que institucionalizou**, a partir de 1968, **com fundamento** no AI-5 – verdadeiro codinome do arbítrio ilimitado – **um sistema político** que tornou viáveis práticas brutais **que vieram a ser rejeitadas** pela consciência ético-jurídica do Povo brasileiro **e** das nações civilizadas.

É preciso ressaltar que a experiência concreta **a que se submeteu** o Brasil, no período de vigência do regime de exceção (1964/1985), **constitui**, para esta **e** para as próximas gerações, **marcante advertência** que não pode ser ignorada: **as intervenções pretorianas ou militares** no domínio político-institucional têm representado momentos de grave inflexão no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Pronunciamentos militares, **quando efetivados** e tornados vitoriosos, **tendem**, necessariamente, **na lógica** do regime supressor das liberdades que se lhes segue, **a diminuir** (quando não a eliminar) o espaço institucional **reservado** ao dissenso, **limitando**, desse modo, **com danos irreversíveis** ao sistema democrático, a possibilidade de livre expansão da atividade política e da prática da cidadania.

Com o movimento de 1964, sobreveio **a ruptura** da ordem jurídica plasmada no texto constitucional de 1946.

Os atos institucionais constituíram, no Brasil, ao longo de todo o processo revolucionário, **o meio instrumental** de manifestação da vontade política e jurídica incontrastável dos comandantes do grupo **que empolgou** o poder. **Com isso**, passaram a coexistir, no País, **duas ordens jurídicas** superpostas: **uma**, de caráter institucional, **dotada** de eficácia condicionante, **e outra**, de natureza constitucional, **sujeita** às limitações estabelecidas pelo poder revolucionário.

Desse modo, os atos institucionais **representavam** categorias, estruturas **ou** modelos jurídicos providos de eficácia constitucional absoluta **e** de normatividade plena e irresistível, **infensos**, por sua incontrastabilidade, **a qualquer** controle estatal externo.

Essa imunidade dos atos revolucionários ao controle jurisdicional **traduziu**, no momento histórico em que o regime de exceção a instituiu, **a expressão superlativa** daquilo que o saudoso Professor WALDEMAR FERREIRA, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **referindo-se** à autoritária Carta Política de 1937, **certa vez denominou o antijudiciarismo** do regime implantado pelo Estado Novo.

O "***bill***" **de indenidade**, estabelecido pela legislação de exceção, **verdadeiro** manto protetor **das iniquidades** cometidas com fundamento nos atos

institucionais, **impedia** que o Judiciário revisse os atos excepcionais **e**, desse modo, **contivesse** a prática expansiva do abuso do poder.

O regime de exceção, buscando a sua própria preservação institucional **e** sobrevivência política, **vedou** o controle jurisdicional dos atos praticados **com fundamento** nos estatutos revolucionários.

Essa proibição, que incidiu sobre o princípio da inafastabilidade da "*judicial review*", **constituiu a própria antítese** do preceito assegurador das liberdades públicas **inscrito** na Carta Federal **então** vigente, **na medida em que afastou** os limites de contenção do poder, **viabilizando**, assim, **práticas criminosas e abusivas** por parte dos agentes **que serviam** ao regime.

Surgem, então, personagens sinistros **e** instituições sombrias, **sob** cuja égide e autoridade **praticaram-se**, covardemente, **delitos ominosos contra** os que se opunham ao regime político, **e que foram submetidos** a atos de inaudita vilania, **como** a prática do homicídio, do sequestro, do desaparecimento forçado de pessoas e de sua eliminação física, de violência sexual **e** de tortura.

A tortura, além de expor-se ao juízo de reprovabilidade ético-social, **revela**, no gesto primário **e** irracional de quem a pratica, **uma intolerável afronta** aos direitos da pessoa humana **e um acintoso desprezo** pela ordem jurídica estabelecida.

Trata-se de conduta cuja gravidade objetiva torna-se ainda **mais** intensa, **na medida** em que a transgressão **criminosa** do ordenamento positivo **decorre** do abusivo exercício de função estatal.

O Brasil, consciente da necessidade de prevenir **e** de reprimir os atos caracterizadores da tortura, **subscreveu**, no plano externo, **importantes** documentos internacionais, **de que destaco**, por sua inquestionável importância, **a Convenção Contra a Tortura** e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, **adotada** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984; **a Convenção Interamericana** para Prevenir e Punir a Tortura, **concluída** em Cartagena em 1985; **e a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (**Pacto** de São José da Costa Rica), **adotada** no âmbito da OEA em 1969, **atos internacionais** estes que já se acham incorporados **ao plano** do direito positivo interno (**Decreto** 40/1991, **Decreto** 98.386/1989 **e Decreto** 678/1992).

Cabe reafirmar que a tortura 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, **as múltiplas formas** de execução desse gesto caracterizador **de profunda** insensibilidade moral **daquele que se presta**, com ele, **a ofender** a dignidade da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas **impõem-se** ao Estado como obrigação indeclinável, **que se justifica** pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.

O conteúdo dessas liberdades – **verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal** – acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem

e pelo valor social que ostentam, **na proporção exata** em que essas franquias individuais criam, **em torno** da pessoa, uma área **indevassável** à ação do Poder.

Quando se fala em tortura, **a problematização** da liberdade individual na sociedade contemporânea **não pode** prescindir de um dado axiológico essencial: **o do valor ético fundamental da pessoa humana**.

Daí a advertência de CELSO LAFER ("**A Reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 118, 1988, Companhia das Letras, S. Paulo):

> *(...)* ***o valor*** *da pessoa humana,* ***enquanto*** *conquista histórico-axiológica,* ***encontra*** *a sua expressão jurídica* ***nos direitos fundamentais*** *do homem.* ***É por essa razão*** *que a análise da ruptura –* ***o hiato*** *entre o passado e o futuro,* ***produzido*** *pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental –* ***passa*** *por uma análise da crise dos direitos humanos,* ***que permitiu*** *o estado totalitário de natureza.*
> (**Grifei.**)

Importante rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, **a lúcida abordagem** que HÉLIO PELLEGRINO **fez** a propósito da utilização da tortura **como** instrumento de repressão política ("**A Tortura Política**", "*in*" "Jornal do Brasil", Caderno B, de 18-4-1985):

> ***O projeto da tortura*** *implica uma negação total –* ***e totalitária*** *– da pessoa* ***enquanto*** *ser encarnado.* ***O centro*** *da pessoa humana é a liberdade.* ***Esta****, por sua vez,* ***é a invenção*** *que o sujeito faz de si mesmo,* ***através*** *da palavra que o exprime.* ***Na tortura****, o discurso que o torturador busca extrair do torturado* ***é a negação absoluta*** *de sua condição de sujeito livre.* ***A tortura*** *visa ao acesso da liberdade.* ***A confissão*** *que ela busca,* ***através*** *da intimidação* ***e*** *da violência,* ***é a palavra aviltada*** *de um sujeito que,* ***nas mãos*** *do torturador,* ***se transforma*** *em objeto.* ***Ao quebrar-se*** *frente à tortura,* ***o torturado consuma*** *– e assume –* ***uma cisão*** *que lhe rouba o uso e o gozo pacífico do seu corpo.* ***A ausência*** *de sofrimento corporal,* ***ao preço*** *da confissão que lhe foi extorquida,* ***lhe custa a amargura*** *de sentir-se traidor,* ***traído*** *pelo próprio corpo. Sua carne apaziguada* ***testemunha e denuncia*** *a negação de si mesmo* ***enquanto*** *pessoa.* ***A tortura****, quando vitoriosa,* ***opera*** *no sentido de transformar sua vítima numa degradada espectadora de sua própria ruína.*
> (**Grifei.**)

Esta é uma verdade que não se pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está **causalmente** vinculada, de modo rígido e inseparável, **à desconsideração** da pessoa humana, **enquanto** valor fundante da própria ordem político-jurídica do Estado.

A tortura, nesse contexto, **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.

Atenta a esse fenômeno, a Assembleia Nacional Constituinte, **ao promulgar** a vigente Constituição do Brasil, **nela fez inscrever**, **como princípios fundamentais da nova ordem jurídica**, **os seguintes postulados**:

*(**a**) **a dignidade** da pessoa humana (art. 1º, n. III);*

*(**b**) **a prevalência** dos direitos humanos (art. 4º, n. II);*

*(**c**) **o repúdio à tortura** ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (art. 5º, n. III);*

*(**d**) **a punibilidade** de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, n. XLI);*

*(**e**) **a inafiançabilidade e** a impossibilidade de concessão de graça ou anistia ao crime de tortura (art. 5º, n. XLIII);*

*(**f**) **a proscrição** de penas cruéis (art. 5º, n. XLVII, **e**);*

*(**g**) **a intangibilidade física e a incolumidade moral** de pessoas sujeitas à custódia do Estado (art. 5º, n. XLIX);*

*(**h**) **a decretabilidade** de intervenção federal, **por desrespeito** aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, **b**);*

*(**i**) **a impossibilidade** de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal **e** material das liberdades públicas (art, 60, § 4º, n. IV).*

(**Grifei.**)

Antes, porém, Senhor Presidente, **que se operasse a redemocratização** do Estado brasileiro, **conquistada** com a promulgação da Constituição de 1988, **a luta pela reconstrução** da ordem jurídico-democrática **impunha**, no momento histórico em que ela se processou, **fossem rompidos** os círculos de imunidade que resguardavam o poder autocrático **depositado** nas mãos dos curadores do regime **e reclamava fossem superados** os limites impeditivos da restauração dos direitos e das liberdades atingidos por atos revolucionários **fundados** na legislação excepcional **então** vigente.

Mostrava-se essencial, portanto, que o regime de exceção **fosse neutralizado e sucedido** por uma ordem revestida de plena normalidade político-institucional.

Foi por isso que sobreveio, em 1978, **no contexto** político **que assinalou o início** do processo de redemocratização do Estado brasileiro, **a Emenda Constitucional 11**, cujo art. 3º assim dispõe:

> ***Art. 3º São revogados** os Atos Institucionais e Complementares,* **no que contrariem** *a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial.*
>
> (**Grifei.**)

A norma constitucional referida **traduziu**, no momento histórico em que foi editada, **um ponto de inflexão** no processo revolucionário, **operando**, de modo virtualmente absoluto, **a neutralização** dos poderes excepcionais de que o Presidente da República se achava **então** investido, **para restabelecer**, em bases **compatíveis** com as exigências da sociedade civil, um sistema político **e** jurídico **que guardasse fidelidade** ao modelo do Estado **democrático** de Direito.

A Mensagem presidencial, que instruiu a proposta de Emenda em questão, **assim justificou** a necessidade de sua promulgação ("**Revista de Informação Legislativa**", vol. 60/234-236):

*O projeto da reforma elimina do sistema legal os diplomas de exceção **sem desarmar** o Estado, antes dotando-o dos instrumentos necessários à defesa da sociedade e assegurando plenamente os direitos e garantias individuais.*

(...).

Creio chegado o momento, após ouvir o Conselho de Segurança Nacional, de propor sejam revogados os atos institucionais e complementares no que contrariarem a Constituição Federal, disso resultando:

a) o restabelecimento do instituto do "habeas corpus" (Constituição, § 20 do art. 153);

b) o restabelecimento das garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (Constituição, arts. 100 e 113);

*c) a extinção, entre outras, **da competência atribuída** ao Presidente da República para:*

*1) declarar **o recesso** do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, e, em consequência, de o Poder Executivo correspondente legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou Leis Orgânicas dos Municípios;*

2) decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição (Constituição, § 3º do art. 15);

3) suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos e cassar mandatos eletivos;

*4) demitir, remover, aposentar, pôr em disponibilidade **membros da Magistratura**, funcionários públicos e empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista;*

5) demitir, transferir para a reserva ou reformar militares e membros das polícias militares da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios;

6) decretar e prorrogar o estado de sítio sem aprovação do Congresso Nacional;

7) banir brasileiros (Constituição, § 11 do art. 153).

(...)

Tal o objetivo desta Proposta; visa a eliminar o arbítrio, dotando o Estado de mecanismos eficientes de defesa, nos melhores moldes do Direito; não busca na experiência de outros povos, de maior cultura e já desenvolvidos, plenos poderes para emergências. Ao contrário, procura distinguir situações, limitando o espaço sob ameaça ou atingido por perturbação, para evitar se estendam restrições as garantias constitucionais.

(**Grifei.**)

A redemocratização do Estado brasileiro, **a partir** desse momento, **foi sendo progressivamente implementada**, **quer pela supressão** dos núcleos residuais de elementos autoritários **que ainda** impregnavam a ordem jurídica nacional, **quer pela recomposição** do próprio estado de comunhão nacional. **Com essa finalidade**, sucederam-se, por soberana deliberação do Congresso Nacional, **atos concessivos de anistia** (**Lei** 6.683/1979; **Emenda Constitucional** 26/1985, art. 4º), **realizadores** dos generosos objetivos para os quais foi esse instituto concebido.

É nesse particular contexto histórico que surge, em 28 de agosto de 1979, **a Lei 6.683**, **que concedeu anistia** a todos quantos, **no período** compreendido **entre** 2-9-1961 **e** 15-8-1979, "*cometeram crimes políticos* ***ou*** *conexos com estes*", **sendo relevante assinalar** que, **para efeito** dessa medida excepcional **fundada** na indulgência soberana do Estado, **o diploma legislativo em questão**, mediante interpretação autêntica, **considerou conexos** "*os crimes de qualquer natureza* ***relacionados*** *com crimes políticos* ***ou praticados*** *por motivação política*" (**Lei 6.683/1979**, art. 1º, **§ 1º**).

Sabemos todos que **a anistia** constitui uma das expressões da clemência soberana do Estado. **Os seus efeitos** em matéria penal são radicais, **incidindo**, retroativamente, **sobre o próprio** fato delituoso. **Consequentemente**, não pressupõe a existência de sentença penal condenatória, que, no entanto, **se** houver, **não impedirá** a incidência da lei concessiva da anistia, **apta a desconstituir** a própria autoridade da coisa julgada, **exceto** se a própria lei de anistia **dispuser** em sentido contrário. **No caso** de haver inquérito policial já instaurado, a anistia, **por vedar** ao Ministério Público **a formação** da "*opinio delicti*", **causa o arquivamento** do procedimento investigatório (**RTJ** 95/953).

É certo, como sabemos, **que o domínio** no qual incidem, ***ordinariamente***, as leis concessivas de anistia **é o dos ilícitos políticos**. **Nada obstava**, contudo, que essa expressiva manifestação da indulgência soberana do Estado **abrangesse**, **também**, como era possível, então, **sob a égide** da Carta Federal de 1969, as infrações penais **de direito comum**.

Na realidade, a Carta Política de 1969 **estabelecia** que, **tratando-se** de crimes políticos, **a instauração** do processo legislativo **concernente** à concessão de anistia **incluía-se** na esfera **de iniciativa reservada** ao Presidente da República, **com prévia audiência** do Conselho de Segurança Nacional.

Cuidando-se, no entanto, de crimes **não** políticos, a Carta Constitucional de 1969 **conferia legitimidade concernente**, em tema de concessão de anistia, **também** aos membros do Congresso Nacional.

Daí a observação de PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969**", tomo III/168-169, item n. 9, 2. ed., 1970, RT):

> ***ANISTIA RELATIVA A CRIMES POLÍTICOS***. – ***Só*** *o Presidente da República pode propor a anistia* ***concernente*** *a crimes políticos.* ***Mas****, para isso,* ***precisa*** *de parecer do Conselho de Segurança Nacional.* ***Qualquer outra espécie*** *de crime* ***escapa*** *à regra jurídica do art. 57, VI.*
> (**Grifei.**)

A possibilidade jurídica de extensão da anistia **a outros** ilícitos penais (**como** os crimes de direito comum), **além** dos delitos de natureza política, **é igualmente admitida** pela doutrina, **que não lhe opõe** qualquer restrição, **exceto** aquelas que **somente** foram estabelecidas **no texto superveniente** da Constituição **promulgada** em 1988 (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "**Código Penal**

Comentado", p. 542, item n. 12, 9. ed., 2008, RT; PAULO JOSÉ DA COSTA JR., "**Código Penal Comentado**", p. 322, item n. 4, 8. ed., 2005, DPJ; ROGÉRIO GRECO, "**Código Penal Comentado**", p. 200/201, 2. ed., 2009, Impetus; E. MAGALHÃES NORONHA, "**Direito Penal**", vol. 1/340, item n. 220, 31. ed., 1995, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código Penal Anotado**", p. 322, 11. ed., 2001, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, "**Comentários ao Código Penal**", p. 362, item n. 4.1, 4. ed., 2007, RT; LUIZ CARLOS BETANHO, "**Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**", vol. 1/1836, item n. 3.00, **coordenação** de ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, 7. ed., 2001, RT; LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "**Direito Penal: Parte Geral**", vol. 2/924, item n. 2.2, 2007, RT), **valendo referir**, quanto ao aspecto ora destacado, **a lição** de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO ("**Comentários ao Código Penal**", vol. IV/127-130, item n. 44, 5. ed., 1979, Forense):

> *A anistia é reservada, **especialmente**, para os crimes políticos. **Nada impede**, **porém**, **a sua decretação para crimes comuns**. O recurso de graça tradicional para os delitos apolíticos é o indulto. Para os políticos ou coletivos, em geral, a anistia. **Por exceção**, **é que compreende delitos comuns**. (...).*
>
> *(...)*
>
> ***Omitindo** a Carta Constitucional brasileira **e o Código** qualquer preceito **sobre a natureza** dos crimes anistiáveis, **não há recusar** essa qualidade **também** aos crimes comuns.*
>
> (**Grifei.**)

Vê-se, portanto, que o Congresso Nacional **tinha**, em 1979, **a faculdade de estender** o benefício da anistia às infrações penais **de direito comum**, vale dizer, aos ilícitos **não** políticos, **muito embora** estejam **pré**-excluídos, **hoje**, do âmbito de incidência das leis concessivas de anistia, os crimes comuns **a que se refere** o inciso XLIII do art. 5º **da vigente** Constituição.

Isso significa que se revestiu **de plena** legitimidade jurídico-constitucional **a opção legislativa** do Congresso Nacional que, **apoiando-se** em razões políticas, **culminou por abranger**, com a outorga da anistia, **não só** os delitos políticos, **mas também os crimes** a estes conexos **e**, ainda, **aqueles** que, igualmente considerados conexos, **estavam relacionados** a atos de delinquência política **ou** cuja prática **decorreu** de motivação política.

No fundo, é preciso ter presente que a Constituição sob cuja égide **foi editada** a Lei 6.683/1979, **embora** pudesse fazê-lo, **não reservou** a anistia **apenas** aos crimes políticos, **o que conferia** liberdade decisória, ao Poder Legislativo da União, para, **com apoio** em juízo eminentemente discricionário (**e após** amplo debate com a sociedade civil), **estender** o ato concessivo da anistia **a quaisquer** infrações penais de direito comum.

A Lei 6.683/1979, ao considerar conexos, **no § 1º** do art. 1º, **para efeito** de concessão da anistia prevista no diploma em causa, "*os crimes **de qualquer** natureza **relacionados** com crimes políticos **ou praticados** por motivação política*", **promoveu** verdadeira interpretação autêntica do termo "*crime conexo*",

em ordem a abranger, com essa cláusula de equiparação, **todos** os delitos **de qualquer** natureza, **desde** que relacionados a crimes políticos **ou** cometidos com motivação política.

Como bem ressaltado pela douta Procuradoria-Geral da República, **a anistia**, no Brasil, **tal como concedida** pela Lei 6.683/1979, "***resultou*** *de um longo debate nacional,* ***com a participação*** *de diversos setores da sociedade civil,* ***a fim de viabilizar*** *a transição* ***entre*** *o regime autoritário militar* ***e*** *o regime democrático atual*" (**grifei**).

E foi com esse elevado propósito que se fez inequivocamente **bilateral** (**e recíproca**) a concessão da anistia, **com a finalidade** de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade **e** independentemente de sua posição no arco ideológico, **protagonizaram** o processo político **ao longo** do regime militar, **viabilizando-se**, desse modo, **por efeito da bilateralidade** do benefício concedido pela Lei 6.683/1979, **a construção** do necessário consenso, **sem o qual não teria sido possível** a colimação dos altos objetivos perseguidos pelo Estado **e**, sobretudo, pela sociedade civil **naquele** particular **e** delicado momento histórico da vida nacional.

Vale reproduzir, por oportuno, **trecho do parecer** que o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **então** na condição de Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **ofereceu** sobre o Projeto da lei de anistia (**quando este se encontrava** em tramitação no Congresso Nacional) **e que constitui** clara atestação de que **o objetivo** da proposta **submetida a amplo** debate nacional **era**, **sem** qualquer dúvida, o de beneficiar **tanto** os adversários do regime castrense **quanto** os agentes incumbidos da repressão:

> ***13. Não há****, com efeito, como aceitarmos – à luz dos valores do Estado de Direito Democrático, que integram o compromisso da Ordem perante a nação – que a condenação ética do terrorismo sirva para excluir os contestatários violentos de uma ditadura dos benefícios da mesma lei de anistia, na qual a mais forte e universal condenação ética da "tortura policial" não foi óbice à extensão da impunidade legal aos crimes dos que a tornaram rotina, no procedimento da repressão aos adversários do regime.*
>
> ***14. Ora****, não há objeção retórica que possa obscurecer* ***que a amplitude****, com a qual o mencionado* ***§ 1º*** *definiu, como conexos nos crimes políticos, "os crimes de qualquer natureza com eles relacionados",* ***tem o único sentido*** *de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte,* ***perpetrados*** *nos desvãos da repressão política.*
>
> ***15. Aliás****, não é sem propósito indagar se não será a preocupação de anistiar as violências do regime o que explica que, do benefício, se tenham excluído apenas os já condenados pelos crimes de oposição violenta. Com a relativa liberdade de imprensa que já se alcançou, não há dúvida, como acentua a justificação do projeto, que, se tivessem continuidade, os processos contra os não condenados iriam "traumatizar a sociedade com o conhecimento de eventos que devem ser sepultados em nome da paz":* ***entre eles****, em primeiro lugar, os relativos à institucionalização da tortura aos presos políticos.*

*16. **Note-se** que, sob esse prisma, **o projeto rompe duplamente com a tradição brasileira**. **Restringe-se**, de um lado, **contra** os precedentes, **o alcance da anistia** com relação à criminalidade política, **para dela excluir** – à vista da circunstância fortuita da existência de condenação – **parte** dos autores de alguns delitos caracterizadamente políticos, objetiva e subjetivamente. **E**, de outro lado, **amplia-se ineditamente o conceito de crime comum conexo** a crimes políticos, **para beneficiar** com a anistia, **não apenas** os delitos comuns de motivação política (o que encontra respaldo nos precedentes), **mas**, também, **com o sentido** já mencionado, **os que tenham**, com os políticos, **qualquer** tipo de relação.*

*17. **Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude** que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História **poderá contribuir** para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.*

*18. **De outro lado**, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada – quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do Poder – que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo.*

*19. **Não é preciso acentuar**, de seu turno, **que a extensão** da anistia aos abusos da repressão terá efeitos **meramente** penais, **não elidindo** a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes.*

*20. **Se assim se chega**, no entanto, **a impor à sociedade civil** a anistia da tortura oficial – **em nome** do esquecimento do passado **para aplainar** o caminho do futuro Estado de Direito – **não é admissível** que o ódio repressivo continue a manter no cárcere umas poucas dezenas de moços, a quem a insensatez da luta armada pareceu, em anos de desespero, a única alternativa para a alienação política a que a nação fora reduzida.*

(**Grifei.**)

É certo que se mostra relativo, **sob a perspectiva** da interpretação jurídica, **o método hermenêutico que se apoia no exame dos debates parlamentares**.

Na realidade, o argumento histórico, no processo de interpretação, **não se reveste** de natureza absoluta **nem** traduz fator preponderante **na definição** do sentido **e** do alcance das cláusulas **inscritas** no texto da Constituição **e** das leis.

Esse método hermenêutico, contudo, **qualifica-se** como expressivo elemento **de útil indagação** das circunstâncias **que motivaram** a elaboração de determinado texto normativo inscrito na Constituição **ou** nas leis, **permitindo** o conhecimento das razões que levaram o legislador a acolher **ou** a rejeitar as propostas **submetidas** ao exame do Poder Legislativo, **tal como assinala** o magistério da doutrina (CARLOS MAXIMILIANO, "**Hermenêutica e Aplicação do Direito**", p. 310, 9. ed., 1980, Forense; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 40/42, 1986, Max Limonad; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**Interpretação e Aplicação da Constituição**", p. 126, 1996, Saraiva).

Daí a importância, **para fins de exegese**, **da análise** dos debates parlamentares, **cujo conhecimento** poderá orientar o julgador no processo de interpretação jurídica, **ainda** que esse critério hermenêutico **não** ostente, **como**

já acentuado, valor preponderante **nem** represente fator que vincule o juiz no desempenho de suas funções.

Destaco, por isso mesmo, como elemento **de útil compreensão** das circunstâncias históricas **e** políticas do momento **em que se elaborou** a Lei de Anistia, **fragmentos** de manifestação **de um grande** Senador da República **a propósito** desse tema.

Em discurso proferido no Senado da República, em 17 de março de 1981, **o eminente** Ministro PAULO BROSSARD, **então** um dos grandes **e** notáveis líderes da Oposição ao regime militar, **embora ressaltando** o caráter nefasto, odioso, desprezível **e** inaceitável dos "*excessos cometidos pelos órgãos de segurança*", **que não hesitaram em** matar, torturar **e** sequestrar os que combateram o sistema político então imposto à nação, **reconheceu**, a despeito de todos esses abusos, **o caráter bilateral** da anistia **consubstanciada** na Lei 6.683/1979, **acentuando** que **também** foram por ela alcançados, **em face** do que prescreve **o § 1º** do art. 1º, **os crimes comuns** praticados por agentes da repressão:

> ***De outro lado***, ***tais fatos***, *por terem ocorrido,* ***são hoje históricos e a anistia não os apaga da História***. *E se há interesse em que eles não sejam deturpados nem distorcidos (...) seria útil ponderar que na medida em que sejam eles encobertos, mais facilmente poderá haver deturpação e distorção. E se é verdade que tal pode ocorrer, quando tal intenção exista, para que a verdade seja conhecida nada melhor que sua investigação se processe e seja rigorosa e séria a apuração dela.*
>
> *(...)*
>
> ***Nada mais útil***, *eu diria mesmo,* ***nada mais necessário***, *do que a investigação desses fatos, honrosos ou horrorosos, louváveis ou repulsivos; se louváveis, para que sejam louvados; se repulsivos, para que sejam abominados e nunca mais venham a ser praticados; Investigação tanto mais oportuna quando estão vivos os personagens que neles tiveram interferência ou deles participaram, de uma ou outra maneira. Com o correr do tempo, desaparecidas as pessoas que a respeito podem depor com conhecimento de causa e depondo dizer a verdade ou restaurá-la quando deturpada, crescerá a possibilidade de deturpação e distorção dos fatos, fatos que, para honra nossa, ou para nossa vergonha, entre nós aconteceram. Qualquer um, bem ou mal-intencionado, poderá divulgar versão menos verídica e mais deformada, inclusive com a intenção de denegrir a instituição militar.*
>
> *(...)*
>
> ***Se mazelas existiram***, *eufemisticamente denominadas "excessos", o remédio não está em ocultá-las, porque ocultá-las seria protegê-las e protegê-las seria mantê-las, conservando-as em condições de, quiçá, virem um dia a ressurgir e proliferar. O remédio estaria em extirpá-las de modo a no organismo não ficar fibra contaminada que se reproduzisse amanhã.*
>
> ***Desgraçado o país*** *que tenha medo de livrar-se dos próprios erros, porque para libertar-se deles tenha de exibi-los. Mil vezes exibi-los, e expondo-os inspirar horror, para que nunca mais voltem a repetir-se, do que envergonhadamente ocultá-los e ocultando-os, protegê-los, com risco de voltarem amanhã, confiados na complacência que enseja, senão estimula os abusos.*
>
> ***Alega-se ter havido anistia*** *e um Ministro, o da Aeronáutica,* ***aludiu ao seu "caráter bilateral"*** *(...).*

(...)

***A toda evidência**, o projeto do Governo era mais amplo que o da Oposição num ponto: **no incluir** os crimes conexos (...), **valendo-se** de uma fórmula ilimitada (...), **ao insistir na anistia** também para "os excessos cometidos pelos órgãos de segurança".*

***Só que a fórmula** tinha de ser difusa e elástica, **de modo a evitar** o questionamento da original "conexão"...*

> *"**consideram-se conexos** os crimes de 'qualquer natureza relacionados' com crimes políticos ou 'praticados por motivação política'."*

***Para os efeitos da lei**, conexos seriam os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.*

(...)

***De qualquer sorte**, quando o Ministro da Aeronáutica fala o "caráter bilateral da anistia", **ou quando** o General invoca a anistia para "os excessos cometidos pelos órgãos de segurança", está estampado o reconhecimento do caráter criminoso desses excessos, está explícita a sua configuração de crimes; não fora assim e descaberia anistiá-los; **anistiam-se crimes**.*

***Com a sua lucidez habitual**, **escreveu Barbosa Lima Sobrinho**:*

> *"**Por mais que me digam que não há anistia** para torturadores, **e considere** até simpática a tese que assim se apresente, **não tenho dúvida** de que, para eles, **também existe anistia**, nem sei se ela teria sido decretada, se não houvesse a intenção de protegê-los com a certeza da impunidade. Nunca teria sido decretada a anistia, se ela não viesse com a intenção de ser recíproca."*

*(**Em torno do revanchismo**, JB, 8-3-1981.)*

***Aceito a tese da conexão**, **admito o** "**caráter bilateral da anistia**", a que se referiu o Ministro da Aeronáutica, **acolho** o entendimento do General Newton Cruz, segundo o qual, vale repetir,*

> *"**a lei da anistia**, ao falar em crimes conexos, deixou bem claro que os excessos cometidos pelos órgãos de segurança durante o combate à subversão deveriam ser igualmente esquecidos."*

***Está aceita a tese**. **Aceita**, **quais** suas consequências?*

***Não há quem não conheça** a natureza da anistia, sua motivação, sua finalidade.*

***Em dado momento** um interesse político predomina sobre o interesse social de punir, fazendo com que a lei penal deixe de ser aplicada a certo fato, a que normalmente seria aplicada, porque ele importara na infringência dela.*

***Pela anistia**, a lei penal deixa de incidir aqui e agora, "hic et nunc"; **é uma espécie** de revogação parcial, limitada e temporária da lei penal; **por motivos de alta conveniência política**, o Estado renuncia ao que é seu, o direito de punir. **Os efeitos da anistia**, maiores **ou** menores, gerais **ou** parciais, amplos, restritos **ou** condicionados, **os seus efeitos são**, é bem de ver-se, **de natureza penal**. A lei **extingue** a punibilidade. **Antes** de iniciado o processo, **impede** a ação penal; **paralisa-a**, se instaurado o processo; **findo este**, **desfaz** a própria sentença condenatória, **ainda** que ela tenha transitado em julgado. **É uma exceção clássica** ao princípio clássico da divisão dos poderes. **Sendo irrestrita**, apaga todos os efeitos, efeitos penais, **lei penal que é** não assim os civis, que são de diversa natureza e envolvem interesses de outras pessoas que não o Estado.*

(...)

Existe lei *que autorize autoridade, seja civil, seja militar, a maltratar, física ou moralmente, o detento, ainda que sobre ele recaiam as suspeitas mais veementes ou as certezas mais incontestáveis?*

Lei alguma existe *que autorize autoridade nenhuma a infligir maus tratos a ser humano, a ofender-lhe a saúde, a torturá-lo, seja qual for o motivo, seja qual a finalidade.*

Bem ao contrário*, lei existe a impor como dever de toda a autoridade, toda, "o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário".*

No rol dos direitos individuais *assegurados a brasileiros e estrangeiros aqui residentes figura o da "incolumidade pessoal" como limite intransponível do poder do Estado:*

> *"**impõe-se** a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário."*
>
> *(...)*
>
> ***A fórmula*** *não pode ser mais categórica, nem mais ampla. Ela é absoluta.*
>
> ***Inequivocamente ilegal terá sido o ato da autoridade*** *que consistiu em maltratar pessoa presa, não importa o delito a ela imputado, ou a prova contra ela acumulada, quaisquer que tenham sido as circunstâncias; e anistiada que tenha sido a autoridade, violenta ou cruel, pela fórmula amplíssima dos "crimes conexos", assim entendidos os "de qualquer natureza" simplesmente porque "relacionados" com crimes políticos, ou porque praticados por "motivos" políticos, essa autoridade terá se livrado da responsabilidade criminal, mas não estará exonerada e muito menos isenta de reparar o dano que tenha causado à vítima da violência ou crueldade.*
>
> *(...)*
>
> ***Desafeto declarado de toda forma de violência****, e particularmente da violência como ação política,* ***não posso aceitar*** *a teoria marcial que pretenderia o oblívio absoluto sobre os "excessos cometidos", ou no campo aberto da luta, ou no fundo negro das masmorras.*
>
> ***Partidário confesso*** *da ordem legal, entendo ser preciso incutir verdadeiro horror a essas manifestações selvagens, que rebaixam o homem, que aviltam o poder.*
>
> ***Houve quem entendesse*** *que pessoa que participara da luta armada não teria direito de reclamar contra a violência sofrida na casa de torturas por ela mesma descoberta, descoberta esta que verdadeira tempestade haveria de desencadear. Não é necessário grande esforço para nesse raciocínio defrontar a velha Lei de Talião. Ao demais, se o Estado adotar os métodos dos delinquentes, que diferença haverá entre estes e aquele?*
>
> ***Continuo a pensar*** *que por mais miserável que seja o indivíduo, e por mais execrável o ser proceder, isto não lhe tira o direito, que as leis a todos asseguram, de ser tratado como ente humano, nem confere à autoridade, seja ela qual for, direito de maltratá-lo, e muito menos de torturá-lo.*
>
> *(...)*
>
> ***Estejam tranquilos*** *os torturadores.* ***O*** *"****caráter bilateral*** *da anistia" os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido.* ***O fato da tortura****, porém,* ***é inapagável****.* ***É uma nódoa histórica*** *que a anistia desgraçadamente não apaga. Antes apagasse. Também assim os fatos ocorridos em 35-37, denunciados pela palavra de fogo de João Mangabeira. Encheriam de horror o mundo civilizado quando revelados à Câmara, flamejava o grande orador e grande homem. Nada sucedeu. O golpe de estado de 10 de novembro veio a ser a "anistia"*

para aqueles bárbaros. Mas não foram apagados da História e ainda hoje enchem de horror as pessoas que abominam a violência e se não afeiçoaram à crueldade.

***Sirva o episódio**, pelo menos, **para a todos ensinar como é estéril a violência**, em especial quando empregada como ação política, **e em todos instilar horror à tortura**, em particular quando erigida em ação de governo.*

(**Grifei.**)

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em **diversos** julgamentos – **como** aqueles proferidos, **p. ex.**, **nos casos contra** o Peru ("*Barrios Altos*", em 2001, **e** "*Loayza Tamayo*", em 1998) **e contra** o Chile ("*Almonacid Arellano e outros*", em 2006) –, **proclamou a absoluta incompatibilidade**, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, **das leis nacionais que concederam anistia**, **unicamente**, a agentes estatais, **as denominadas** "*leis de autoanistia*".

A razão dos diversos precedentes **firmados** pela Corte Interamericana de Direitos Humanos **apoia-se** no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica **não tolera** o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana **nem legitima** leis nacionais **que amparam e protegem** criminosos **que ultrajaram**, de modo sistemático, valores essenciais **protegidos** pela Convenção Americana de Direitos Humanos **e que perpetraram**, covardemente, à sombra do Poder **e** nos porões da ditadura a que serviram, **os mais ominosos e cruéis delitos**, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles **que se opuseram** aos regimes de exceção **que vigoraram**, em determinado momento histórico, **em inúmeros** países da América Latina.

É preciso ressaltar, no entanto, **como já referido**, que a lei de anistia brasileira, **exatamente** por seu caráter bilateral, **não pode** ser qualificada como uma *lei de autoanistia*, **o que torna inconsistente**, para os fins **deste** julgamento, **a invocação** dos **mencionados precedentes** da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, a Lei 6.683/1979 – **que traduz** exemplo expressivo de anistia de "*mão dupla*" (**ou** de "*dupla via*"), **pois se estendeu tanto** aos opositores do regime militar **quanto** aos agentes da repressão – **não consagrou** a denominada *anistia em branco*, que busca, **unicamente**, **suprimir** a responsabilidade dos agentes do Estado **e que constituiu** instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas.

Como **anteriormente** ressaltado, **não se registrou**, *no caso brasileiro*, **uma autoconcedida** anistia, pois foram completamente **diversas** as circunstâncias históricas **e** políticas **que presidiram**, no Brasil, **com** o concurso efetivo **e** a participação ativa da sociedade civil **e** da Oposição militante, a discussão, a elaboração **e** a edição da Lei de Anistia, **em contexto inteiramente distinto** daquele vigente na Argentina, no Chile **e** no Uruguai, dentre **outros** regimes ditatoriais.

Há a considerar, ainda, o fato – que se revela **constitucionalmente** relevante – de que a Lei de Anistia **foi editada** em momento ***que precedeu* tanto a adoção**, pela Assembleia Geral da ONU, **da Convenção das Nações Unidas**

contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), **quanto a promulgação**, pelo Congresso Nacional, em 1997, da Lei 9.455, **que definiu e tipificou**, entre nós, **o crime de tortura**.

Essa anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, **editada** em 1979, venha a sofrer desconstituição (**ou inibição eficacial**) **por parte** desses instrumentos normativos, **todos eles** promulgados – insista-se – **após** a vigência daquele **benéfico** diploma legislativo.

É tão intensa a intangibilidade de uma lei de anistia, **desde que validamente** elaborada (**como o foi** a Lei 6.683/1979), que, **uma vez** editada (**e exaurindo**, no instante mesmo **do início** de sua vigência, o seu conteúdo eficacial), **os efeitos jurídicos** que dela emanam **não podem ser suprimidos** por legislação superveniente, **sob pena** de a nova lei **incidir** na proibição constitucional **que veda**, de modo absoluto, **a aplicação retroativa** de leis gravosas.

É por essa razão que PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**", tomo II/51, item n. 23, 2. ed., 1970, RT), **em magistério lapidar** sobre o tema, **observa** que a eficácia jurídica **resultante** de qualquer lei de anistia **legitimamente** formulada (**como o foi** a Lei 6.683/1979) **revela-se insuprimível**, ainda que revogado o diploma legislativo que a concedeu:

> ***Pode o Poder Legislativo*** *revogar a lei de anistia?* ***Dir-se-á*** *que ele a fez,* ***e ele*** *a desfaz.* ***Sim****,* ***e não****.* ***Sim****, porque* ***é sempre possível*** *revogar-se uma lei;* ***não****, porque os efeitos dela* ***não*** *se revogam,* ***porque seria fazer retroativa a lei penal****.* ***Se*** *a lei ainda não produziu os efeitos (...),* ***é possível*** *revogar-se a lei de anistia.* ***Em suma****: a lei de anistia* ***é revogável****, derrogável;* ***mas os seus efeitos realizados são inabluíveis****.*
> (**Grifei.**)

Cumpre ter presente, por oportuno, **a advertência**, sempre atual, de RUI BARBOSA ("**Obras Completas de Rui Barbosa – Trabalhos Diversos**", vol. XL, tomo VI, p. 20, 1991, Fundação Casa de Rui Barbosa), **quando se pronuncia** sobre o significado **e a eficácia imperativa** dos comandos **inscritos** na lei concessiva da anistia:

> ***Dentre*** *as prerrogativas do poder* ***não há nenhuma*** *que encerre maior grau de majestade,* ***e nenhuma cujos atos sejam tão sagrados como a da anistia. Por ela se estabelecem*** *vínculos quase religiosos,* ***que os governos mais rebaixados não ousam desatar. A soberania*** *se reveste de uma transcedência quase divina* ***quando pronuncia****, sobre as desordens e as loucuras das revoluções,* ***esse verbo de esquecimento****, cujo influxo* ***apaga*** *todas as culpas,* ***elimina*** *todos os agravos,* ***e reabilita*** *de todas as manchas.* ***Não é o perdão****, que resgata das penas;* ***é a reconciliação, que extingue*** *os delitos,* ***atalha*** *os ressentimentos* ***e olvida*** *as queixas.*
> (**Grifei.**)

Não constitui demasia salientar, neste ponto, que o sistema constitucional brasileiro **impede** que se apliquem leis penais supervenientes **mais** gravosas.

Esse entendimento – **decorrente** do exame do significado **e** do alcance normativo da regra inscrita **no inciso XL** do art. 5º da Constituição Federal – **reflete-se** no magistério jurisprudencial **firmado** por esta Suprema Corte (**RTJ** 140/514 – **RTJ** 151/525 – **RTJ** 206/1071, **v.g.**) **e**, também, **por outros** Tribunais da República (**RT** 467/313 – **RT** 605/314 – **RT** 725/526 – **RT** 726/518 – **RT** 726/523 – **RT** 731/666, **v.g.**):

> ***HABEAS CORPUS*** *– CRIME DE* ***CALÚNIA*** *VEICULADO PELA IMPRENSA –* ***CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO*** *– INFRAÇÃO PENAL PRATICADA* ***POR*** *MILITAR EM ATIVIDADE* ***CONTRA*** *OUTRO MILITAR EM IGUAL SITUAÇÃO FUNCIONAL –* ***COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR*** *– APLICABILIDADE DA LEI 9.099/1995 – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL –* ***INSTITUTO DE DIREITO MATERIAL FAVORÁVEL AO AUTOR DE CRIMES MILITARES*** *PRATICADOS* ***ANTES*** *DA VIGÊNCIA DA LEI 9.839/1999 –* ***ULTRATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA*** *–* ***IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL*** *(****CF****, ART. 5º, XL) – PEDIDO* ***DEFERIDO*** *EM PARTE.*
>
> *(...)*
>
> *– A Lei 9.839/1999 (“****lex gravior****”) – que torna* ***inaplicável****, à Justiça Militar, a Lei 9.099/1995 (“****lex mitior****”) –* ***não*** *alcança,* ***no que se refere aos institutos de direito material*** *(como a suspensão condicional do processo penal), os crimes militares praticados* ***antes*** *de sua vigência,* ***ainda*** *que o inquérito policial militar* ***ou*** *o processo penal sejam iniciados* ***posteriormente****.*
>
> *– O sistema constitucional brasileiro* ***impede*** *que se apliquem leis penais supervenientes* ***mais gravosas****, como aquelas* ***que afastam*** *a incidência de causas* ***extintivas*** *da punibilidade (****dentre as quais*** *se incluem as* ***medidas despenalizadoras*** *da suspensão condicional do processo penal* ***e*** *da exigência de representação nos delitos de lesões corporais leves e culposas), a fatos delituosos cometidos* ***em momento anterior*** *ao da edição da “lex gravior”.*
>
> *–* ***A eficácia ultrativa*** *da norma penal* ***mais*** *benéfica – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso –* ***deve*** *prevalecer* ***por efeito*** *do que prescreve* ***o art. 5º, XL****, da Constituição,* ***sempre*** *que, ocorrendo* ***sucessão*** *de leis penais no tempo,* ***constatar-se*** *que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal* ***mais favorável*** *ao agente.* ***Precedentes*** *do Supremo Tribunal Federal.*
>
> (**RTJ 186/252-253**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Na realidade, a cláusula constitucional **inscrita** no art. 5º, **XL**, da Constituição – **que consagra** o princípio da irretroatividade de diplomas normativos **mais** gravosos – **incide**, no âmbito de sua aplicabilidade, **unicamente**, sobre as normas de direito penal material **que**, **no plano** da tipificação, **ou** no da definição das penas aplicáveis, **ou** no da disciplinação do seu modo de execução, **ou**, ainda, **no do reconhecimento** das causas extintivas da punibilidade (**como** a imprescritibilidade penal), **agravem** a situação jurídico-penal do indiciado, do réu **ou** do condenado.

Como já observado neste julgamento, a pretensão punitiva do Estado, **caso acolhida** a postulação deduzida pela parte ora arguente, **achar-se-ia atingida** pela prescrição penal, **calculada esta** pelo prazo **mais** longo (vinte anos) **previsto** em nosso ordenamento positivo.

Nem se sustente, **como o faz** o Conselho Federal da OAB, **que a imprescritibilidade penal**, na espécie ora em exame, **teria** por fundamento a "*Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*".

Mostra-se **evidente** a inconsistência jurídica **de semelhante** afirmação, **pois**, ***como se sabe***, essa Convenção das Nações Unidas, **adotada em 26-11-1968**, **muito embora** aberta à adesão dos Estados **componentes** da sociedade internacional, **jamais** foi subscrita pelo Brasil, **que a ela também não aderiu**, em momento algum, **até** a presente data, **o que a torna verdadeira** "*res inter alios acta*" **em face** do Estado brasileiro.

Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal **que resulta** dessa Convenção das Nações Unidas **não** se aplica, **não** obriga **nem** vincula, juridicamente, o Brasil **quer** em sua esfera doméstica, **quer** no plano internacional.

Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB **busca fazer incidir**, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil **sequer** é parte, **invocando-a** como fonte de direito penal, **o que se mostra incompatível** com o modelo consagrado na Constituição **democraticamente** promulgada em 1988.

Ninguém pode ignorar que, **em matéria penal**, **prevalece**, **sempre**, o postulado da *reserva constitucional de lei em sentido formal*.

Esse princípio, **além** de consagrado **em nosso** ordenamento positivo (**CF**, art. 5º, XXXIX), **também encontra** expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) **e no Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), **que representam** atos de direito internacional público a que o Brasil **efetivamente** aderiu.

O que se mostra constitucionalmente relevante, no entanto, **como adverte** a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES/VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "**Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**", vol. 4/122, 2008, RT), **é que**, "***no âmbito*** *do Direito Penal incriminador,* ***o que vale*** *é o princípio da reserva legal,* ***ou seja***, ***só o Parlamento***, ***exclusivamente***, ***pode*** *aprovar crimes* ***e*** *penas.* ***Dentre*** *as garantias* ***que emanam*** *do princípio da legalidade,* ***acha-se a reserva legal*** *(****só*** *o Parlamento* ***pode*** *legislar sobre o Direito Penal incriminador)* ***e a anterioridade*** *('lex populi'* ***e*** *'lex praevia', respectivamente). Lei* ***não*** *aprovada pelo Parlamento* ***não é válida*** (...)" (**grifei**).

Não se pode **também** desconhecer, **considerado** o princípio constitucional da *reserva absoluta de lei formal*, **que o tema da prescrição subsume-se** ao âmbito **das normas de direito material**, de natureza **eminentemente** penal, **regendo-se**, em consequência, **pelo postulado** da *reserva de Parlamento*, **como adverte** autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, "**Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral**", p. 880/881, item n. 1, 2. ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Direito Penal – Parte Geral**", vol. 1/718, item n. 1, 27. ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO,

"**Código Penal Comentado**", p. 315, 7. ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "**Tratado de Direito Penal**", vol. 1/772, item n. 1, 14. ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, "**Código Penal Comentado**", p. 205, 2. ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, "**Direito Penal – Parte Geral**", vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, "**Comentário ao Código Penal**", p. 375, item n. 2, 4. ed., 2007, RT, **v.g.**).

Isso significa, portanto, **que somente lei interna** (**e não** convenção internacional, **muito menos** aquela **sequer** subscrita pelo Brasil) **pode** qualificar-se, **constitucionalmente**, como **a única** fonte formal **direta**, legitimadora da regulação normativa **concernente** à prescritibilidade **ou** à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, **ressalvadas**, *por óbvio*, cláusulas constitucionais em sentido diverso, **como aquelas** inscritas **nos incisos** XLII **e** XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental.

É importante rememorar, neste ponto, **em face** da absoluta pertinência de suas observações, **o registro** feito pelo Professor NILO BATISTA, em *Nota Introdutória* **constante** da obra "**Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade**" (Saraiva, 2010), **escrita** por Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Júnior, Antonio Martins **e** Ulfrid Neumann:

> ***3. Depois de uma resenha*** *sobre a recente instalação do debate nos meios jurídicos brasileiros,* ***o texto*** *do Professor Lauro Joppert Swensson Junior,* ***a quem se deve excelente monografia*** *sobre o tema,* ***se detém sobre as duas linhas argumentativas nele agitadas****: "****a****)* ***a Lei n. 6.683/79*** *nunca anistiou os responsáveis pelos crimes da ditadura;* ***b)*** ***os delitos*** *praticados são crimes de lesa-humanidade,* ***e por isso são imprescritíveis e não podem ser*** *objeto de anistia". **Sobre a primeira linha**, em confronto aberto com a norma interpretativa (art. 1º, § 1º)* ***que estabeleceu*** *o mais amplo conceito possível de crime conexo,* ***Swensson Junior*** *tem a coragem de formular a pergunta politicamente incorreta* ***mas juridicamente indispensável****: os agentes do subsistema penal DOPS-DOI/CODI atuaram "por razões pessoais" (sadismo, desafetos etc.)* ***ou*** *"por razões políticas – por exemplo, para salvaguardar o país dos comunistas"?* ***Sim****, porque se a resposta correta for a segunda, estaríamos sem dúvida diante de crimes conexos expressamente anistiados (muitos sustentariam, com base em critério tradicional, estarmos diante de autênticos crimes políticos, igualmente anistiados).* ***Seja como for****,* ***a revisão radical*** *de uma interpretação sedimentada* ***ao longo*** *de três décadas* ***implicaria*** *"****retroatividade encoberta****" (Raúl Zaffaroni* ***vê no emprego de*** *"****novo*** *critério interpretativo"* ***que altere*** *a significação jurídico-penal de um fato* ***uma violação oblíqua*** *do princípio da legalidade).* ***Mas o argumento da anistia****,* ***tanto quanto o da evidentíssima prescrição****,* ***sucumbiria perante a segunda linha argumentativa****: as ações dos "agentes da repressão política estatal* ***são*** *'crimes contra a humanidade',* ***e por isso são imprescritíveis e não podem*** *ser anistiados".* ***A refutação de Swensson Junior é implacável****: em primeiro lugar, instrumentos normativos internacionais* ***só adquirem*** *força vinculante* ***após*** *o processo constitucional de internalização,* ***e o Brasil não subscreveu*** *a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968* ***nem qualquer outro documento*** *que contivesse cláusula similar;* ***em segundo lugar****, "o costume internacional* ***não pode ser fonte*** *de direito penal"* ***sem violação*** *de uma função*

*básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente "Arellano x Chile", a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (**Dec. n. 4.463**, de 8 de novembro de 2002) porém apenas "para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998".*
(**Grifei.**)

Certamente por tal razão, de índole **eminentemente** constitucional, o Senhor Presidente da República, **acolhendo** proposta interministerial **subscrita** pelos Senhores Ministro da Justiça, Ministro das Relações Exteriores, Ministro Advogado-Geral da União e Ministro-Chefe da Secretaria Especial de Direitos Humanos, **encaminhou** ao Congresso Nacional **o Projeto de Lei** 4.038/2008 (Câmara dos Deputados), **com o objetivo** de viabilizar a implementação, **no âmbito interno**, do *Estatuto de Roma*, **que instituiu** o Tribunal Penal Internacional.

Com tal finalidade **e** propósito, **o projeto de lei** em questão **não só** tipifica, **dentre outros**, **os crimes** contra a humanidade, **cominando-lhes** penas, **mas também dispõe** sobre a imprescritibilidade de referidos delitos, **em regra** que, **inscrita no art. 11** dessa **mesma** proposição legislativa, **possui** o seguinte conteúdo normativo:

> ***Art. 11. Os crimes** de genocídio **contra a humanidade** e de guerra **são imprescritíveis e insuscetíveis** de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança.*
> (**Grifei.**)

Vê-se que o Senhor Presidente da República, **consciente** da necessidade de respeitar, **em tema** de direito penal, **o postulado** da reserva constitucional de lei formal, **agiu** de modo **absolutamente compatível com o que dispõe** a Constituição da República (que somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal), **não obstante** o Brasil houvesse assinado, **em 1998**, o Estatuto de Roma (posteriormente incorporado à nossa ordem interna), **que já definia**, **como imprescritível**, a pretensão estatal de punir **os crimes** contra a humanidade, de guerra **e** de genocídio.

Há, ainda, **outra observação a fazer**. **Refiro-me** ao fato de que **a nova** Constituição do Brasil, **promulgada** em 1988, **poderia**, até mesmo, **precisamente** porque **elaborada** por órgão **investido** de funções constituintes **primárias** (**ou originárias**), **suprimir** a eficácia jurídica **que se irradiou** da Lei de Anistia de 1979, **ordenando**, ela própria, **a restauração** do "***status quo ante***".

Sucede, no entanto, **que tal não se verificou**, **muito embora** esse tema **pudesse** estar presente na intenção **e** na deliberação da Assembleia Nacional Constituinte, **a atestar**, desse modo, muito claramente, que **não** se registrou, nesse específico tema, **qualquer** omissão do órgão formulador **da nova** Constituição brasileira, **configurando**, antes, *esse comportamento* dos constituintes, **uma clássica** hipótese de *lacuna consciente* **ou** *voluntária*, **que traduz**, quando ocorrente, **a disposição inequívoca** de **não** tratar da matéria.

Em face de tal contexto, revela-se **plenamente** invocável **antiga jurisprudência** desta Suprema Corte **no sentido** de que regras constitucionais supervenientes **não** se revestem de retroprojeção normativa (**RTJ** 155/582-583), **eis** que os preceitos **de uma nova** constituição **aplicam-se**, imediatamente, **com eficácia** "*ex nunc*", **ressalvadas** as situações excepcionais **expressamente definidas** no texto da Lei Fundamental (**RTJ 143/306-307**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Na realidade, esse entendimento – **que enfatiza a eficácia prospectiva** do ordenamento constitucional – **ajusta-se à orientação** segundo a qual, **ressalvada disposição constitucional em contrário**, **prevalece** o princípio fundamental **da incidência imediata da nova** Constituição. **É que – não custa reiterar** – "*As Constituições têm incidência imediata,* ***ou desde*** *o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir.* ***Para as Constituições****,* ***o passado só importa*** *naquilo que ela aponta* ***ou*** *menciona.* ***Fora daí****,* ***não***" (PONTES DE MIRANDA, "**Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969"**, tomo VI/392, 2. ed., 1974, RT – **grifei**).

Isso significa, portanto, que, **mantida íntegra** a Lei de Anistia de 1979, **produziu ela**, "*ministerio juris*", **todos** os efeitos que lhe eram inerentes, **de tal modo** que, **ainda** que considerada incompatível com a Constituição superveniente, **já teria irradiado** (**e esgotado**) **toda** a sua carga eficacial **desde** o instante mesmo em que veio a lume.

Cumpre registrar, finalmente, Senhor Presidente, **que a improcedência** da presente ação **não impõe qualquer óbice** à busca da verdade **e** à preservação da memória histórica **em torno** dos fatos ocorridos no período em que o país **foi dominado** pelo regime militar.

É importante salientar, neste ponto, **que o modelo de governo** instaurado em nosso País, em 1964, **mostrou-se fortemente estimulado** pelo "***perigoso fascínio do absoluto***" (Pe. JOSEPH COMBLIN, "**A Ideologia da Segurança Nacional – O Poder Militar na América Latina**", p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), **pois privilegiou e cultivou o sigilo**, transformando-o em "***praxis***" governamental institucionalizada, **ofendendo**, **frontalmente**, desse modo, **o princípio democrático**.

Com a violenta ruptura da ordem jurídica consagrada na Constituição de 1946, **os novos** curadores do regime **vieram a forjar**, em momento posterior, **o sistema** de atos estatais reservados, **como os decretos reservados** (art. 31 do Decreto 79.099/1977) **e as portarias reservadas** – estas mencionadas no § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias –, **numa inqualificável subversão** dos princípios estruturadores da gestão democrática **e** republicana do poder estatal, **que impõe**, aos que o exercem, **a plena submissão** às exigências indisponíveis da publicidade.

Ao assim proceder, esse regime autoritário, **que prevaleceu** no Brasil durante **largo** período, **apoiou** a condução **e** a direção dos negócios de Estado em concepção teórica – **de que resultou** a formulação da doutrina de segurança nacional – **que deu suporte** a um sistema claramente **inconvivente** com a prática das liberdades públicas.

Desprezou-se, desse modo, **como convém** a regimes autocráticos, **a advertência** feita por NORBERTO BOBBIO, **cuja lição magistral** sobre o tema ("**O Futuro da Democracia**", 1986, Paz e Terra) **assinala** – com especial ênfase – **não haver**, nos modelos políticos **que consagram** a democracia, **espaço possível reservado ao mistério**.

Não constitui demasia rememorar, neste ponto, **na linha** da decisão **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **proferiu** no julgamento do **MI 284/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO (**RTJ** 139/712-732), **que o novo** estatuto político brasileiro – **que rejeita** o poder que oculta **e que não tolera** o poder que se oculta – **consagrou a publicidade** dos atos e das atividades estatais **como valor constitucional** a ser observado, **inscrevendo-a**, em face de sua alta significação, **na declaração** de direitos **e** garantias fundamentais que a Constituição da República **reconhece e assegura** aos cidadãos.

Na realidade, **os estatutos do poder**, numa República **fundada** em bases democráticas, como o Brasil, **não podem privilegiar o mistério**, porque a **supressão** do regime visível de governo – que tem, **na transparência**, a condição de legitimidade de seus próprios atos – **sempre coincide com os tempos sombrios** em que declinam as liberdades **e** os direitos dos cidadãos.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (**art. 5º**), **enunciou** preceitos básicos, cuja compreensão é essencial **à caracterização** da ordem democrática **como um regime do poder visível**, ou, **na lição expressiva** de BOBBIO ("***op. cit.***", p. 86), como "***um modelo ideal do governo público em público***".

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

Ao dessacralizar o segredo, a Assembleia Constituinte **restaurou** velho dogma republicano **e expôs** o Estado, **em plenitude**, ao princípio democrático **da publicidade**, convertido, em sua expressão concreta, **em fator de legitimação** das decisões, das práticas **e** dos atos governamentais.

Tenho por inquestionável, por isso mesmo, **que a exigência de publicidade** dos atos que se formam no âmbito do aparelho de Estado **traduz** consequência que resulta de um princípio essencial a que a **nova** ordem jurídico-constitucional **vigente** em nosso País **não permaneceu indiferente**.

Impende assinalar, ainda, **que o direito de acesso** às informações de interesse coletivo ou geral – **a que fazem jus** os cidadãos **e**, também, os meios de comunicação social – **qualifica-se como instrumento viabilizador** do exercício da **fiscalização social** a que estão sujeitos os atos do poder público.

Não foi por outra razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao analisar** recurso no qual se buscava acesso a processos criminais **junto** ao Superior Tribunal Militar, **garantiu** aos recorrentes, **que eram** pesquisadores,

"***o direito de acesso*** *(possibilidade de consulta)* ***e de cópia*** *dos autos* ***e das respectivas*** *gravações requisitadas à autoridade coatora,* ***e****, ainda,* ***a devolução*** *das fitas apreendidas (...)*", **em julgamento** que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

> ***RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CÓPIA DE PROCESSOS E DOS ÁUDIOS DE SESSÕES. FONTE HISTÓRICA PARA OBRA LITERÁRIA. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO (ART. 5º, XIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).***
>
> ***1. Não se cogita*** *da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIII, XIV e XV da Lei 8.906/1996),* ***uma vez que os impetrantes não requisitaram*** *acesso às fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia,* ***mas como pesquisadores****.*
>
> ***2. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos*** *com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros* ***ou*** *quando a medida for essencial para a proteção do interesse público.*
>
> ***3. A coleta de dados históricos*** *a partir de documentos públicos e registros fonográficos,* ***mesmo*** *que para fins particulares,* ***constitui-se em motivação legítima*** *a garantir o acesso a tais informações.*
>
> ***4. No caso****, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época)* ***a partir*** *dos registros documentais* ***e*** *fonográficos de sessões de julgamento público.*
>
> ***5. Não configuração*** *de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da Lei 8.159/1991) e do direito à informação.*
>
> *Recurso ordinário provido.*
>
> (**RMS 23.036/RJ**, Rel. p/ o ac. Min. NELSON JOBIM – **Grifei.**)

Vê-se, portanto, **que assiste** a toda a sociedade **o direito** de ver esclarecidos os fatos ocorridos em período **tão** obscuro de nossa história, **direito este que**, para ser exercido em plenitude, **não depende** da responsabilização criminal dos autores de tais fatos, **a significar**, portanto, **que a Lei 6.683/1979 não se qualifica** como obstáculo jurídico **à recuperação** da memória histórica **e** ao conhecimento da verdade.

Sendo assim, em face das razões expostas **e com estas** considerações, **julgo improcedente** a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Acho que seria absolutamente desnecessário, escusado, dizer que nenhum Ministro desta Corte tem dúvida sobre a profunda aversão que sentimos por todos os crimes que foram praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos, não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas, ainda, pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos.

Mas este processo não é o lugar de formulação de juízo, a cujo respeito estamos todos de acordo, sobre a reprovabilidade ética dessas práticas. A nossa tarefa é relativamente mais simples, porque está apenas em saber se o disposto no § 1º do art. 1º da Lei 6.883/1979 é, ou não, compatível com a ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988.

A observação imediata é que essa lei contém uma definição particular, e, eu diria, uma definição operacional, porque se destina a dar interpretação, que o Ministro Celso de Mello chamou de autêntica, para efeito de sua própria incidência e aplicação. Noutras palavras, ela própria define o que deva, no seu contexto, ser entendido como *crimes conexos*.

Por isso, a tese de que corresponderia ao instituto da conexão, tal como previsto no art. 76, inciso I, do Código de Processo Penal, é absolutamente inaplicável e inconcebível para a hipótese. Por quê? Simplesmente porque se trata de fator processual de determinação de competência, de unificação de processo, para assegurar, em instrução e julgamento conjuntos, aquilo que se denomina unidade de convicção. Tal conexão é instituto que se aplica só a causas pendentes, não dizendo respeito a nenhum outro tipo de relacionamento lógico-jurídico.

Ora, evidentissimamente, o caso não cuida de conexão nesse sentido tradicional e técnico-jurídico. A conexão aqui pressuposta tem outro sentido, é o sentido que chamo de metajurídico. E há, desde logo, dois elementos que corroboram esta afirmação.

O primeiro é de que não se trata de uso – diria – inédito da expressão. O eminente Relator demonstrou, longamente, no voto, que é da tradição normativa brasileira, em tema de concessão de anistia, mediante vários decretos, usar precisamente a expressão *crimes conexos*, até ao tempo em que o Direito Processual era prerrogativa de cada Estado, e, portanto, muito antes da unidade do Direito Processual, que data da década de quarenta.

O segundo, não fosse esse dado, teríamos, para lembrar palavra muito significativa de Drummond de Andrade, uma anistia cambaia. Por que teríamos uma anistia cambaia? Porque, a entender-se aqui conexão como fenômeno puramente processual, ela só se aplicaria aos casos de concurso de crimes e de concurso de pessoas. Ou seja, só valeria para um dos lados das pessoas que se encontravam numa situação sociopolítica de conflito, isto é, só para um dos lados haveria a anistia, que seria muito mais restrita do que é, perdendo, assim, todo o seu significado histórico na transição para um regime democrático.

Depois, quando a lei faz referência à relação de conexão, usa de uma categoria de ordem política, tal como claramente se vê à remissão a *crimes políticos* e a *crimes praticados por motivação política*. A amplitude da norma é, portanto, óbvia, enquanto transcende o campo dos crimes políticos em sentido estrito ou em sentido figurado, como aqueles praticados com motivação política, ao abranger crimes de *qualquer ordem*.

Foi esse o sentido que o parecer, não apenas o parecer, mas também a entrevista do Ministro Sepúlveda Pertence – testemunhos insuspeitos de uma

vítima dúplice do regime opressivo, cujos crimes foram perdoados – reconheceram em outras palavras, denotando que a norma é destinada a apanhar também crimes dos agentes do regime militar contra os opositores, na luta pelo poder. Esse é o sentido da conexão à qual se refere a lei.

E a mesma lei podia operar essa extensão. E fê-lo de modo textual, ao relacionar, entre os abrangidos pela anistia, os *crimes de qualquer natureza*, isto é, os crimes ditos comuns em oposição aos crimes políticos.

A expressão *crimes de qualquer natureza* de certo modo está ligada também à tradição semântica do nosso Estatuto do Estrangeiro. Numa das suas normas, também textual, se encontra a descrição da competência desta Corte para examinar – são essas palavras da lei – a *natureza do crime*, o que significa saber se se trata de crime comum ou de crime político, para efeito de extradição.

A lei, insisto, poderia tê-lo feito. O Ministro Celso de Mello já o demonstrou, mas preciso relembrar. Àquela época, não havia, como hoje há, nenhum obstáculo de ordem constitucional nem legal para que o legislador estendesse a anistia aos crimes de qualquer natureza. Esta é a tese que a ação pretende derrubar, mas, a meu ver, sem nenhum fundamento. Daí por que – e vou deter-me um pouco mais para prová-lo – é inútil argumentar que os agentes da repressão não teriam cometido crimes políticos, pela razão breve de que a anistia também alcança os chamados "crimes comuns".

Diz-se que talvez a lei não seja clara ao propósito, mas o Ministro Sepúlveda Pertence, no parecer, e não apenas no parecer, mas também na entrevista, afirma-o claro: "este foi o significado inequívoco da lei: estender a anistia aos chamados 'crimes comuns'".

Mas o que me parece interessante é que o que, no fundo, inspira esta ação é exatamente a percepção da clareza da lei. Se houvesse dúvida a respeito do alcance da lei, não se abalançaria a autora a pedir ao Tribunal que declarasse outra coisa. Se a lei fosse obscura, se a lei fosse pouco clara, seria incompreensível que pedisse à Corte declarar-lhe algum sentido contrário. Isto é, só um sentido reconhecido pressupostamente como claro seria incompatível com a Constituição. E, textualmente, no item 13 da petição inicial, consta que, "a despeito da má redação, a finalidade foi incluir subrepticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar".

Noutras palavras, é a própria autora que reconhece ser esse o sentido da lei, não obstante pretenda que o Tribunal declare tal sentido incompatível com a Constituição.

Com o devido respeito, a pretensão realmente não poderia ser acolhida. Em primeiro lugar, porque a interpretação em tema de anistia é sempre ampla, expansiva, nunca restrita; é sentido de generosidade.

Em segundo lugar, a norma de modo algum ofende o princípio da igualdade, porque basta o vínculo, que está estabelecido no § 1º do art. 1º, entre os

elementos de motivação objetiva dos crimes, para demonstrá-lo. Não falo aqui das motivações como razões subjetivas da prática dos crimes, mas o dado objetivo de crimes praticados *no mesmo contexto* sociopolítico de conflito e de luta pelo poder. Este dado identifica os crimes praticados de ambos os lados, e essa identificação histórica, entre crimes contra o regime e de crimes do regime contra os opositores, situando-os na mesma moldura histórica e política, atende ao imperativo constitucional da igualdade, pois teriam de receber, como receberam, tratamento normativo igual.

Em terceiro lugar, evidentemente esta demanda nada tem com o direito constitucional a informações dos órgãos públicos, isto é, com o chamado "direito à verdade histórica", porque nada impede que, por outros meios, não pelo reconhecimento do caráter criminoso de fatos cobertos pela anistia, se podem apurar suas responsabilidades históricas e políticas. Não há nenhum obstáculo que, para tal apuração, resulte da improcedência desta demanda.

Tampouco há desrespeito aos princípios democrático e republicano. Todos os crimes – e não apenas os crimes de tortura, de sequestro, de homicídio – praticados por agentes públicos sempre seriam contrários aos princípios democrático e republicano, porque não é a gravidade do crime que ofenderia esses princípios, mas o fato de provirem de agentes do poder público. Isso nos levaria a esta indagação: os crimes praticados por agentes políticos de qualquer regime não poderiam nunca ser por isso anistiados? É óbvio, não há ninguém que responda afirmativamente.

Além disso, já todos os votos que acompanharam o brilhantíssimo voto do Ministro Relator mostraram que a lei nasceu de um acordo costurado por quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrar um pacto nacional. E era lei como todas as outras editadas no mesmo período, mas cuja vigência e constitucionalidade jamais foram postas em dúvida pelo mesmo fato dessa origem comum! E a mais grave consequência da tese da autora é que, reconhecida a sua viabilidade teórica, toda a Lei da Anistia estaria revogada, porque toda ela provém da mesma fonte e, portanto, padeceria toda do mesmo vício.

E quinto lugar, o caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para relembrar caso que me parece mais exemplar, o consumado na África do Sul, que concedeu anistia ainda mais ampla do que a nossa.

Em sexto lugar, recorro a dois argumentos de pressupostos hipotéticos, baseados na suposição de que a autora tivesse razão. O primeiro deles vai mostrar não apenas a impropriedade da demanda, mas a sua absoluta esterilidade, que, aliás, já foi bem percebida pelo eminente Ministro Marco Aurélio.

Fosse outra a interpretação devida, não haveria nenhum interesse processual nesta demanda, porque **todas as ações criminais** e todas as ações cíveis, exceto as declaratórias, **estão prescritas**, inclusive aquelas previstas no art. 200 do Código Civil em vigor, que faz depender o início do curso da prescrição de sentença

criminal que reconheça o fato gerador da responsabilidade civil, porque, no caso, prescrita a ação penal, não haveria juízo penal capaz de emitir decisão de mérito que pudesse dar início ao curso da prescrição civil. Insisto: também a prescrição civil, salvo a das ações puramente declaratórias, está consumada de há muito.

E a pergunta decisiva seria: qual o interesse legítimo – não digo apenas o interesse jurídico – que ficaria, que restaria para justificar julgamento de procedência desta ação? Ela não serviria para instauração de ação penal, porque **todas as ações penais estão prescritas**, de modo que, na matéria, não se poderia chegar a nenhuma sentença de mérito! Qual, portanto, a utilidade do julgamento de procedência desta ação? Ela não tem nenhuma repercussão de ordem prática, nenhuma, no campo jurídico. E, tal como deduzida, não se presta a satisfazer certeza de ordem moral. A questão aqui é de saber se há, ou não, incompatibilidade da norma com o ordenamento jurídico em vigor. Ora, desse reconhecimento eventual não resultaria nenhuma utilidade de ordem prático-jurídica. Alega-se que, com a procedência, se poderia apurar a responsabilidade criminal dos agentes do regime. Mas apurar a responsabilidade criminal em que juízo, se já não há mais ação penal alguma capaz de ser proposta? **Todas estão cobertas pela prescrição**.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É que o Estado não poderia conseguir a perseguição por causa da lei. O Estado só desencadearia a persecução criminal com o afastamento do óbice da lei. Então, a questão da prescrição nem se coloca nesse momento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, Ministro, a prescrição se inicia da data da prática do crime, não é da data do reconhecimento de certo sentido da lei.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, mas o Estado estava impedido de deflagrar a persecução.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O Estado não tinha impedimento nenhum para fazê-lo. Se entendesse que a lei era incompatível com a Constituição, poderia, mas não o fez, ter intentado persecução penal. E, a esta altura, já não pode fazê-lo, pois já não há lugar nem via para reconhecimento do caráter criminoso de certos fatos, de modo que a pretensão da autora é absolutamente estéril.

Mas não é só, o argumento de que não teria sido a norma recebida pela nova ordem constitucional não significa que não tivesse ela operado dentro da velha ordem, consumando e exaurindo, portanto, na vigência da Constituição anterior, toda a sua eficácia sobre os fatos. Não haveria agora nenhum efeito jurídico pendente por declarar ou atuar.

E, neste ponto, vou até mais longe do que o brilhantíssimo e primoroso voto do Ministro Relator. Sua Excelência relembrou que, no Chile, na Argentina, no Uruguai, para ater-nos a casos próximos, as leis de anistia foram revogadas por outras leis. Mas nosso sistema jurídico constitucional não o permitiria, porque, uma vez apagado o caráter delituoso dos fatos anistiados, a lei que revogasse os efeitos da anistia seria descaradamente *lex gravior*, que não retroagiria, não poderia retroagir em hipótese alguma! Por quê? Porque a norma teria, no sistema anterior onde foi gerada, operado radicalmente todos os seus efeitos e de

modo imediato e instantâneo, no momento em que incidiu. A eficácia jurídica da anistia não depende de nenhuma sentença de caráter declaratório, pois atua por força do só contato da lei com o fato, de modo que estariam extintas, e deveras o estão, todas as ações públicas e privadas de **caráter penal** e, portanto, consolidadas, sob esse aspecto, todas as situações jurídicas resguardadas pelo princípio constitucional da segurança jurídica. Em qualquer ordem jurídica civilizada, só retroage lei penal benéfica ao réu!

Faço a observação final: o Ministro Sepúlveda Pertence tem toda razão, quando denomina a pretensão de anacrônica, posta fora do seu tempo. E não consigo entender como a mesma Ordem dos Advogados, que, sob a batuta dos grandes Presidentes Faoro e Seabra Fagundes, com base no irrespondível parecer do então Conselheiro Sepúlveda Pertence, teve participação decisiva na aprovação dessa lei, trinta anos depois reveja o seu próprio juízo sobre o alcance da norma que concorreu para editar, refaça seu pensamento como se tivesse, após trinta anos, acordado tardiamente, recobrando consciência de que a velha norma não se compatibiliza com a ordem constitucional ora vigente!

Senhores Ministros, para encerrar, eu diria apenas que, em primeiro lugar, já não haveria nada por acrescer ao voto antológico do Ministro Eros Grau, que cobriu todos os aspectos, não apenas jurídicos, mas também históricos, políticos e éticos, num plano extremamente elevado, e de maneira grandiosa, porque conhecemos todos sua história.

Se é verdade que cada povo acerta contas com o passado de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia. E diria, se pudesse, mas não posso, concordar com a afirmação de que certos homens são monstros, que os monstros não perdoam, só o homem perdoa. Só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade, é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que seus inimigos, é capaz de sobreviver. Uma sociedade que queira lutar contra os inimigos com as mesmas armas, os mesmos instrumentos, os mesmos sentimentos, está condenada a um fracasso histórico.

Essas são as razões pelas quais, acompanhando o voto do eminente Relator e de todos que o secundaram, de modo muito brilhante, pedindo vênia aos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, também julgo improcedente a ação.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes:

1. Relato do processo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cujo objeto é o § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, que possui o seguinte teor:

> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
>
> *§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.*

Preliminarmente, o Conselho Federal da OAB sustenta o cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois estariam presentes todos os pressupostos para o ajuizamento da ação. Aponta, nesse sentido, a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre o dispositivo impugnado, anterior à Constituição de 1988, exemplificada pela transcrição de diversas reportagens e de manifestações de doutrinadores e agentes políticos sobre o tema.

A norma impugnada, segundo o arguente, teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, mas careceria de interpretação e de aplicação à luz dos novos preceitos e princípios constitucionais.

Estariam atendidas, também, a necessidade de que o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental configure ato normativo geral e abstrato e a exigência de que haja violação a preceito fundamental.

Por fim, inexistiria outro meio eficaz para sanar a lesão aos preceitos fundamentais apontados, atendendo-se ao requisito da subsidiariedade.

No mérito, questiona-se a interpretação dada ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, no sentido de que a anistia estende-se aos crimes comuns praticados por agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar.

A referida interpretação seria inepta, pois, nos "crimes conexos", referidos no §º 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, não estariam abarcados aqueles crimes comuns – tortura, estupro, assassinato, etc. – cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar.

A conexão criminal pode ser definida, segundo o arguente, nos seguintes termos:

> A conexão criminal implica uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos, nos vários crimes praticados. Em consequência, quando o agente é um só a lei reconhece a ocorrência de concurso material ou formal de crimes (Código Penal, arts. 69 e 70). É possível, no entanto, que os agentes sejam vários. Nessa hipótese, tendo em vista a comunhão de propósitos ou objetivos, há coautoria (Código Penal, art. 29).
>
> É bem verdade que, no Código de Processo Penal (art. 76, I, *in fine*), reconhece-se também a conexão criminal, quando os atentes criminosos atuaram uns contra os outros. Trata-se, porém, de simples regra de unificação de competência, de modo a evitar julgamentos contraditórios. Não é norma de direito material.

Dessa maneira, os crimes comuns cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar não se afigurariam conexos aos crimes políticos sob ângulo algum. Em primeiro lugar, tais agentes não poderiam ter cometido crimes políticos – entendidos como aqueles contra a ordem política vigente ou a segurança nacional –, uma vez que eram incumbidos justamente de combatê-los.

Esses crimes políticos teriam sido praticados pelos opositores ao regime militar, os quais também não teriam agido em coautoria com os agentes públicos referidos. Não haveria, portanto, como se falar em conexão em razão de crimes praticados pelo mesmo sujeito ou em coautoria.

Por fim, afirma o arguente que tampouco se poderia afirmar tratar-se da conexão prevista no art. 76 do Código de Processo Penal. Isso porque os crimes cometidos pelos opositores ao regime eram voltados contra a ordem política vigente e a segurança nacional, e não contra os agentes públicos, não cabendo se falar, portanto, em cometimento de crimes de uns contra os outros.

Ademais, o Conselho Federal da OAB assevera a violação aos preceitos constitucionais: da isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput* e inciso XXXIX); do dever de não ocultar a verdade (art. 5º, XXXIII); dos princípios democrático e republicano (art. 1º); e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 5º, XLIII).

A isonomia em matéria de segurança é descrita como a fórmula do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Assim, o constituinte teria vedado a discriminação, no momento de tipificação de conduta e de cominação da pena, em razão de raça, sexo, gênero ou qualquer outra forma.

Nesse sentido, a anistia, por consistir descriminalização *a posteriori* de determinada conduta, deveria referir-se a crimes objetivamente definidos em lei, abrangendo todo e qualquer sujeito que os houver praticado. Ocorre que, segundo argumenta o Conselho Federal da OAB, o § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 acaba por referir-se a pessoas determinadas.

A menção da norma impugnada a "crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos" confere ao Poder Judiciário a definição de tais delitos, violando a necessidade de previsão legal do inciso XXXIX do art. 5º.

Ademais, ao abranger os crimes "praticados por motivação política", o dispositivo impugnado vincula o instituto da anistia à motivação do agente, criando descriminalização de delito que só pode ser reconhecido como tal pelo juiz, no caso concreto, e com referência a pessoa determinada.

Também é apontado como violado o preceito fundamental segundo o qual a população tem direito de "receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral" (art. 5º, XXXIII, da Constituição da República). Esse preceito tutelaria o direito da população – titular do poder – de saber a identidade daqueles agentes públicos que, a serviço do regime militar, praticaram crimes contra os governados.

O descumprimento dos preceitos fundamentais dos princípios republicano e democrático residiria no fato de que a norma impugnada foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional – composto, à época, por membros eleitos "sob o *placet* dos comandantes militares" – e sancionada por um chefe de Estado que era general do Exército, ocupante do cargo não em decorrência de eleições democráticas, mas em razão do golpe militar. O Conselho Federal da OAB alega que, por esses motivos, a Lei 6.683/1979 deveria ter sido legitimada pelos Poderes Legislativo e Executivo após o restabelecimento da ordem democrática, o que não ocorreu.

Por último, o arguente sustenta violação ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal violação ocorreria na medida em que, a fim de possibilitar a transição do regime militar para a ordem democrática, teria sido firmado acordo para incluir, na Lei da Anistia, os crimes cometidos por funcionários do Estado contra presos políticos. Ocorre que a edição da referida lei, com a interpretação extensiva aos agentes públicos, implicaria renúncia ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial por sancionar as práticas do crime de tortura por parte de tais agentes.

O pedido final é para que esta Corte "dê à Lei n. 6.683, de 8 de agosto de 1979, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".

A Advocacia-Geral da União, ao prestar informações, manifesta-se pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, por sua improcedência.

Isso porque, preliminarmente, o Conselho Federal da OAB não teria logrado comprovar a existência de controvérsia judicial, requisito para o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A controvérsia apresentada pelo arguente, no caso, cingir-se-ia a mero debate doutrinário, ausentes pronunciamentos jurisdicionais sobre o tema.

Outro pressuposto que não teria sido observado consiste na necessidade de impugnação de todo o complexo normativo do tema. O Conselho Federal da OAB teria impugnado apenas uma determinada interpretação do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, olvidando-se de atacar o § 1º do art. 4º da Emenda Constitucional 26/1985, que também concede, em sua parte inicial, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos.

No mérito, a Advocacia-Geral da União sustenta a inviabilidade da pretensão veiculada na inicial, visto que restringir a interpretação conferida ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 seria desvirtuar por completo o sentido da norma, que pretendeu anistiar ampla, geral e irrestritamente a prática dos delitos que enuncia.

Ademais, por tratar-se de regra extintiva de punibilidade, a mudança de interpretação pretendida acarretaria o afastamento do benefício da anistia até então concedido a alguns sujeitos, o que atingiria situações jurídicas já consolidadas e acarretaria leitura mais gravosa da norma, contrariando o *caput* e o

inciso XL do art. 5º da Constituição da República. Assim, o § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, em razão de sua compatibilidade com os novos preceitos, teria sido recepcionado pela Constituição de 1988. Tal posição seria reforçada pelo longo período de vigência da Lei 6.683/1979, apto a consolidar situações abrigadas pela segurança jurídica.

Assevera, também, que a própria OAB manifestou-se, à época da elaboração da norma impugnada, favoravelmente à sua edição, no parecer da lavra do então conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence, de 15 de agosto de 1979, aprovado pelo Conselho Federal.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifesta-se pelo conhecimento da arguição e, no mérito, por sua improcedência.

Assim, ao contrário do que sustentado pela Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral da República afirma o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a necessidade de comprovação de existência de controvérsia constitucional relevante – o que foi atendido no caso –, e não de controvérsia judicial, por não se tratar de arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental.

Também em contraposição à manifestação da Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral da República afirma a irrelevância da não impugnação do art. 4º, § 1º, da EC 26/1985, por não ter substituído, ratificado nem alterado a norma questionada. Afirma, ainda, que a prescrição dos delitos não prejudica a análise da questão de fundo da arguição.

No mérito, assevera, na linha do que sustentado pela Advocacia-Geral da União, que a interpretação questionada não afronta preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

Nesse ponto, seria imprescindível examinar a norma no contexto histórico em que foi editada, consistente na transição do regime militar para o democrático. Assim, por maior que seja a repulsa a acontecimentos degradantes de violência física e moral que marcaram aquele período de nossa história, não seria possível encobrir o sentido jurídico, político e simbólico da anistia.

Por fim, a Procuradoria-Geral da República aduz que, independentemente da improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, deve ser preservado o "direito fundamental à verdade".

O Relator da ação, Ministro Eros Grau, admitiu a participação, na condição de *amicus curiae*, da Associação Brasileira de Anistiados Políticos. A entidade, em sua manifestação, reforça os pontos defendidos pelo Conselho Federal da OAB na petição inicial.

Ademais, foram aceitas as participações da Associação Juízes para a Democracia, do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e da Associação Democrática e Nacionalista de Militares, também na qualidade de *amici curiae*.

2. Análise das preliminares levantadas quanto ao cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental

De acordo com as razões da petição inicial, a presente arguição de descumprimento submetida a esta Corte refere-se à interpretação de dispositivo específico da Lei de Anistia, a qual evidenciaria relevante controvérsia jurídico-constitucional e representaria lesão a diversos preceitos fundamentais.

Nos termos da Lei 9.882, de 3 de dezembro 1999, cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar-se ou reparar-se lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive se anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

Conforme consignei em voto proferido no julgamento da ADPF 33, pode-se dizer que a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

Nesse sentido, destaquei, no julgamento da ADPF 101, em lembrança à observação já feita pelo Ministro Pertence, que a arguição de descumprimento é uma esfinge que pouco a pouco vai sendo desvelada, desvendada pelo Tribunal na sua construtiva jurisprudência.

Feitas essas considerações, passo a analisar a existência de controvérsia constitucional relevante.

Verifico, inicialmente, que se impugna o § 1º do art. 1º da Lei federal 6.683/1979, pretérito à ordem constitucional de 1988, que tem o seguinte teor:

> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
>
> **§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.**

O arguente afirma tratar-se de ato normativo geral e abstrato e requer a confirmação de interpretação e aplicação do dispositivo questionado "à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal", de modo a possibilitar a modificação dos efeitos e do alcance da anistia concedida

pela referida lei, à semelhança da discussão alemã relacionada não à validade (*Geltung*), mas à qualidade da norma (*Rang der Norm*).

Assim, constata-se a inexistência de outra medida judicial de controle de constitucionalidade eficaz, o que comprova o cabimento da arguição de descumprimento.

Além disso, o arguente afirma tratar-se de arguição de descumprimento "incidental" e assevera ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a interpretação do dispositivo impugnado, anterior à Constituição de 1988, conforme se colhe, por exemplo, da transcrição de diversas reportagens e manifestações de doutrinadores e de agentes políticos sobre o tema.

A Advocacia-Geral da União requer o não conhecimento da presente ação neste ponto, por não ter sido demonstrada controvérsia judicial alguma referente à arguição de descumprimento de preceito fundamental "incidental", que seria necessária para caracterizar a relevância exigida pela Lei 9.882/1999 neste caso.

A Procuradoria-Geral da República, de forma diversa, reforça as alegações do arguente e refuta a manifestação da Advocacia-Geral da União, na medida em que: seria desnecessária a comprovação de controvérsia judicial no presente caso; não se trataria de modalidade incidental; e estaria comprovada a relevância do fundamento da controvérsia constitucional.

Ao se interpretar o art. 1º da Lei 9.882/1999, em que se apontam o objeto e os parâmetros de controle da arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se exige expressamente a alegada necessidade de comprovação de controvérsia judicial da questão, nem se evidencia a necessidade de definição de uma modalidade autônoma ou incidental (ainda que parte da doutrina assim o faça). Neste último caso, ainda que assim o fosse, diante do princípio da fungibilidade, não haveria óbice, em princípio, em se conhecer como "autônoma" eventual arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada nominalmente como "incidental".

O que se ressalta, contudo, é a necessidade de se evitar ou de se reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público (art. 1º, *caput*), bem como de se demonstrar a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Da análise do conjunto de razões apresentadas pelo arguente em sua petição inicial, complementada pela análise das manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, constata-se a existência de questão constitucional relevante, por envolver a interpretação sistêmica do conteúdo normativo de importantes preceitos fundamentais que conflitariam com o dispositivo impugnado da Lei de Anistia, tais como o preceito fundamental da isonomia jurídica (art. 5º, *caput* e inciso XXXIX); do princípio democrático e republicano (art. 1º, *caput*); e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Começo por ressaltar que a lesão a preceito fundamental não se configura apenas quando se verifica possível afronta a um princípio fundamental, tal como

assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Ao mesmo tempo, colhe-se da própria manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República a informação de atual e notória controvérsia, no âmbito dos Ministérios da Justiça e da Defesa, quanto à interpretação e à aplicação do dispositivo impugnado, a evidenciar a existência de um estado institucional de incerteza interpretativa em relação à legitimidade do dispositivo legal impugnado, o que não se reduz a uma mera controvérsia doutrinária.

Nesse sentido, no mínimo, constata-se relevante controvérsia jurídica, ainda que não demonstrada na inicial a controvérsia judicial, na medida em que se fomentam posicionamentos conflitantes do poder público na interpretação do dispositivo impugnado, os quais repercutem negativamente não só na garantia de segurança jurídica dos cidadãos direta e indiretamente envolvidos com a concessão de anistia, mas também no âmbito jurídico e político-institucional do Estado e da sociedade brasileira.

O contexto da referida discussão evidencia a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que são, num só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

É inequívoca, pois, a relevância constitucional da controvérsia submetida a esta Corte, quanto à ofensa aos referidos preceitos fundamentais da Constituição, que, inevitavelmente, devem ser considerados na interpretação do dispositivo impugnado. Dessa forma, há o envolvimento de preceitos fundamentais de enunciação expressa na Constituição, bem como uma repercussão jurídica evidente na sociedade e no âmbito do poder público, no tocante às diferentes posições interpretativas decorrentes do art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/1979, adotadas em declarações institucionais oficiais de distintos Ministérios.

Também não prospera a preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União no sentido do não cabimento da presente ação de descumprimento de preceito fundamental, em virtude do suposto exaurimento da eficácia do dispositivo legal impugnado.

Em verdade, verifica-se que o dispositivo impugnado, não obstante se referir a atos pretéritos (crimes políticos e conexos praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979), revela-se apto à produção de efeitos válidos até os dias atuais, tendo em vista que impõe óbice à persecução penal relativamente às condutas delitivas a que faz menção.

Dessarte, toda e qualquer tentativa de imputação penal relativa aos mencionados delitos será obstada, ainda hoje, pela incidência da Lei 6.683/1979.

Essa assertiva é corroborada pelo parecer do Procurador-Geral da República, que, sobre o tema, assim se manifestou:

> A Lei n. 6.683/79 tem por objeto a anistia relativa a *crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais* e infrações punidas *com fundamento em Atos Institucionais e Complementares* (art. 1º). Não é a vigência da lei que está condicionada

a determinado período, e sim seu objeto. Sempre que se discutirem fatos supostamente tipificados como *crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais* e infrações punidas *com fundamento em Atos Institucionais e Complementares,* acontecidos *no período compreendido entre* 2 *de setembro de* 1961 *e* 15 *de agosto de 1979,* incidirá a Lei n. 6.683/1979. Não se confunde, portanto, o tempo em que os crimes e infrações referidos pela Lei n. 6.683/1979 foram cometidos (um tempo expressamente determinado pela própria lei), com o tempo de vigência da Lei n. 6.683/79 (vigência indeterminada, conforme o regime ordinário das leis, de acordo com o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil-Decreto-Lei n. 4.657/1942).

Ademais, mesmo que se considerasse norma de eficácia temporária o art. 1º, *caput e* parágrafo único, da Lei 6.683/1979, esse fato não seria óbice ao conhecimento da presente ação, haja vista que a ação de descum3primento de preceito fundamental, diversamente do que ocorre com os demais processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade, **pode ter por objeto direito revogado ou que tenha tido a sua eficácia exaurida no tempo, desde que subsista interesse jurídico no pronunciamento judicial**.

Nesse sentido, não se pode olvidar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi criada com o intuito de complementar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade) – caso das leis pré-constitucionais já revogadas ou de eficácia exaurida – tornaram-se suscetíveis de apreciação no âmbito dessa nova modalidade de processo objetivo.

No caso em apreço, consoante anteriormente afirmado, não há dúvida quanto à existência de interesse jurídico na solução da controvérsia constitucional, tendo em vista, inclusive, a divergência existente no âmbito do próprio Poder Executivo federal acerca da correta interpretação do mencionado dispositivo legal. Ademais, nenhum outro mecanismo revelar-se-ia apto a solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata.

No tocante à preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, segundo a qual o autor careceria de interesse de agir, em virtude do fato de que os crimes já estariam prescritos, cumpre salientar, inicialmente, que não se exige, no direito brasileiro, a demonstração do interesse jurídico específico como pressuposto da instauração de controle concentrado de normas.

Registre-se que esse entendimento foi adotado por esta Corte, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/1969, quando se ressaltou que a representação de inconstitucionalidade não era uma ação no sentido clássico, mas um instituto de natureza política (cf. voto do Min. Aliomar Baleeiro, Rp 700, Rel. Amaral Santos, *RTJ*, 45:690).

Em 3 de fevereiro de 1986, ressaltou o Tribunal, uma vez mais, a natureza política do controle abstrato de normas. O processo judicial deveria, por isso, ser considerado simples forma (cf. embargos na Rp 1.092, Rel. Djacir Falcão, *RTJ*,

117:921 (952)). Essa orientação tornou-se ainda mais nítida no acórdão de 18 de maio de 1988. O Supremo Tribunal ressaltou a objetividade desse processo, que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas (cf. Rp 1.405, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 395:415 e seguintes).

Desde então, afigura-se pacífico o entendimento sobre a natureza do controle concentrado de normas como controle objetivo, para cuja instauração parece suficiente a existência de um interesse público de controle.

A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais ressalta o caráter objetivo do controle concentrado de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público.

Desse modo, evidencia-se a finalidade imediata dessas ações, consubstanciada na defesa da ordem constitucional, de sua integridade e eficácia, e não de interesses particulares ou específicos.

Nesse contexto, a suposta prescrição das condutas delitivas a que se refere a Lei 6.683/1979 em nada interfere na apreciação desta ação de descumprimento de preceito fundamental, que tem por objeto, em verdade, a aferição da compatibilidade com o texto constitucional de interpretação que fora atribuída a dispositivo do referido diploma legal.

Como bem ressaltado pelo Procurador-Geral da República, "a matéria da prescrição não prejudica a apreciação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ao contrário, apenas se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia, é que se abrirá a oportunidade para a verificação da prescrição".

Em outras palavras, a ocorrência, ou não, da prescrição somente deverá ser analisada, caso a caso, se, e somente se, for declarada inconstitucional (ou não recepcionada) a referida interpretação do dispositivo constitucional.

Nestes autos, trata-se de solucionar controvérsia constitucional relevante – medida necessária à promoção da paz social e à garantia da segurança jurídica.

A última questão preliminar de não conhecimento se refere à alegação de que esta ação de descumprimento de preceito fundamental não deveria ser conhecida, em virtude da não impugnação, pelo autor, do art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional 26/1985.

Segundo a Procuradoria-Geral da República, a "Emenda Constitucional n. 26/85, embora tenha reafirmado genericamente a anistia instituída em 1979, pela Lei n. 6.683, em favor dos autores de crimes políticos e anexos, não repetiu a norma diretamente questionada pelo arguente (§ 1º do art. 1º da lei)".

Não obstante tenha a chamada Emenda Constitucional 26/1985 novamente previsto anistia para os autores de crimes políticos e conexos, ela não faz expressa menção aos crimes supostamente perpetrados pelos agentes públicos responsáveis pela repressão dos opositores ao regime (os quais, alega-se, teriam sido contemplados pelo mencionado art. 1º, § 1º, da Lei 6.683).

Indica-se como objeto expresso da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental norma infraconstitucional pré-constitucional, e não, necessariamente, normas da Constituição pretérita.

Entretanto, a discussão referente à Emenda Constitucional 26/1985 e sua relação com o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei 6.683, em princípio, confunde-se com o próprio mérito desta arguição de descumprimento e deverá ser apreciada a seguir.

Portanto, evidenciada a adequação da solução da controvérsia por meio da presente ação, conheço desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3. Análise do pedido e de seus fundamentos

A tese levantada pelo Conselho Federal da OAB na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é a de que o significado da expressão "crimes conexos", presente no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, não abrangeria os crimes comuns – tais como a tortura, o estupro, o assassinato, etc. – cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar. Consoante descrito na petição inicial, o arguente pede a esta Corte que "dê à Lei n. 6.683, de 8 de agosto de 1979, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".

Em outros termos, a arguente defende que, entre os sentidos possíveis do texto do § 1º do art. 1º da Lei da Anistia, aquele que considera como crimes políticos anistiados alguns crimes comuns praticados pelos agentes governamentais seria contrário a determinados preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

Assim, traduzindo o pedido formulado nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, é possível verificar que se trata, na verdade, de pedido de declaração de não recepção, pela Constituição de 1988, de um sentido normativo (uma norma) do texto do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979. Tem-se, no caso, o que tecnicamente se costuma denominar de declaração de inconstitucionalidade (ou de não recepção) sem redução de texto.

Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.

O pedido do arguente, portanto, deve ser entendido dessa perspectiva. Há um claro pedido de restrição do âmbito de aplicação do art. 1º, e seu § 1º, da Lei 6.683/1979.

Assim, a questão reside em saber se esse tipo de delimitação do domínio normativo do referido dispositivo é compatível com os fundamentos da ordem Constitucional de 1988.

Passemos então à análise dessa questão.

3.1 O caráter político da anistia

O principal fundamento do pedido do Conselho Federal da OAB é que os crimes comuns cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar não se afigurariam conexos aos crimes políticos ou àqueles cometidos com motivação política.

Antes de tratar desse ponto específico da fundamentação do arguente, abra-se parêntese para ressaltar que esta Corte, no recente julgamento do caso Cesare Battisti (Ext 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 16-4-2010), discutiu justamente a respeito da dificuldade teórica e prática de se definir o que seja crime político e de distingui-lo de crimes comuns conexos ou cometidos com motivação política.

Mas a questão não reside na conceituação do que seja crime político, e sim na própria característica do ato de anistia.

Dessarte, a anistia é ato revestido de caráter eminentemente político e sua amplitude é definida de forma política. A competência extraordinária do Congresso Nacional para conceder anistia foi inaugurada pela Constituição de 1891 (art. 34), a nossa primeira Constituição republicana. No tocante ao tema da anistia, lembro as lições de *João Barbalho*, em comentários ao art. 34, 27, da Constituição de 1891:

> Decretando anistia, o Congresso Nacional exerce atribuição sua privativa, de **caráter eminentemente político**, e **nenhum dos outros ramos do poder público tem autoridade para entrar na apreciação da justiça ou conveniência e motivos da lei promulgada consagrando tal medida,** que é um ato solene de clemência autorizada por motivos de ordem superior.
> (CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal; 2002, p. 133.)

Em razão desse caráter eminentemente político da anistia, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já teve a oportunidade de deixar consignado o entendimento segundo o qual o Congresso Nacional pode conceder anistia a seus próprios membros. Entender o contrário seria negar qualquer eficácia ao art. 48, inciso VIII, da Constituição. Assim ocorreu no julgamento da ADI 2.306 (Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 31-10-2002), no qual foi reafirmada a competência do Congresso Nacional para conceder anistia, inclusive a seus membros. Cite-se, ainda, no mesmo sentido, o julgamento da ADI 1.231, Rel. Min. Carlos Velloso.

Não obstante essas considerações, o ponto fundamental a ser levado em conta é o fato de que a anistia ampla e geral representa o resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a própria fundação e a construção da ordem constitucional de 1988.

3.2 Poder constituinte e compromissos constitucionais que fundam a nova ordem constitucional

É preciso atentar para a peculiaridade do movimento que levou ao processo de anistia e, posteriormente, a esse nosso processo de redemocratização. Chamo a atenção – e isso é um pouco lugar-comum na literatura do constitucionalismo universal – para o fato de que talvez os modelos a que nos aferramos (principalmente esse modelo dualista ou binômio entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado) estejam, na prática, sendo superados por soluções de compromisso, as quais abrem espaço para transações políticas que levam a uma determinada solução.

Nos dias recentes, estamos a acompanhar, no plano internacional, a grave crise que está a envolver o Judiciário espanhol, com o juiz Baltazar Garzón, suspenso cautelarmente de suas funções na Espanha por investigar crimes anistiados. E, de alguma forma, é esse o debate que se coloca: se, ao investigar os crimes anteriores do regime franquista, não teria ele rompido com os seus deveres de juiz, isto é, não teria prevaricado. Desse modo, colocando em xeque esse modelo de pacto ou de compromisso que as Constituições (e, neste caso também, a Constituição espanhola de 1978) traduzem. No nosso caso específico, a própria Ordem dos Advogados do Brasil, e disse isso com tintas muito fortes o Ministro Eros Grau, foi uma protagonista da construção desta solução.

Lembro-me de que, ainda jovem estudante de Direito, participei daquele célebre Congresso da Ordem dos Advogados do Brasil, de Curitiba, em 1977. Ali pontificava nada mais nada menos do que a célebre figura de Raimundo Faoro, que conduzia o país rumo a uma conciliação. Recordo-me das discussões sobre o modelo de anistia, as discussões, por exemplo, sobre estado de defesa. Lembro-me também de que o nosso saudoso colega Oscar Corrêa apresentou, naquele congresso, talvez o primeiro estudo sobre o estado de emergência, o estado de defesa (cf. CORRÊA, Oscar Dias. *A defesa do Estado de Direito e a emergência constitucional*. Rio de Janeiro: Presença, 1980). E houve muitas dificuldades para apresentá-lo, porque muitos advogados, naquele momento de clamor por democracia, entendiam que a proposta constituía a manifestação de um autoritarismo, ou aquilo estava a se traduzir numa positivação de uma postura autoritária.

Quem hoje puder ler o trabalho do Konrad Hesse sobre "A força normativa da Constituição" verá que entendia carecer a Constituição alemã de força normativa, por não conter, naquele momento, elementos de um modelo de estado de defesa, de estado de emergência. E, por isso, dependia, para situações especiais, da tutela do sistema oferecido pelos aliados.

Portanto, Oscar Corrêa percebia a delicadeza desse momento. E Faoro fez enfática defesa da tese sustentada por Oscar Corrêa, ressaltando que ele estava a defender, na verdade, uma solução constitucional adequada. As Constituições precisavam ter elementos mínimos de defesa para não caírem no princípio de necessidade, de que fala Konrad Hesse. Konrad Hesse chama atenção exatamente

para esse aspecto. Se as Constituições não regulam o estado de necessidade, este acabará por se impor de qualquer forma. A expressão em alemão é "*Not kennt kein Gebot*": necessidade não conhece princípio, dizia Hesse. Daí a sua defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do estado de necessidade ou do estado de emergência (cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24-27).

Assim, observo, neste ponto, que é necessário atentar-se para a natureza pactual da Carta Constitucional de 1988, e verificar-se a amplitude dos compromissos políticos firmados por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição ora vigente.

A nova ordem constitucional pode ser compreendida como resultado de um pacto firmado entre forças plurais e, de alguma forma, antagônicas, o que lhe dá a natureza de *Constituição Compromisso*, encartada no grupo das Cartas ocidentais que foram geradas após períodos de crise, como foi o caso da Constituição portuguesa de 1830. (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 147-151.)

Não é por outra razão que a crise que gerou o movimento de unificação dos Estados Nacionais adveio das guerras religiosas, cuja superação alterou a esfera de legitimidade do poder e permitiu a criação das pré-condições para a busca futura de legitimidade não mais na força, mas na Constituição. A superação do estado de beligerância acompanha a história das sociedades ocidentais e está presente, na qualidade de objetivo, de todas as ordens constitucionais pactuadas.

O período de ditadura militar no Brasil gerou diversas lutas internas, e o exame das situações ocorridas naquele momento histórico permite constatar a existência de grupos contrapostos, uns a serviço do Estado, que se legitimava de maneira formal, e outros a serviço de núcleos paraestatais que exerciam posicionamentos políticos divergentes da linha política adotada pelo Estado brasileiro, controlado por militares.

A simples análise dos fatos que ocorreram durante o período deixa claro que a força do Estado subjugou e oprimiu a sociedade civil, que se organizava, da forma como podia, para se contrapor ao regime de exceção.

A contraposição ideológica permitiu a realização de diversas agressões, que se constituíram em fatos típicos criminais, praticados, de um lado, pelo Estado forte e monopolizador do aparelho organizatório e, de outro, por núcleos de cidadãos ideologicamente contrários.

Não obstante o desnível de potencialidade ofensiva exercida durante os tempos de beligerância, é preciso observar que tanto houve agressões praticadas pelo Estado, por meio de seus agentes repressores, quanto por intermédio de cidadãos organizados politicamente, em derredor de um direcionamento político.

Sequestros, torturas e homicídios foram praticados de parte a parte, muito embora se possa reconhecer que, quantitativamente, mais atos ilícitos foram realizados pelo Estado e seus diversos agentes, do que pelos militantes opositores do Estado.

Embora seja razoável admitir que a grande maioria das ofensas foi praticada pelos militares, não é razoável introduzir, no campo da análise política e no campo das definições jurídicas, compreensões morais acerca da natureza justificadora da violência.

Não é possível conferir a ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram. Não é juridicamente razoável compreender que o objetivo moralmente considerado define a juridicidade da ação, fazendo com que outros atos – com motor condutor diverso – deixem de ser admitidos em razão da diversidade de escopo.

Assim, a perspectiva ideológica não justifica o cometimento de atrocidades como sequestros, torturas e homicídios cruéis. Ademais, ainda que fosse possível justificá-las – e não é possível –, é certo que muitos dos que recorreram a estes delitos não buscavam a normalidade democrática, mas a defender sistemas políticos autoritários, seja para manter o regime de exceção, seja para instalar novas formas de administração de cunho totalitário, com bases stalinistas, castristas ou maoístas. É notório que, em muitos casos, os autores desses tipos de crimes violentos pretendiam estabelecer sistema de governo totalitário, inclusive com apoio, financiamento e treinamento concedidos por ditaduras estrangeiras.

Demais disso, as compreensões morais possuem uma relatividade natural, e é própria de sua natureza a ausência de universalidade de seus juízos particulares. Apenas uma análise normativa é apta a qualificar os atos praticados pelo Estado repressor e pelos movimentos opositores. Essa observação jurídica permite a aplicação dos conceitos de crime político e de crime comum, trazendo à baila conceitos normatizados e inseridos na ordem jurídica, aptos ao enfrentamento da questão.

O fortalecimento da democracia enquanto regime se dá na sua capacidade de resolver os conflitos. E um dos instrumentos de fortalecimento desse ideário é exatamente a formação de uma Constituição pactuada, que proceda à superação de determinado momento crítico.

Saliento aqui a importância de homenagear as pessoas que acreditaram na política como o caminho para a superação de impasses, guiando, por meio de uma atuação segura e constante, o nosso "processo de abertura".

Entre aqueles que optaram pelas vias institucionais para lutar pela democracia, destaco, ainda, Raymundo Faoro, que, como presidente do Conselho Federal da OAB, desempenhou um papel fundamental para o fim do AI-5, o que, à custa de muitas vitórias e derrotas, finalmente aconteceria em dezembro de 1978.

Uma abertura conquistada por meio do embate político e marcada por vitórias, como a das eleições de 1974, em que o MDB conquista 59% dos votos para o Senado, 48% para a Câmara dos Deputados, e a prefeitura da maioria das grandes cidades; marcada, também, por duros golpes, como quando, em abril de 1977, foi editado o "Pacote de Abril" – composto por uma emenda constitucional e seis decretos-leis –, que, entre outras medidas, fechava temporariamente o Congresso Nacional, determinava que um terço dos senadores não mais seria

eleito por voto direto, mas, sim, indicado pelo Presidente da República, estabelecia a manutenção de eleições indiretas para governador e a diminuição da representação dos estados mais populosos no Congresso Nacional. Enfim, uma abertura marcada por uma árdua luta política para que o AI-5 finalmente chegasse ao fim, dando início à redemocratização do país.

O regime de exceção, no entanto, só se encerraria realmente em 1985, com a aprovação da emenda constitucional (EC 26/1985), que permitiria a realização da Assembleia Nacional Constituinte, e com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da chamada "Constituição Cidadã".

Neste momento é importante destacar o trabalho realizado por nossas lideranças políticas, especialmente por nossos parlamentares, na construção desse processo constituinte complexo, que resultou na Constituição de 1988.

Têm caído no esquecimento aqueles que, fazendo das palavras as suas armas, travaram, por meio do diálogo, o combate na árdua luta parlamentar. Pessoas que tinham um compromisso, acima de tudo, com a implantação da democracia. Vencedoras que foram, neste momento em que lembramos os quarenta anos do Ato Institucional 5, neste ano em que também celebramos 22 anos da Constituição de 1988, essas pessoas devem ser devidamente homenageadas.

Independentemente das posições políticas, temos de reconhecer que, graças aos avanços feitos por essas pessoas – não de armas, mas do diálogo –, podemos vivenciar nosso processo de evolução democrática, o que nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim.

De outra sorte, o exemplo da África do Sul, que concedeu anistia ampla inclusive quanto aos horríveis crimes ocorridos sob o regime do *apartheid*, demonstra o valor deste instrumento na pacificação institucional.

A ideia de anistia, como integrante deste pacto político constitucionalizado, não pode ser tomada de forma restritiva – ao contrário –, perderia sentido a própria ideia de pacto ou de constituição pactuada!

Aníbal Bruno lembra que o instituto não se destina propriamente a beneficiar pessoas especificamente, mas, sim, a apagar determinado delito, excluindo-se a punibilidade daqueles que o cometeram. É a sua natureza de instrumento global que lhe dá o tom, fazendo as vezes de elemento inserto em pactos específicos travados em sociedade (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Tomo 3º. 3. ed. São Paulo: Forense, p. 202-203).

No caso em tela, a anistia serviu de instrumento à Constituição pactuada, apresentando-se como meio de superação da dicotomia amigo/inimigo que havia sido potencializada no período de crise precedente.

3.3 Anistia ampla e geral

A anistia não teria o alcance que lhe deu o legislador nem o alcance que pretendeu conferir a ela o constituinte de 1985-1988, se fosse o caso de nós a aceitarmos fracionada, mitigada, retalhada.

A anistia ampla e geral, insculpida na Lei 6.683/1979, é abrangente o bastante para abarcar todas as posições político-ideológicas existentes na contraposição amigo/inimigo estabelecidas no regime político precedente, não havendo qualquer incompatibilidade da sua amplitude, ínsita ao § 1º do art. 1º, com a Constituição pactuada de 1988.

Ao revés, a amplitude do processo de anistia é ínsita ao conteúdo pactual do próprio texto, não se afigurando incompatível com a ordem constitucional vigente.

E, no que se refere à amplitude da anistia concedida pela Lei 6.683/1979, ressalte-se que o próprio arguente sustentou ativamente e zelou pela amplíssima abrangência, à época das discussões legislativas.

Com efeito, em parecer apresentado pelo então Conselheiro federal José Paulo Sepúlveda Pertence, aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na sessão plenária de 24 de julho de 1979, a crítica do arguente ao então projeto de lei procurava estender ainda mais o âmbito da anistia. Na oportunidade, destacou o mencionado parecer:

> Quem venha testemunhando a coerência da Ordem dos Advogados do Brasil, no desdobramento do seu compromisso com a aspiração de um Estado de Direito Democrático, não pode ter dúvidas quanto à posição do Conselho Federal, em face do projeto de lei de anistia que o Governo encaminhou ao Congresso. O pronunciamento que nos cabe, em nome dos advogados brasileiros, haverá de somar-se ao das críticas logo endereçadas à mesquinharia das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental.
>
> (...)
>
> 04. Mais que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é sua *objetividade*. Isso sabidamente significa, como se lê, por exemplo, em Aníbal Bruno (Direito Penal, III/201), que "a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime e, em consequência, ficam excluídas de punição os que o cometerem". A ideia já estava presente no célebre arrazoado de Rui Barbosa (in Comentário à Constituição, 2/441), quando se mostrava que, pela anistia, "remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração". Por isso, a observação de Pontes de Miranda (Comentários à Const. de 1946, I/343-344), de que a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal com sinais trocados; e acrescenta: com ela "olvida-se o ato criminal, com a consequência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou processual. Aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser". Na mesma linha, Raimundo Macedo (Extinção da Punibilidade, p.), a enfatizar que a anistia "é como lei nova que deixou de considerar o fato como crime".
>
> (...)
>
> 14. Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado § 1º definiu, como conexos nos crimes políticos, os crimes de qualquer natureza com eles relacionados, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política.
>
> 15. Aliás, não é sem propósito indagar se não será a preocupação de anistiar as violências do regime o que explica que, do benefício, se tenham excluído apenas

os já condenados pelos crimes de oposição violenta. Com a relativa liberdade de imprensa que já se alcançou, não há dúvida, como acentua a justificação do projeto, que, se tivessem continuidade, os processos contra os não condenados iriam "traumatizar a sociedade com o conhecimento de eventos que devem ser sepultados em nome da paz": entre eles, em primeiro lugar, os relativos à institucionalização da tortura aos presos políticos.

16. Note-se que, sob esse prisma, o projeto rompe duplamente com a tradição brasileira. Restringe-se, de um lado, contra os precedentes, o alcance da anistia com relação à criminalidade política, para dela excluir – à vista da circunstância fortuita da existência de condenação – parte dos autores de alguns delitos caracterizadamente políticos, objetiva e subjetivamente. E, de outro lado, amplia-se ineditamente o conceito de crime comum conexo a crimes políticos, para beneficiar com a anistia, não apenas os delitos comuns de motivação política (o que encontra respaldo nos precedentes), mas também, com o sentido já mencionado, os que tenham, com os políticos, qualquer tipo de relação.

17. Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.

18. De outro lado, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada – quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do poder – que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo.

(...)

20. Se assim se chega, no entanto, a impor à sociedade civil a anistia da tortura oficial – em nome do esquecimento do passado para aplainar o caminho do futuro Estado de Direito – não é admissível que o ódio repressivo continue a manter no cárcere umas poucas dezenas de moços, a quem a insensatez da luta armada pareceu, em anos de desespero, a única alternativa para a alienação política a que a nação fora reduzida.

(Processo CP 2164/79, Relator Conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence.)

Ressalte-se que esse parecer, aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi encaminhado ao Senador Luiz Viana Filho, em ofício de 15-8-1979, pelo então Presidente do Conselho Federal, Dr. Eduardo Seabra Fagundes.

Na mesma data, 15 de agosto de 1979, o Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) à época, Dr. Reginaldo de Souza Aguiar, remeteu o parecer de autoria do Dr. Sérgio Tostes, aprovado por unanimidade do Plenário do IAB, em 30 de maio de 1979. O resumo final do parecer afirmou:

A Anistia, representando reconciliação da nação consigo mesma, deve ser ampla, deve ser geral e deve ser irrestrita. Deve abranger todos aqueles que de uma forma ou de outra praticaram os atos políticos contrários a uma orientação então prevalecente. Não deve ter limites, já que as características do ato político, se variaram de caso a caso tiveram um mesmo fator motivante. Sendo ato de conciliação da nação consigo mesma, não deve ser feita nenhuma gradação ou consideração da natureza do ato político. Significa esquecer o passado e viver o presente, com vistas para o futuro.

Esse entendimento voltou a ser destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em recente entrevista concedida à revista *Carta Maior*, que consiste em verdadeiro depoimento histórico:

> **Carta Maior**: *Qual sua opinião sobre a "acusação" de revanchismo, levantada pelos adversários da proposta de criação de uma Comissão da Verdade para avaliar fatos ocorridos durante a ditadura?*
>
> **Sepúlveda Pertence**: Para cuidar do tema da pergunta, é preciso, de início, desfazer a confusão – difundida largamente por veículos da grande imprensa – entre ela – a proposta, desenvolvida no PNDH-3, de criação da Comissão Nacional da Verdade, destinada, não a "avaliar", mas, sim à reconstituição histórica dos anos de chumbo – e a suposta pretensão de rever os termos da concessão da anistia pela Lei 6.683, de 1979, de modo a excluir do seu alcance os abusos criminosos cometidos na repressão, aos crimes políticos dos adversários da ditadura militar, conforme a odienta Lei de Segurança Nacional.
>
> (...)
>
> Fui no entanto, modesto partícipe e testemunha privilegiada da luta pela anistia.
>
> Relator, no Conselho Federal, da manifestação unânime da OAB sobre o projeto de lei da anistia – reivindicação pioneira da Ordem – afinal extraído do governo do General Figueiredo, nada tenho a alterar no parecer que então submeti aos meus pares.
>
> No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos "porões do regime" –, como então se dizia – pelos agentes civis e militares da repressão.
>
> Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1º, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.
>
> A circunstância me transformou em assessor informal, na companhia de Raphael de Almeida Magalhães, do ícone da campanha da anistia, o indomável Senador Teotônio Vilela. Teotônio foi um tipo singular daqueles tempos, que a incurável amnésia histórica dos Brasileiros começa a esquecer.
>
> Acompanhei, por isso, cada passo da tramitação legislativa do projeto, pois Teotônio presidiu a comissão especial que o discutiu.
>
> É expressivo recordar que, no curso de todo processo legislativo – que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares –, nenhuma voz se tenha levantado para pôr em dúvida a interpretação de que o art. 1º, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassínios perpetrados por servidores públicos, sobre o manto da imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda – não muitas, porque de antemão condenado à derrota sumária – para excluir da anistia os torturadores e os assassinos da repressão desenfreada.
>
> É que – na linha do parecer que redigira, e que a Ordem, sem discrepância, aprovara –, também no Congresso Nacional, a batalha efetivamente se concentrou na ampliação da anistia, de modo a retirar do projeto governamental, a execrável regra de exclusão dos já condenados por ações violentas de oposição à ditadura. Exclusão tão mais odiosa na medida em que – contrariando o caráter objetivo do

conceito de anistia – discriminava entre agentes do mesmo fato, conforme já estivessem ou não condenados.

A orientação de Teotônio – que Raphael e eu municiávamos – foi espargir emendas para todos os gostos, até identificar uma, de aprovação viável. A eleita – pelo conteúdo e pela respeitabilidade do subscritor, o Deputado Djalma Marinho – um ex–udenista que continuou fiel ao discurso libertário da UDN: nela além de suprimir a odiosa regra de exclusão do § 2º, ampliava-se o raio de compreensão do § 1º, de modo a tornar indiscutível que a anistia – malgrado beneficiasse os torturadores também alcançaria que a linguagem oficial rotulava de "terroristas", já condenados ou não.

A Emenda Djalma Marinho – sustentada pelo discurso candente de Teotônio – contra toda força ainda esmagadora do governo autoritário –, dividiu literalmente a Câmara dos Deputados: foi rejeitada por 206 contra 202 votos!

A derrota sofrida no processo legislativo se converteu em vitória, vinda de onde menos se esperava: à base do princípio da igualdade, o Superior Tribunal Militar estendeu aos já condenados a anistia concedida aos acusados, mas ainda não julgados, dos mesmos crimes políticos.

Desculpem–me pelo tom de antecipadas "memórias póstumas" deste depoimento.

Se não pude evitá-lo, é por que a minha convicção jurídica continua a mesma do parecer apresentado à Ordem, em 1979: não obstante toda nossa repulsa à tortura estatal, os torturadores foram, sim, anistiados pela lei de 1979.

E lei de anistia é essencialmente irreversível, porque implica, na lição dos mestres, tornar não criminosos atos criminosos ao tempo de sua prática. E, por isso, sua eficácia jurídica se exaure e se faz definitiva, no momento mesmo em que entra em vigor.

É certo que a anistia se restringe a elidir caracterização penal do fato. Resta íntegra, quando se refere à ação de agentes públicos, a responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos causados aos cidadãos. Mas essa, a responsabilidade civil – cujos efeitos a prescrição quinquenal poderia extinguir – as leis editadas sob o governo Fernando Henrique reassumiu.

Li e reli, com a veneração intelectual e o respeito pessoal por seu redator, o amigo Fábio Konder Comparato, a petição da OAB de hoje, de retratação da posição assumida em 1979. Mas dela não me convenci.

Não superei a impressão inicial de que a maestria do autor não logrou livrar a tese do pecado do anacronismo: ela pretende reler, à luz da Constituição de hoje, que fez da tortura crime "insusceptível de graça e anistia", e de convenções internacionais que ditam a sua imprescritibilidade, a inequívoca interpretação de uma lei de 1979, editada sob a égide do autoritarismo da Carta de 1969, outorgada pela junta militar que assaltara o Poder. Para aceitar a tese, de minha parte, teria de repudiar convicções acendradas.

Por outro lado, hoje, é cômodo tachar de "posição imediatista e visão curta sobre direitos humanos" – como está em importante revista da semana o parecer que – submeti à OAB, em 1979, e que o Conselho Federal acolheu por unanimidade: afinal, hoje, não se tem presos políticos a libertar, nem processos a trancar, preocupações inadiáveis para os que então lutávamos pela anistia. E o crítico feroz de agora sequer fora escorraçado dos quadros da magistratura que – é justo dizê-lo – exerceu com brilho e dignidade."E la nave và"...

(Carta Maior, edição de 18-1-2010, http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339)

Esse verdadeiro depoimento de "testemunha privilegiada" expõe com precisão a abrangência da anistia concedida pela Lei 6.683/1979. Outra não foi a conclusão do então Senador Paulo Brossard – que posteriormente teve assento neste Supremo Tribunal Federal –, em famoso e irônico discurso proferido em 17 de março de 1981:

> Inequivocamente ilegal terá sido o ato da autoridade que consistiu em maltratar pessoa presa, não importa o delito a ela imputado, ou a prova contra ela acumulada, qualquer que tenham sido as circunstâncias; e anistiada que tenha sido a autoridade, violenta ou cruel, pela forma amplíssima dos "crimes conexos", assim entendidos os "de qualquer natureza" simplesmente porque relacionados com crimes políticos, ou porque praticados por motivos políticos, essa autoridade terá se livrado da responsabilidade criminal, mas não estará exonerada e muito menos isenta de reparar o dano que tenha causado à vítima da violência ou crueldade.
>
> (...)
>
> Estejam tranquilos os torturadores, O caráter bilateral da anistia os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. O fato da tortura, porém, é inapagável. É uma nódoa histórica que a anistia desgraçadamente não apaga. Antes apagasse.

Na lição de Aníbal Bruno, a anistia é a forma de indulgência estatal mais enérgica e de mais amplas consequências jurídicas:

> Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos seus efeitos penais. (...)
>
> É uma medida de interesse público, motivada, de ordinário, por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade da paz social. Dirige-se propriamente a determinados fatos, não a determinados indivíduos. Dela se aproveitarão todos aqueles que tenham participado de tais acontecimentos, salvo os que dela tenham sido excluídos, geralmente por circunstâncias particulares que agravam a sua situação em face do Direito. Em suma, a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime, e, em consequência, ficam excluídos de punição aqueles que o cometeram.
>
> (...) Visa, como diziam os antigos, ao esquecimento desses fatos no que eles representam.
>
> (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Tomo 3º. 3. ed. São Paulo: Forense, p. 202-203.)

Daí que, "uma vez concedida, não pode ser revogada". Mesmo a imposição de condições deve se esgotar e consumir-se na anistia, "porque então já o próprio crime cessou de existir e nada pode ser admitido, do ponto de vista penal, que venha recordá-lo". (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Tomo 3º. 3 ed. São Paulo: Forense, p. 203-204.)

Frise-se que este contexto especialmente amplo acabou por ser demonstrado pelos próprios valores empregados na reparação dos anistiados. Com efeito, segundo dados do Siafi, de 2003 a 2010, a União gastou mais de 2,8 bilhões de reais em indenizações e pensões aos anistiados. Esse valor coloca, provavelmente, o Brasil entre as nações que mais reparações ofereceram a anistiados políticos.

Aqui faço um parêntese para ressaltar que não tem curso a tese – e o Ministro Eros Grau o demonstrou muito bem – da imprescritibilidade em razão de tratados que vieram a ser subscritos posteriormente. Inclusive, diferentemente do que ocorre em outros países, a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que as normas sobre prescrição são normas de direito material. Portanto, se houver uma alteração para tornar os crimes imprescritíveis, como ocorreu na Alemanha pós-nazismo, ela não se aplica aos crimes já praticados. Nós temos uma farta jurisprudência a propósito desse tema. (*e.g.,* AI 139.004-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, *DJ* de 2-2-1996; AI 208.124-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, *DJ* de 5-6-1998; AI 137.195-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, *DJ* de 17-5-1996).

3.4 A Emenda Constitucional 26, de 1985

Chamo a atenção para outro aspecto – sobre o qual falarei brevemente: parte dessa desejada ampliação da anistia vai se consumar, como foi destacado no voto do Ministro Eros Grau, com a Emenda 26/1985.

Antes de avançar, faço um registro histórico. Quando nós falamos dessa fase histórica e importante do Brasil e mencionamos nomes como esses – José Paulo Sepúlveda Pertence, Teotônio Villela, Djalma Marinho e Paulo Brossard –, estamos a falar de pessoas que souberam construir uma solução política para um problema político grave, gravíssimo, por meio de atuação política no sentido exato dos termos.

Entre aqueles que optaram pelas vias institucionais para lutar pela democracia, já foi destacada aqui a figura de Faoro, como Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, que desempenhou papel fundamental para o fim do AI-5, contando também, do lado governamental, com parcerias institucionais importantes, como a de Petrônio Portela e outras figuras da oposição e do Governo.

Todo esse processo, que tem como marca já o resultado das eleições de 1974, contou com a participação ativa de brasileiros ilustres atuando na esfera política.

Talvez o Brasil seja devedor – seguindo um pouco as considerações de José Paulo – das pessoas que travaram a luta, pela via pacífica, e que acreditaram, inclusive, na via parlamentar. Muitos foram cassados. Lembro-me do meu tempo de estudante, de Lysâneas Maciel, Alencar Furtado, e de tantos outros nomes que podem ser referidos por conta da atuação como parlamentares. Pessoas que travaram essa luta e que conseguiram – porque nós não temos, talvez, tido a exata dimensão, a partir dessas várias conquistas que culminam na Constituição de 1988 – produzir um modelo de democracia estável.

O Brasil é devedor desses companheiros, não das armas, mas da política, especialmente da política parlamentar, daqueles que realmente acreditaram na via do diálogo e na política como forma de construir soluções para impasses seriíssimos – e nós não temos feito essa devida homenagem.

José Paulo Sepúlveda Pertence lembrava isso em relação a Teotônio Vilela. Mas são tantas as figuras, em todos os partidos, em todos os quadrantes partidários, que se esforçaram para encontrar uma solução institucional que iria ter o seu desate, o seu desenho, no Governo Sarney, com a Emenda Constitucional 26, que, conforme todos sabem, é de elaboração, de autoria intelectual de outro notável jurista e político, Célio Borja, que é um dos autores desse texto que resulta na Emenda 26.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a Emenda Constitucional 26, de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte e deu início ao processo constituinte, incorporou a anistia, expressamente em seu art. 4º, como um dos pressupostos de possibilidade da construção da nova ordem constitucional. Assim dispôs o art. 4º dessa emenda:

> Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.
>
> § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.
>
> § 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.
>
> § 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.
>
> § 4º A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.
>
> § 5º O disposto no *caput* deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.
>
> § 6º Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do *caput* deste artigo.
>
> § 7º Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.
>
> § 8º A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.

É bem verdade que não podemos falar, nos termos estritos da tradicional dogmática constitucional, na instauração de um Poder Constituinte originário no Brasil em 1985. Houve, sim, um processo de transição constitucional e de fundação de uma nova ordem, mas que foi, do ponto de vista histórico-político, paulatinamente previsto e controlado pelas forças políticas e sociais dominantes à época.

A Emenda Constitucional 26, de 1985, constitui um peculiar ato constitucional, que não tem natureza própria de emenda constitucional. Em verdade, trata-se de um ato político que rompe com a Constituição anterior e, por isso, não pode dela fazer parte, formal ou materialmente. Ela traz as novas bases para a construção de outra ordem constitucional.

Se fizermos uma análise rigorosa da Emenda Constitucional 26/1985, do ponto de vista teórico, teremos então que revolver conceitos e concepções da dogmática constitucional quanto ao processo de revisão da Constituição.

Do prisma teórico, a questão foi seriamente contemplada por Carl Schmitt, no seu *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição). A problemática assentar-se-ia, segundo Schmitt, na distinção entre *constituinte (Verfassungsgeber = Schöpfer der Verfassung) e legislador constituinte (Verfassungsgezetzgeber = Gesetzgeber über die Verfassung).* Schmitt enfatizava que a modificação de uma constituição não se confunde com sua abolição, acrescentando, com base no exemplo colhido do art. 2º da Lei Constitucional francesa, de 14 de agosto de 1884 *(La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire 1'objet d "une proposition de revision")*:

> Se uma determinada modificação da Constituição é vedada por uma disposição constitucional, se trata apenas de uma confirmação da diferença entre revisão e abolição da Constituição.
> (*Teoría de la Constitución*, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 121.)

Portanto, para Schmitt, não se fazia mister que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios. É que a revisão não poderia, de modo algum, afetar a *continuidade* e a *identidade* da Constituição:

> Os limites da faculdade de reformar a Constituição resultam do bom entendimento do conceito de reforma constitucional. Uma faculdade de reformar a Constituição atribuída por uma normatização constitucional, significa que uma ou várias regulações constitucionais podem ser substituídas por outras regulações constitucionais, mas apenas sob o pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo. A faculdade de reformar a Constituição contém, pois, tão somente a faculdade de praticar, nas disposições constitucionais, reformas, adições, refundições, supressões, etc.; porém mantendo a Constituição (...).
> (*Teoría de la Constitución*, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 121.)

Assim, para Carl Schmitt, "reforma constitucional não é, pois, destruição da Constituição", de forma que devem ser proibidas "expressamente as reformas que vulnerem o espírito e os princípios da Constituição" (*Teoría de la Constitución*, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 119/121).

A alteração de elementos essenciais da Constituição configuraria, assim, não uma simples revisão, mas, verdadeiramente, a sua própria supressão (cf., também,

BRYDE, Otto-Brun. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 233).

A concepção de Schmitt relativiza um pouco o valor exclusivo da declaração do constituinte originário sobre a imutabilidade de determinados princípios ou disposições, quase atribuindo-lhe conteúdo declaratório.

Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional [*BVerfGE, 30:1*(24), mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* 1982, cit., p. 262). É verdade que importantes autores consideram risíveis os resultados práticos de tais cláusulas, diante de sua falta de eficácia em face de eventos históricos como os golpes e as revoluções (cf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoria de la Constitución*, tradução espanhola, 2. ed., Barcelona, 1976, p. 192).

Isso não deve impedir, porém, que o constituinte e os órgãos constitucionais procurem evitar a ocorrência desses golpes. Certo é que tais proibições dirigidas ao poder de revisão constituem um dos instrumentos de proteção da Constituição (BRYDE, Otto-Brun, op. cit., 1982, p. 227).

Otto-Brun Bryde destaca que as ideias de *limites materiais de revisão* e de *cláusulas pétreas* expressamente consagradas na Constituição podem estar muito próximas. Se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os princípios fundamentais (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 236). Nesse sentido, a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn poderia ser considerada, em grande parte, de caráter declaratório.

Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas *garantias de eternidade*. Como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 237).

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune a controvérsias. Caso se entenda que elas contêm uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" *(Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot),* tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição *(Revolutions – und Verfassungsbeseitigungsverbot).*

É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 242).

A Corte constitucional alemã confrontou-se com essa questão na controvérsia sobre a constitucionalidade de emenda que introduzia restrição à

inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, à revelia do eventual atingido, vedando, nesses casos, o recurso ao Poder Judiciário (Lei Fundamental, art. 10, II, c/c o art. 19, IV). A questão foi submetida ao *Bundesverfassungsgericht,* em processo de controle abstrato, pelo Governo do Estado de Hessen, e em *recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde),* formulado, entre outros, por advogados e juízes, sob a alegação de que a restrição à garantia judicial (arts. 10, § 2º, e 19, § 4º) não se mostrava compatível com o princípio do Estado de Direito *(Rechtsstaatsprinzip).*

Nessa decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 1970, sustentou-se que a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental visa a impedir que "a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário" (*BVerfGE*, 30:1(24); *BVerJGE*, 34:9(19); HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 262-4).

Essa interpretação minimalista das *garantias de eternidade* foi amplamente criticada na doutrina, uma vez que, na prática, o Tribunal acabou por consagrar uma atitude demissionária, que retira quase toda a eficácia daquelas disposições. A propósito dessa decisão, vale registrar a observação de Bryde:

> Enquanto a ordem constitucional subsistir, não será necessário que o *Bundesverfassungsgericht* suspenda decisões dos órgãos de representação popular tomadas por 2/3 de votos. Já não terá relevância a opinião do Tribunal numa situação política em que princípios fundamentais contidos no art. 79, III, sejam derrogados.
> (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 240.)

Não há dúvida, outrossim, de que a tese que vislumbra nas garantias de eternidade uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*) não parece merecer reparos do prisma estritamente teórico. Não se cuida de uma autovinculação (*Selbstbindung*) do constituinte, até porque esta somente poderia ser admitida no caso de identidade entre o constituinte e o legislador constituinte ou, em outros termos, entre o detentor do poder constituinte originário e o do derivado. Ao revés, é a distinção entre os poderes constituintes originário e derivado que permite afirmar a legitimidade do estabelecimento dessa proibição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 242).

Não se pode negar, porém, que a aplicação ortodoxa dessas cláusulas, em vez de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade.

Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: *não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.*

Na linha da argumentação desenvolvida por Carl Schmitt, a doutrina constitucional alemã admite que o princípio de continuidade e identidade da Constituição não protege apenas os princípios contemplados pelas *garantias de eternidade*. Afirma-se, quase sem contestação, que também a cláusula de eternidade é insuscetível de alteração. Tal como realçado por Maunz, "constitui imperativo de uma norma de lógica (*Normlogik*) que, além dos princípios declarados intocáveis, também a própria cláusula pétrea que declara a imutabilidade deve ser considerada intangível" (Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. III, art. 79, n. 50). Frustra-se, assim, a possibilidade de o legislador constituinte proceder à *dupla revisão*, eliminando a cláusula pétrea e, posteriormente, os princípios por ela protegidos.

Na mesma linha de raciocínio, afirma Konrad Hesse que a proteção de imutabilidade há de abranger o próprio art. 79 na sua substância (*wesentlicher Bestandteil*) (Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 265). Em outros termos, seria ilegítima não só a supressão da cláusula pétrea, como também a alteração significativa de pressupostos relativos à maioria qualificada contida no art. 79, II, da Lei Fundamental (Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 265).

Com uma fundamentação diferenciada, afirma Bryde que devem ser consideradas intangíveis as próprias garantias de eternidade, se se entender que elas não só asseguram ou protegem a identidade da Constituição, mas também integram essa identidade (*Gegen die Änderbarkeit des Art. 79, III durch den verfassungsändernden Gesetzgeber würde es jedoch sprechen, wenn man diese Vorschrift nicht nur als Schutz der Identität der Verfassung, sondern selbst als Teil dieser Identität anzusehen hätte*) (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 249).

Também no que concerne às disposições relativas ao processo de revisão constitucional, desenvolve Bryde uma fundamentação específica para admitir a impossibilidade de alteração que implique maior facilidade de aprovação de emenda constitucional, como se pode ler na seguinte passagem de sua obra:

> Indaga-se se o legislador constituinte estaria legitimado a proceder à atualização do processo constituinte que poderia colocar em perigo as limitações a ele impostas pelo art. 79, III. Suscita-se, pois, questão relativa à admissibilidade de alteração do processo de revisão constitucional. A resposta a essa questão há de ser obtida da vinculação do legislador constituinte à identidade da Constituição, uma vez que a organização da revisão é significativa para a conformação concreta da Constituição. Isto não deve significar uma servil imutabilidade do art. 79, mas sim vinculação a seu núcleo essencial. (...) Também o postulado estabelecido no art. 79, II, pertinente à rigidez da Constituição, é intangível, tal como resulta do art. 79, III (garantias de eternidade) c/c art. 20, III (vinculação do legislador). Em outros termos, os pressupostos do art. 79, II, que já se encontram em patamares toleráveis no que toca à facilidade de revisão, não podem ser tornados ainda mais flexíveis. (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 249.)

Portanto, essas colocações levam a admitir que o princípio da imutabilidade das cláusulas pétreas se estende, fundamentalmente, às suas próprias disposições e ao processo de revisão constitucional.

De toda forma, as *cláusulas pétreas* ou *as garantias de eternidade* não asseguram, de forma infalível, a continuidade ou a permanência de determinada ordem constitucional, nem excluem a possibilidade de que essa ordem contenha uma cláusula de transição para outro regime ou modelo. A própria Constituição alemã de 1949 prevê, no seu art. 146, a possibilidade de dissolução da ordem fundada pela Lei Fundamental de Bonn em decorrência de decisão a ser tomada após o processo de reunificação.

Em outros termos, o limite da revisão não reside, necessariamente, na fronteira entre legitimidade e revolução (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 233).

É possível, pois, proceder-se à transição de uma Constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra da legitimidade.

Por isso, observa Bryde, que se pode substituir a tradicional dicotomia entre poder constituinte originário e poder de revisão por uma fórmula tricotômica, que conceba a revisão total como modelo intermediário.

Convém registrar, a propósito, o seu magistério:

> A substituição da democracia parlamentar, na França, por um sistema presidencial-parlamentar misto, em 1958, não representou uma revolução se se entender esta expressão não só no seu sentido natural, mas também no sentido de uma diferenciação entre o desenvolvimento legítimo e ilegítimo da comunidade. Isso significa que nós podemos substituir a tradicional dicotomia entre processo constituinte originário (*verfahrensungebundener*: *pouvoir constituant*) e o processo de revisão (*verfasster Revisionsgewalt*) por um modelo tricotômico no qual a possibilidade da legítima substituição da ordem constitucional por outra (revisão total: *Totalrevision*) seja contemplada como uma forma intermediária. A revisão total pode ser disciplinada juridicamente, de modo a ampliar os limites dos métodos ordenados e regulados de desenvolvimento constitucional (*Verfassungsentwicklung*) à custa da Revolução.
>
> Esse problema foi resolvido de forma particularmente feliz em algumas constituições estrangeiras, que distinguem expressamente a revisão parcial da revisão total. Isto se aplica, *v.g.*, à Constituição suíça (arts. 118-123) e à Constituição austríaca (art. 44). Além disso, os pressupostos da revisão total são mais restritivos do que aqueles aplicáveis à revisão parcial. Tal fato resulta mais evidente na Constituição austríaca, que exige um referendo para a revisão total (*Gesamtänderung*) (art. 44, II). Portanto, não se afigura possível uma revisão total sem a participação do titular do poder constituinte. A Constituição suíça exige a participação do povo e de seus representantes tanto para a revisão parcial, quanto para a revisão total (...). Se nesse processo se der a substituição de uma Constituição por outra, já não se terá, certamente, do ponto de vista conceitual, simples revisão constitucional, mas, tendo em vista a identidade entre o titular do poder constituinte originário e derivado, dever-se-á considerar tal processo como legítimo processo constituinte sob a roupagem de um processo de revisão.
>
> (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 234.)

A Constituição espanhola de 1978 – que também rompeu com um anterior regime autoritário – consagrou, em seu art. 168, expressa previsão de revisão total da Constituição ou de revisão parcial que afete as cláusulas pétreas:

> Art. 168. (...)
> I – Quando for proposta a revisão total da Constituição ou uma revisão parcial que afete o título preliminar, a seção I do capítulo II do título I ou o título II, proceder-se-á à aprovação do princípio da revisão por maioria de dois terços de cada Câmara e à dissolução das Cortes.
> 2. As Cortes que vierem a ser eleitas deverão ratificar a decisão e proceder ao estudo do novo texto constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de dois terços de ambas as Câmaras.
> 3. Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para ratificação.

Portanto, o processo de revisão total da Constituição caracteriza-se não só pela necessidade de participação do efetivo titular do poder constituinte, o povo, seja mediante plebiscito ou referendo, como também pela fixação de procedimento mais restritivo em relação ao processo de emenda.

Essa abordagem teórica permite introduzir reflexão sobre a adoção, num processo de revisão, de uma ressalva expressa às cláusulas pétreas, contemplando não só a eventual alteração dos princípios gravados com as chamadas *garantias de eternidade*, mas também a possibilidade de transição ordenada da ordem vigente para outro sistema constitucional (revisão total).

Se se entendesse – o que pareceria bastante razoável – que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição, poder-se-ia cogitar – mediante a utilização de um processo especial que contasse com a participação do povo – até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda constitucional com o escopo de explicitar a ideia de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim, que se disciplinasse, juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra.

Essas breves considerações são fundamentais para uma melhor reflexão sobre as questões suscitadas no presente caso. Talvez num futuro próximo venhamos a analisar melhor como se deu o processo histórico-político que culminou na edição desse peculiar ato que é a Emenda Constitucional 26/1985. E, nesse passo, tenhamos de reconsiderar muitos dos tradicionais conceitos de poder constituinte originário e derivado.

A EC 26/1985 muito se aproxima de um modelo de revisão total instaurado pela própria ordem constitucional, sem maiores rupturas do ponto de vista histórico-político.

Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à Emenda Constitucional 26/1985. Parece certo que estamos, dessa forma, diante de uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional.

Enfim, a Emenda Constitucional 26/1985 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que

torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.

4. Conclusões

Com essas considerações, acompanho o Relator e voto pela total improcedência desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

EXTRATO DA ATA

ADPF 153/DF — Relator: Ministro Eros Grau. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Advogados: Fábio Konder Comparato e Rafael Barbosa de Castilho). Arguidos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Associação Juízes para a Democracia (Advogados: Pierpaolo Cruz Bottini e outros), Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL (Advogados: Helena de Souza Rocha e outros), Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP (Advogados: Aderson Bussinger Carvalho e outros) e Associação Democrática e Nacionalista de Militares (Advogados: Egon Bockmann Moreira e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF 153/DF.

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

Brasília, 29 de abril de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO LIMINAR 172 — PR

Relator: Ministro Presidente

Agravante: Espólio de Jeanne Mathilde Esquier Dalcanale — Agravada: União

Agravo regimental em suspensão de liminar. Decisão agravada que constatou à época grave lesão à ordem e à economia públicas, diante da temeridade de levantamento de vultosa quantia dos cofres públicos e da plausibilidade da tese de esse valor ser indevido. Pedido de reforma e de restauração dos efeitos da decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª região, nos autos de agravo de instrumento em ação civil pública, que permitiu o levantamento de 50% dos valores de precatórios antes suspensos, decorrentes de condenação da União ao pagamento de indenização de 200.000 pinheiros adultos. Processo principal que discute a possibilidade de relativização da coisa julgada. Surgimento de fato novo. Superveniência de sentença em ação civil pública que mantém a condenação (coisa julgada) em todos seus termos, à exceção do *quantum debeatur*. Necessidade de nova perícia. Novo contexto fático-jurídico. Constatação da potencialidade de ocorrência de dano inverso, em termos de economia pública e de segurança jurídica, caso não se pague qualquer valor devido aos agravantes. Reforma parcial da decisão agravada para estabelecer uma fórmula judicial provisória apta a proteger o Erário e a limitar o pagamento dos precatórios, em montante que assegure aos agravantes os efeitos da coisa julgada nos limites explicitados nos autos do processo originário. Autorização do levantamento parcial, via precatório, dos valores devidos aos agravantes, a título de parte incontroversa, a qual deverá ser fixada pelo juízo de primeiro grau, devendo o montante liberado (1) não ser superior ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor total do precatório antes suspenso (nos termos em que decidiu o TRF da 4ª Região) e (2) ser calculado com a inclusão dos valores já pagos. Determinação ao juízo de primeiro grau de imediata realização de perícia judicial, caso seja necessária ao cumprimento da autorização condicionada estabelecida nesta decisão. Extensão dos efeitos desta decisão às suspensões acolhidas pelo mesmo fundamento por anterior pedido de extensão. Agravo regimental parcialmente 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, dar provimento parcial ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de dezembro de 2009 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de agravo regimental interposto por Espólio de Jeanne Mathilde Esquier Dalcanale e outros (fls. 1062-1098) contra a decisão de fls. 1042-1047, proferida pela então Presidente, Ministra Ellen Gracie, a qual deferiu pedido de suspensão de liminar formulado pela União, para suspender a execução de acórdão da Quarta Turma do TRF da 4ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento 2005.04.01.033302-0/PR.

Na origem, o TRF da 4ª Região concedeu a tutela antecipada recursal (fls. 54-57 e 71-83), em desfavor da União, para determinar o levantamento de 50% dos valores de precatório antes suspenso, o qual já estava avaliado, em outubro de 2002, em R$ 300.734.178,37 (trezentos milhões, setecentos e trinta e quatro mil, cento e setenta e oito reais e trinta e sete centavos).

Em 11 de junho de 2007, na decisão ora agravada, proferida pela Presidência do STF, deferiu-se o pedido de suspensão dos efeitos do acórdão do TRF da 4ª Região, por se entender configurada a grave lesão à ordem e à economia públicas, nos seguintes termos (fl. 152):

> No caso em tela, observo que restou devidamente comprovada a possibilidade de grave lesão à economia pública, em face da elevada quantia em dinheiro que seria levantada dos cofres públicos, de modo temerário, pela execução do julgado questionado.
>
> (...)
>
> Ademais, em um juízo mínimo de delibação, conforme autoriza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da análise dos pedidos de suspensão (SS 846-AgR/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29-5-1996; SS 1.272-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 18-5-2001, dentre outros), verifico que o Juiz Federal Márcio Antônio Rocha, no voto-vista proferido no julgamento do Agravo de Instrumento 2005.04.01.033302-0, fez referência à "plausibilidade da tese encampada pelo despacho agravado, de que efetivamente o laudo em que se baseia a sentença é um laudo indigno para os fins a que se destinava" (fls. 76 e 123). Registra "a razoabilidade da ação civil pública, quando aponta erro grosseiro do laudo" (fls. 77 e 124), mencionando uma série de supostos equívocos na prova pericial que embasou a sentença condenatória desfavorável à União. Afirma, ainda, que "o que aparentemente está ocorrendo é um locupletamento em relação às falhas do laudo e do processo em si, servindo-se da defeituosa coisa julgada, apoiada que está no laudo obscuro nos aspectos relevantes" (fls. 78 e 125).
>
> (...)
>
> Ora, diante da controvérsia existente nos autos da ação civil pública, onde o próprio TRF da 4ª Região confere plausibilidade jurídica a argumentos esposados pelos autores, seria temerário o levantamento, antes do término do processo principal (ACP 2005.70.00.018228-0), de qualquer valor relacionado à execução em comento.

> 10. Portanto, tenho que o julgado proferido pelo TRF da 4ª Região é configurador de potencial dano ao interesse e à economia da requerente. Como visto, o cumprimento imediato da decisão ora atacada poderá ocasionar grave lesão ao ente estatal se, ao final, advir decisão transitada em julgado no sentido de reformar o entendimento do Tribunal Regional.
>
> 11. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/1992 e 297 do RISTF, defiro o pedido para suspender, até o trânsito em julgado da Ação Civil Pública 2005.70.00.018228-0, a execução do acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região nos autos do Agravo de Instrumento 2005.04.01.033302-0, de modo a obstar o pagamento e/ou levantamento de quaisquer valores nos autos n. 00.00.60174-8.

A agravante requer, primeiramente, que o presente pedido seja recebido como reconsideração, pois alega a ausência de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a suspensão de liminar e a ausência de grave lesão à ordem, segurança e economia públicas. Pugna-se, caso não acolhida tal pretensão, pelo recebimento do pedido como agravo regimental.

Nas razões de agravo regimental, sustenta-se:

a) preliminarmente, a incompetência do Supremo Tribunal Federal, ante a ausência de discussão de índole constitucional, pois pautada exclusivamente sobre a validade do laudo pericial e a ausência de remessa oficial no processo transitado em julgado (fls. 1079-1087);

b) inexistência de grave lesão à ordem e à segurança pública, pois o pagamento de precatório complementar decorre de decisão já transitada em julgado, cuja expedição observa as exigências legais e constitucionais (fls. 1087-1090);

c) inexistência de grave lesão à economia pública, a despeito de vultoso valor a ser pago pela União, pois a expedição do precatório já teria ocorrido, estando "incluído no Orçamento da União para o pagamento em dez parcelas (já estando depositadas três delas)" (fl. 1091-1093);

d) impossibilidade de reapreciação meritória da suposta falta de reexame necessário no processo originário e impossibilidade de suposta relativização da coisa julgada por meio de ação civil pública, após trânsito em julgado do processo originário, para que se rediscuta a ilegitimidade das partes e a validade do laudo pericial (fls. 1093-1098).

Em 10 de julho de 2007, a então Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, deferiu pedido de extensão dos efeitos da suspensão de liminar (petição 107.791 – fls. 1205-1274) a outro agravo de instrumento, julgado pelo TRF da 4ª Região (fls. 1202-1203), nos seguintes termos, no que aqui interessa:

> 2. A decisão proferida em 11-6-2007 suspendeu, até o trânsito em julgado da Ação Civil Pública 2005.70.00.018228-0, a execução do acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região nos autos do Agravo de Instrumento 2005.04.01.033302-0, de modo a obstar o pagamento e/ou levantamento de quaisquer valores nos autos n. 00.00.60174-8.
>
> 3. Há plena identidade entre o objeto da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento 2005.04.01.035710-3 e o objeto da decisão proferida nos

autos do Agravo de Instrumento 2005.04.01.033302-0, cujos efeitos foram suspensos por esta Presidência (*DJ* de 18-6-2007).

4. Ante o exposto, presentes os requisitos do art. 4º, § 8º, da Lei 8.437/1992, defiro o presente pedido de extensão e determino a suspensão, até o trânsito em julgado da Ação Civil Pública 2005.70.00.018228-0, da execução do acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região nos autos do Agravo de Instrumento 2005.04.01.035710-3, de modo a obstar o pagamento e/ou levantamento de quaisquer valores nos autos 00.00.60174-8.

Às fls. 1292-1293 (petição 119.639), Ana Carolina Dalcanale e outros, que foram prejudicados com a decisão que deferiu a extensão do pedido de suspensão, requerem "a extensão dos efeitos de toda e qualquer decisão a ser proferida no agravo regimental interposto na presente suspensão de liminar (petição 98.306), protocolada em 25-6-2007, pelo *Espólio de Jeanne Mathilde Esquier Dalcanale*, bem como a extensão das demais decisões a serem proferidas no curso da presente" (fl. 1293).

Intimada para contraminutar o agravo regimental (fl. 1301), a União apresentou suas razões (fls. 1307-1324), pugnando pelo indeferimento do recurso adverso.

Em 26-11-2009, o juízo de primeiro grau prolatou sentença de parcial procedência à ação civil pública, relativizando a coisa julgada apenas em relação ao *quantum debeatur*, para a realização de nova perícia que analise e afaste os indevidos excessos da execução.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): No presente caso, discute-se a ocorrência de grave lesão à ordem e à economia pública, quanto à possibilidade de levantamento imediato de 50% (cinquenta por cento) dos valores de precatório antes suspenso, o qual já estava avaliado, em outubro de 2002, em R$ 300.734.178,37 (trezentos milhões, setecentos e trinta e quatro mil cento e setenta e oito reais e trinta e sete centavos).

No pedido de suspensão, apontou-se a violação do princípio da razoabilidade e do art. 37, *caput,* da Constituição. Ademais, a petição inicial do processo de origem fundamenta o seu pedido na relativização da coisa julgada, que detém proteção constitucional. Portanto, correta a decisão agravada ao determinar a competência desta Corte para apreciação do tema (Rcl 497-AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, *DJ* de 6-4-2001; SS 2.187-AgR/SC, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 21-10-2003; e SS 2.465/SC, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 20-10-2004).

Conforme destacado no relatório desta decisão, as razões expendidas no pedido de suspensão de liminar, à época da decisão ora agravada, apontaram para a existência de grave lesão à ordem e à economia públicas, em síntese, em face do seguinte:

1) elevada quantia em dinheiro que seria levantada dos cofres públicos, de modo temerário, pela execução do julgado questionado, podendo advir grande prejuízo ao Erário;

2) existência de plausibilidade da tese contida na ação civil pública, como se apreende de voto-vista (vencido) na decisão de origem.

Apreende-se a síntese conclusiva da decisão agravada para deferir o pedido de suspensão a partir do seguinte excerto:

> Ora, diante da controvérsia existente nos autos da ação civil pública, onde o próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região confere plausibilidade jurídica a argumentos esposados pelos autores, **seria temerário o levantamento, antes do término do processo principal** (ACP n.º 2005.70.00.018228-0), **de qualquer valor relacionado à execução em comento**.
> (Grifo nosso.)

Entretanto, após análise do pedido de reconsideração/agravo regimental (fls. 1062-1098 e 1292-1293), entendo que assiste razão à agravante.

É preciso enfatizar, neste juízo mínimo de delibação acerca do mérito, que **a decisão agravada aponta como fundamento central a temeridade de se levantar qualquer valor antes do término do processo principal da ação civil pública.** Contudo, cumpre destacar que a ação civil pública em comento não corresponde, nesta discussão, a um processo principal de conhecimento em sentido estrito, em que se busca a certeza jurídica para resolução de uma lide até então nunca discutida. Em verdade, a referida ação está impedindo o pagamento decorrente de título judicial transitado em julgado, já combatido sem êxito por meio de ação rescisória da União e, atualmente, obstado de inúmeras formas em sede de procedimento de expedição de precatório.

A União e o Ministério Público Federal apontaram, nas razões da ação civil pública, inúmeras alegações de ordem processual – aparentemente extemporâneas ao regular momento de sua apresentação no curso do processo civil judicial –, para serem rediscutidas. Nesse sentido, destacam-se, de forma ilustrativa: (i) ilegitimidade dos autores, (ii) inexistência de liquidação da empresa contratante, nos termos da legislação brasileira, (iii) vícios do laudo pericial que definiu as qualidades e dimensões dos pinheiros, (iv) erros materiais na decisão transitada em julgado, como inexistência de remessa de ofício, (v) necessidade de relativização da coisa julgada, etc.

Apesar de tudo isso, a União e o Ministério Público Federal não contestaram que já houve toda a tramitação processual acima mencionada, em antecedência à referida ação civil pública, com a emissão de título judicial com trânsito em julgado.

Dessa forma, o que se vê efetivamente é a reabertura de toda uma discussão processual já acobertada pelos efeitos da coisa julgada, que restaram íntegros, mesmo após seu combate por meio de ação rescisória.

Não se discute aqui a louvável intenção de proteção ao Erário pela União e pelo Ministério Público Federal. Contudo, não se pode perder de vista que a ação civil pública em discussão se transmuda inegavelmente em uma nova ação rescisória e a suspensão do acórdão do TRF da 4ª Região, no presente momento, pode evidenciar a possibilidade de ocorrência de dano inverso.

A constatação de possível dano inverso à segurança jurídica decorre da suspensão de qualquer pagamento aos autores, que têm a seu favor os efeitos da presunção de regular e anterior processo de conhecimento transitado em julgado, já combatido em ação rescisória.

Nesse sentido, a utilização de ação civil pública como sucedâneo da ação rescisória, a título de relativização da coisa julgada, para inibir qualquer pagamento devido aos autores, parece afrontar o devido processo legal anteriormente existente.

A despeito da polêmica que envolve a possibilidade de relativização desta garantia constitucional e a definição dos graus de sua ocorrência, que só deverá ser definida no âmbito do processo principal, as alegações da ação civil pública não demonstram a discussão de inexigibilidade de título judicial com fundamento em lei ou ato normativo inconstitucional, nem com base em aplicação ou interpretação tida pelo STF como incompatíveis com a Constituição. Discutem-se questões de adequação de rito processual e de produção de provas, que têm como sede de revisão excepcional a ação rescisória. Não pode apenas o montante de uma ação ser fundamento suficiente para acolher tais exceções legais e constitucionais.

Desde a concessão da suspensão de liminar (**junho de 2007**) já se passaram mais dois anos, sendo que recentemente, em 26-11-2009, houve a prolação de sentença nos autos da ação civil pública originária, com manifestação de parcial procedência dos pedidos da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público Federal. Destaco a seguir o excerto que aqui interessa para a apreciação do agravo regimental:

> Trata-se nos presentes autos de ação civil pública em que a União e o Ministério Público Federal, em face de Jeanne Mathilde Esquier Dalcanale – Espólio e Outros, pleiteiam (fls. 97/98):
>
> 1. a declaração de inexistência (e/ou nulidade e/ou ineficácia, que se encontram abrangidos no pedido de reconhecimento de inexistência) da decisão judicial transitada em julgado nos autos da ação de conhecimento sob n. 00.00.60174-8;
>
> 2. a declaração da inexistência de relação jurídica pela qual a SEIPN, sucedida pela União, seja, ou tenha sido, em qualquer tempo, devedora de 200.000 pinheiros adultos a Alberto Dalcanale, seu espólio, seus sucessores e cessionários, em razão do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros adultos, imbuias e cedros), bem como, seja declarada a nulidade absoluta e ineficácia frente a SEIPN/União de todos os atos e negócios jurídicos pelos quais se pretendeu atribuir às pessoas que ocuparam o polo ativo nos autos de n. 00.00.60174-8 a titularidade do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros, adultos, imbuias e cedros);
>
> 3. seja reconhecida a existência de erro material na r. decisão transitada no que concerne à adoção do laudo imprestável, suprimindo-se, para corrigi-lo, à parte liquidatória contida na decisão, mantida a sentença, nos demais aspectos não impugnados na inicial, para fins de retificação ou de refazimento da liquidação, conforme a situação e os parâmetros verdadeiramente existentes a tempo do laudo original (fevereiro de 1985);
>
> 4. sucessivamente, em não sendo declarados procedentes um, ou alguns dos pedidos, requer a parte autora à relativização dos efeitos e do alcance da coisa julgada existente nos autos de n. 00.00.60174-8, para que seja fixada indenização segundo

o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial (fevereiro de 1985), aproveitando-se dos dados obtidos mediante a pesquisa comprovadamente realizada pelo perito quanto ao valor dos pinheiros em pé. Em decorrência, pede, ainda, a declaração de nulidade dos autos processuais (nos autos de n. 00.00.60174-8) posteriores àqueles que venham a ser declarados nulos, ineficazes ou inexistentes.

(...)

Feitas essas considerações, **dou por afastadas todas as preliminares arguidas pelas partes rés, julgando improvidos os agravos retidos**.

Em face da decisão do Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.012506-3/PR, entendeu-se que a análise meritória da tese da coisa julgada deve ser antecedente a quaisquer provas, sendo que, **acatando a decisão do Tribunal Federal, deixo de analisar as provas pedidas pelas partes, bem como sua necessidade, postergando para fase posterior da análise de mérito, se necessário**.

Assim, não conheço do agravo retido da União Federal de análise dos pontos controvertidos, frente a decisão do TRF 4ª Região.

Passo a análise do mérito.

(...)

Da Coisa Julgada e possibilidade de sua Relativização

A coisa julgada é o especial efeito da decisão judicial ultrapassados os prazos recursais, identificando-se com sua imutabilidade.

A presente ação civil pública está concentrada no pedido de nulidade da ação judicial que ensejou a execução de sentença dos autos n.º 00.00.60174-8 por dois argumentos principais: 1. Querela *nulitattis*, vício essencial do processo e 2. excesso na fixação do *quantum debeatur*.

Os pedidos em questão referem-se à ação em que a União foi condenada a entregar 200.000 pinheiros adultos ou indenizar os autores pelo valor equivalente, nos termos do laudo pericial juntado aos respectivos autos (n. 00.00.60174-8).

Com relação a querela *nulitattis*, em razão de vício na formalização da empresa Cia de Madeiras do Alto Paraná S.A., empresa Argentina, **bem como da nulidade e fraude a lei dos substabelecimentos** de José Horácio Gutierrez, concentrado no argumento da ausência de autorização legal para atuação da empresa estrangeira no Brasil, **entendo, não pode ser analisado sob pena de ofensa a *res judicata*.**

(...)

Deste modo, quanto aos pedidos de declaração de inexistência (e/ou nulidade e/ou ineficácia, que se encontram abrangidos no pedido de reconhecimento de inexistência) **da decisão judicial transitada em julgado nos autos da ação de conhecimento sob n. 00.00.60174-8 e a declaração da inexistência de relação jurídica pela qual a SEIPN**, sucedida pela União, seja, ou tenha sido, em qualquer tempo, devedora de 200.000 pinheiros adultos a Alberto Dalcanale, seu espólio, seus sucessores e cessionários, em razão do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros adultos, imbuias e cedros), **bem como, seja declarada a nulidade absoluta e ineficácia frente à SEIPN/União de todos os atos e negócios jurídicos pelos quais se pretendeu atribuir às pessoas que ocuparam o polo ativo nos autos de n. 00.00.60174-8 a titularidade do contrato de compra e venda de árvores** (pinheiros, adultos, imbuias e cedros) **não podem ser analisados em razão da preliminar de coisa julgada, devendo ser extintos sem resolução de mérito.**

Resta análise quanto ao pedido de que seja reconhecida a existência de erro material na r. decisão transitada no que concerne à adoção do laudo imprestável, **suprimindo-se, para corrigi-lo, a parte liquidatória contida na decisão, mantida a sentença, nos demais aspectos não impugnados na inicial, para**

fins de retificação ou de refazimento da liquidação, conforme a situação e os parâmetros verdadeiramente existentes a tempo do laudo original (fevereiro de 1985) e sucessivamente, em não sendo declarados procedentes um, ou alguns dos pedidos, requer a parte autora a relativização dos efeitos e do alcance da coisa julgada existente nos autos de n. 00.00.60174-8, para que seja fixada indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial (fevereiro de 1985), aproveitando-se dos dados obtidos mediante a pesquisa comprovadamente realizada pelo perito quanto ao valor dos pinheiros em pé. Em decorrência, pede, ainda, a declaração de nulidade dos autos processuais (nos autos de n. 00.00.60174-8) posteriores àqueles que venham a ser declarados nulos, ineficazes ou inexistentes.

Moderna doutrina e Jurisprudência evidenciam a necessidade de nova análise da decisão judicial em casos excepcionais, principalmente concentrado no *quantum debeatur*.

(...)

Os elementos dos autos demonstram o excesso do laudo pericial, ao efetuar a valoração de 200.000 pinheiros adultos para indenizá-los pelo valor correspondente, que se deve em razão, basicamente, de dois fatores: a) erro na descrição dendométrica do pinheiro adulto existente na região a ser considerada, e b) erro na avaliação do preço do referido pinheiro em razão de fatores outros que não só a descrição dendométrica.

O interesse público em uma condenação de trezentos milhões de reais, quando cristalino o excesso do laudo, se sobrepõe a coisa julgada quanto ao *quantum debeatur*.

Neste aspecto entendo que a coisa julgada deve ser relativizada, não para se afastar a condenação ou a justiça da decisão, mas para se fixar o real valor da indenização, a efetiva e justa indenização.

Salta aos olhos o excesso apontado pelo laudo pericial, conforme acima exposto, urgindo a atuação firme do Poder Judiciário para coibir os excessos.

Vale registrar que o verdadeiro absurdo do excesso do valor da condenação foi percebido pelo E. STF na medida de Suspensão Liminar (n. 172-8 Paraná) foi deferida pelo E. STF, em decisão proferida pela Exma. Min. Presidente Ellen Gracie, em 11-6-2007, onde consta o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/92 e 297 do RISTF, defiro o pedido para suspender, até o trânsito em julgado da ação civil pública n. 2005.70.00.018228-0, a execução do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos do agravo de instrumento n. 2005.04.01.033302-0, de modo a obstar o pagamento e/ou levantamento de quaisquer valores nos autos n. 00.00.60174-8.

(...)

Diante do exposto, quanto ao *quantum debeatur* deve ser relativizada a coisa julgada, para a realização de nova perícia para analisar e afastar os indevidos excessos da execução.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos retidos e afasto as preliminares aventadas, e julgo:

1. Extinto em resolução de mérito, em face da coisa julgada, os pedidos Deste modo, quanto aos pedidos de declaração de inexistência (e/ou nulidade e/ou ineficácia, que se encontram abrangidos no pedido de reconhecimento de inexistência) da decisão judicial transitada em julgado nos autos da ação de conhecimento sob n. 00.00.60174-8 e a declaração da inexistência de relação jurídica pela qual a SEIPN, sucedida pela União, seja, ou tenha sido, em qualquer tempo, devedora de

200.000 pinheiros adultos a Alberto Dalcanale, seu espólio, seus sucessores e cessionários, em razão do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros adultos, imbuias e cedros), bem como, seja declarada a nulidade absoluta e ineficácia frente à SEIPN/União de todos os atos e negócios jurídicos pelos quais se pretendeu atribuir às pessoas que ocuparam o polo ativo nos autos de n.º 00.00.60174-8 a titularidade do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros, adultos, imbuias e cedros), **por não ser possível a análise da querela *nulitattis* no caso em tela, diante da ausência de manifestação nos autos principais das matérias agora aventadas;**

2. *Procedente* os pedidos de relativização da coisa julgada, com base nos precedentes do E. STJ, reconhecendo o erro material na r. decisão transitada no que concerne à adoção do laudo imprestável, suprimindo-se, para corrigi-lo, a parte liquidatória contida na decisão, mantida a sentença, nos demais aspectos não impugnados na inicial, para fins de retificação ou de refazimento da liquidação, conforme a situação e os parâmetros verdadeiramente existentes a tempo do laudo original (fevereiro de 1985), para que seja fixada nova indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial (fevereiro de 1985).

O valor da real indenização e do excesso será apurado mediante perícia judicial, a ser realizada após o trânsito em julgado da presente decisão.

(Cf. consulta ao sítio eletrônico do TRF da 4ª Região.)

De um lado, é preciso enfatizar que **a decisão agravada aponta como fundamento central a temeridade de se levantar qualquer valor antes do término do processo principal da ação civil pública.**

Tal fundamento, de certa forma, permanece válido ante a constatação de que a sentença de mérito da ação civil pública conclui, provisoriamente, pelo excesso indevido a título de *quantum debeatur,* que pode em muito reduzir a condenação imposta ao poder público e que será aferido em perícia judicial após o trânsito em julgado.

A sentença é peremptória para a manutenção dos efeitos da coisa julgada em relação à condenação da União em todos os termos da decisão judicial transitada em julgado, à exceção da definição do *quantum debeatur.*

Isso aponta para a perplexidade jurídica de imposição de uma moratória judicial indefinida para pagamento de qualquer valor devido aos agravantes – fato que ensejou o TRF da 4ª Região a determinar a liberação da metade do valor suspenso (a título de valor incontroverso).

Se tal fórmula não parece ser adequada neste momento, diante da prolação da sentença mencionada, **isso não significa que não se possa cogitar de uma fórmula alternativa a resguardar todos os interesses jurídicos envolvidos.**

Ao se cogitar, por exemplo, sobre a incidência anual de juros moratórios (cf. Lei 9.494/1997 – 6% ao ano) a serem pagos pela União sobre o montante devido, seja em relação aos cálculos de outubro de 2002 (aproximadamente trezentos milhões de reais), seja em relação a um valor menor (hipoteticamente a metade, um terço ou um décimo do valor) apurar-se-á um valor também excessivo, que cresce ininterruptamente até o trânsito em julgado da ação civil pública.

Somando-se a esse montante a atualização monetária também devida, percebe-se a potencialidade do dano inverso à economia pública, em que o Erário acumula dívida exorbitante por ano, para aguardar o trânsito em julgado de uma ação civil pública que certamente tramitará até as instâncias extraordinárias, sem contar a possibilidade de pleito rescisório posterior.

A União e o Ministério Público Federal apontaram, nas razões da ação civil pública, a possibilidade de redução de até onze vezes o valor da condenação transitada em julgado (fls. 302-309), caso se considerasse a correção dos valores, das medidas e dos critérios vigentes à época para medição dos pinheiros objeto da relação jurídica subjacente (fl. 308), mas que parecem ter sido erroneamente adotados no laudo pericial juntado aos autos.

As razões da ação civil pública ainda apontam para o fato de que, caso fossem corrigidos esses dados, haverá possivelmente uma pequena quantia a maior a ser paga pelo poder público no procedimento de precatório, que de forma alguma se aproximaria do valor vigente em 2002 (de aproximadamente trezentos milhões de reais) (fl. 309). Reitero aqui referidas afirmações contidas na inicial da ação civil pública:

> E sendo o preço médio do pinheiro adulto em pé na região considerada de Cr$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil cruzeiros) à época, o valor de 200.000 pinheiros na mesma época era de Cr$ 11.200.000.000,00 (onze bilhões e duzentos milhões de cruzeiros), onze vezes menos do que o falso valor encontrado no laudo, de Cr$ 136.000.000.000,00.
>
> (...)
>
> Mas os valores que já foram pagos na execução foram mais do que suficientes para que a União pagasse o total que seria realmente devido; quando muito, falta ser pago pequeno valor, certamente ínfimo se comparado com o valor ainda postulado pelos exequentes, ora réus.
>
> (Fls. 308-309.)

Assim, diante do atual quadro fático, não se olvida a premissa de que, certamente, há algo a ser pago, ainda que não se saiba o *quantum* devido. Esse foi o sentido dos fundamentos detalhados do acórdão do TRF da 4ª Região antes suspenso por esta Presidência, a seguir transcrito:

> Portanto, o momento é de decisão sobre a parte compreensível da sentença, que condenou a União "a fazer a entrega aos autores de 200.000 (duzentos mil) pinheiros adultos, ou a proceder a indenização cabível, pelo valor das mencionadas espécies adultas, tendo como base o laudo acolhido. A ré tem o prazo de 30 dias para cumprir a obrigação de fazer. Caso se omita, a liquidação da sentença será feita por cálculo do contador, com base no resultado de fls. 358 e 360, acrescido de correção monetária (ORTN) e juros legais, a partir do laudo." (fl. 384 dos autos da ação ordinária).
>
> Eis aí a coisa julgada existente no processo. A União deve indenizar 200.000 pinheiros, segundo o valor fixado no laudo. O juízo não discutiu o laudo, assumiu-o em sua decisão tal e como lavrado.

Ocorre que a coisa julgada assim formada vale tanto a favor quanto contra as pretensões dos Autores e da União. Ambos assumem a coisa julgada com o laudo que lhe integra, e essa coisa julgada, em consequência, padece das imperfeições que o laudo ostenta.

Isso e nada obstante, estejam os Agravados com integral razão ao apontar que o laudo incorre em defeitos técnicos, notadamente ao responder pontos importantes fazendo referência a dados que não constam no local indicado pelo laudo, vale dizer, pontos sobre os quais de fato não houve qualquer análise pericial.

(...)

Outras omissões sérias do laudo poderiam ser levantadas, porém penso que o mesmo não pode ser simplesmente ignorado, devendo ser interpretado aos fins de preservar a coisa julgada e o já determinado cumprimento do negócio jurídico.

(...)

Vale dizer, o pinheiro avaliado para os fins do laudo não é nem o normativo (40 cm à altura do peito), nem o comercial (45 cm), mas o valor arbitrariamente ditado pelo Perito no equivalente a 80 centímetros. O Sr. Perito simplesmente dobrou o volume normativo do pinheiro, sem qualquer medição de pinheiros na área, embora relate o Sr. Perito visitas ao local sem indicação do resultado de qualquer aferição *in loco*.

Aí, portanto, a razoabilidade da ação civil pública, quando aponta erro grosseiro do laudo, pois a valoração especificada pelo Sr. Perito está em contradição com os próprios dados que ele, perito, informou corresponderem ao valor dendrométrico do pinheiro adulto à época. Em resumo, o laudo não aplica os critérios que ele próprio indica.

Portanto, é verdade que existe a coisa julgada quanto a número de pinheiros a serem indenizados, porém a valoração dessa condenação enfrenta a contradição do próprio laudo, pois nele também se especifica que entende-se por pinheiro adulto o diâmetro correspondente entre 40 e 45 centímetros, de modo que não poderia, sem justificativa ou aferição, existir a condenação a indenizar pinheiros de 80 cm.

Dito erro do laudo não é pequeno, e, se não pela questão de moralidade envolvendo valores públicos, pela questão da justiça, há de ser vista como erro material do laudo, e por consequência da sentença, pois a dimensão do erro equivale a impor a indenização em dobro da que houveram as partes no negócio.

Em outras palavras, crente a sentença em determinar a indenização de 200.000 (duzentos mil), na verdade condenou a União a indenizar 400.000 (quatrocentos mil) pinheiros, utilizando um valor dendrométrico equivalente ao dobro do diâmetro das árvores aceitas comercialmente à época.

(...)

Ocorre que os próprios autos revelam a ciência dos autores da ação ordinária quanto ao ponto, e o que aparentemente está ocorrendo é um locupletamento em relação às falhas do laudo e do processo em si, servindo-se da defeituosa coisa julgada, apoiada que está no laudo obscuro nos aspectos relevantes.

(...)

Portanto, acolhida pelos Autores, em parte, a contestação, referentemente à desistência ao pleito de 200.000 pinheiros de 20 polegadas ou 50,8 cm, somente poderia existir sentença, e coisa julgada, sobre a qualidade das árvores, pois nesse tópico permaneceu a lide, bem como para a definição do pinheiro adulto médio, aquém das 20 polegadas ou 50,8 cm consideradas não razoáveis por ambas as partes.

A bem da verdade, a sentença passou ao largo de tais questões, e lamentavelmente, fez apenas remissão ao laudo que calcula 200.000 pinheiros.

Essa omissão da sentença há de ser vista em favor do Agravantes/autores, dado que, bem ou mal, julgou a lide, especificando que a obrigação seria de devolução de 200.000 pinheiros.

No entanto, não poderia a sentença ampliar a lide, julgando fora das pretensões da parte autora, ignorando que a prescrição fora interrompida, sim, pela interpelação a que faz referência, porém, nos limites objetivos do que ali se contém, pinheiros adultos de 20 polegadas (ou 50,8 cm), e muito menos, não pode desprezar as limitações processuais da causa de pedir (pinheiros adultos de 20 polegadas), e de modo especial, a concordância dos Autores com a contestação que exigia a redução do pedido a pinheiros adultos, e não, pinheiros adultos com um mínimo de 20 polegadas.

A sentença ao proferir condenação da União a ressarcir pinheiros com 80 cm, e não apenas pinheiros adultos, segundo as definições normativas ou comerciais, estabelecidas respectivamente, segundo o laudo, em 40 e 45 cm de diâmetros, duplicou a condenação da União de forma gratuita, e equivocada, confiando que o laudo estava a se ater aos limites da lide. Ocorre que não há coisa julgada fora dos limites da lide, e sentença sem lide é inexistente. Não se trata de relativização da coisa julgada. Trata-se de aplicação de regra processual específica:

> "A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas."
>
> (Art. 468 do CPC.)
>
> (...)

Em conclusão, têm os agravantes em seu favor título judicial que lhes garante a indenização pelos 200.000 pinheiros de, no mínimo, 40 cm de diâmetro (Portaria Normativa do IBDF, citada no laudo), e, no máximo, 50,8 cm ou vinte polegadas de diâmetro (limites objetivos do pedido formulado na interpelação que interrompeu a prescrição).

Portanto, nos termos do voto do Exmo. Relator, com o qual concordo com as ressalvas deste voto, **existe, sim, a coisa julgada em favor dos Agravantes, limitada à obrigação de entrega de 200.000 pinheiros, os quais no entanto, pelo estado da lide, não podem ser especificados** em 80 cm de diâmetro, **devendo, até ulterior julgamento da lide no primeiro grau, ser garantido o levantamento de valores segundo o postulado pelos autores da ação ordinária após a impugnação à contestação**, ou seja pinheiros adultos, vistos esses, até ulterior julgamento da ação, segundo a definição normativa do IBDF especificada no laudo, em 40 cm de diâmetro. Tendo em vista que esse quantitativo dendrométrico é exatamente a metade do efetivamente calculado pelo Sr. Perito, cumpre dar-se parcial provimento ao agravo para que os Agravantes levantem 50% dos valores do precatório suspenso, ficando o restante atrelado ao julgamento da ação civil pública em andamento.

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao agravo de instrumento.

(Grifo nosso.)

No presente momento, ao analisar todo o quadro fático-jurídico nos limites do sistema de contracautela, entendo que não subsiste razão para a manutenção da suspensão do acórdão do TRF da 4ª Região, ante (1) a superveniência da sentença em ação civil pública e (2) ante a constatação da potencialidade de ocorrência de dano inverso caso não se pague qualquer valor devido aos agravantes, em termos de economia pública e de segurança jurídica.

Nesse sentido, busca-se aqui solução atual à semelhança daquela existente no acórdão do TRF da 4ª Região, que é expresso em buscar uma fórmula judicial apta a garantir a possibilidade de proteção do Erário, na medida em que limite a possibilidade de pagamento dos precatórios, em coincidência ao mínimo que podem assegurar os efeitos da coisa julgada, bem como preservar seus limites explicitados nos autos do processo originário.

Não fosse assim, estaria esta Corte prestigiando a mora judicial sem previsão de término, em desfavor não só do Erário – na medida em que lhe imporia dívida anual, pressuposta em vultosos valores anuais, em nítida violação à economia pública –, mas também em relação aos próprios agravantes, que têm seus direitos (consubstanciados em título judicial transitado em julgado) totalmente frustrados e sem previsão alguma de receber parte do que lhes for devido (pelo menos em termos de definição de um valor incontroverso).

Ao analisar a parte dispositiva da sentença judicial proferida na ação civil pública, constata-se o seguinte:

> **Diante do exposto, quanto ao *quantum debeatur* deve ser relativizada a coisa julgada, para a realização de nova perícia para analisar e afastar os indevidos excessos da execução.**
>
> Ante o exposto, nego provimento aos agravos retidos e afasto as preliminares aventadas, e julgo:
>
> **1. Extinto em resolução de mérito, em face da coisa julgada, os pedidos Deste modo, quanto aos pedidos de** declaração de inexistência (e/ou nulidade e/ou ineficácia, que se encontram abrangidos no pedido de reconhecimento de inexistência) da decisão judicial transitada em julgado nos autos da ação de conhecimento sob n. 00.00.60174-8 e a declaração da inexistência de relação jurídica pela qual a SEIPN, sucedida pela União, seja, ou tenha sido, em qualquer tempo, devedora de 200.000 pinheiros adultos a Alberto Dalcanale, seu espólio, seus sucessores e cessionários, em razão do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros adultos, imbuias e cedros), bem como, seja declarada a nulidade absoluta e ineficácia frente à SEIPN/União de todos os atos e negócios jurídicos pelos quais se pretendeu atribuir às pessoas que ocuparam o polo ativo nos autos de n. 00.00.60174-8 a titularidade do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros, adultos, imbuias e cedros), **por não ser possível a análise da querela *nulitattis* no caso em tela, diante da ausência de manifestação nos autos principais das matérias agora aventadas;**
>
> **2. *Procedente* os pedidos de relativização da coisa julgada, com base nos precedentes do E. STJ, reconhecendo o erro material na r. decisão transitada no que concerne à adoção do laudo imprestável, suprimindo-se, para corrigi-lo, a parte liquidatória contida na decisão, mantida a sentença, nos demais aspectos não impugnados na inicial, para fins de retificação ou de refazimento da liquidação, conforme a situação e os parâmetros verdadeiramente existentes a tempo do laudo original (fevereiro de 1985), para que seja fixada nova indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial (fevereiro de 1985).**
>
> **O valor da real indenização e do excesso será apurado mediante perícia judicial, a ser realizada após o trânsito em julgado da presente decisão.**
>
> (Cf. consulta ao sítio eletrônico do TRF da 4ª Região.)

Verifica-se que não houve a fixação da parte incontroversa pelo juízo de primeiro grau, determinando-se a apuração de indenização e de excesso por meio de perícia judicial, após o trânsito em julgado da sentença.

Assim, entendo como solução adequada ao caso a determinação ao juízo de primeiro grau de fixação da parte incontroversa (que não pode mais ser a mesma adotada pela decisão do TRF da 4ª Região), a qual poderá ser liberada pela via do precatório, como forma de atender a todos os interesses jurídicos envolvidos.

Diante da complexidade da causa e de eventual dificuldade na mensuração do valor incontroverso, caso seja necessário, deve-se determinar a imediata apuração pericial dos valores devidos, não a postergando para depois do trânsito em julgado.

Ademais, dada relevância da causa e da potencialidade lesiva aos cofres públicos pela demora no deslinde da demanda, recomenda-se celeridade no julgamento desta questão pelas instâncias ordinárias (juízo de primeiro grau e TRF da 4ª Região), observando-se o princípio da eficiência e a determinação constitucional de razoável duração do processo, para reduzir ao máximo os efeitos deletérios ao Erário (juros de mora e atualização monetária) e aos agravantes, em decorrência do trâmite oneroso do processo principal.

Ante o exposto, em reforma à decisão antes proferida pela Presidência desta Corte às fls. 1042-1047 e às fls. 1202-1203 quanto aos Agravos de Instrumento 2005.04.01.033302-0 e 2005.04.01.035710-3 (em trâmite no TRF da 4ª Região), dou provimento parcial ao agravo regimental de Espólio de Jeanne Mathilde Esquier Dalcanale e outros para:

a) **autorizar o levantamento parcial, via precatório, dos valores devidos** aos agravantes, **a título de parte incontroversa**, a qual deverá ser **fixada pelo juízo de primeiro grau, devendo o montante liberado (1) não ser superior ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor total do precatório antes suspenso (nos termos em que decidiu o TRF da 4ª Região) e (2) ser calculado com a inclusão dos valores já pagos**;

b) determinar ao juízo de primeiro grau a imediata realização de perícia judicial, caso seja necessária ao cumprimento do disposto no item anterior.

Em razão de haver sido deferido (fls. 1202-1203) o pedido de extensão da suspensão dos efeitos da decisão impugnada nesta SL 172 aos autos do Agravo de Instrumento 2005.04.01.035710-3, por plena identidade de objeto, ressalto que a presente decisão alcança também o referido agravo de instrumento, pelos mesmos fatos e fundamentos acima expostos.

Comunique-se, com urgência, ao juízo de primeiro grau e ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para imediato cumprimento.

É como voto.

DEBATE

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Presidente, a decisão foi minha, quando ainda no exercício da presidência. Pelo que recordo havia a determinação de liberação de cinquenta por cento de uma verba visivelmente superfaturada. A minha determinação, salvo equívoco de minha parte, foi no sentido de sustar qualquer pagamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Foi.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Vossa Excelência, pelo que me parece, está determinando a liberação de uma parte de um pagamento cujo montante ainda não se conhece, porque depende da realização dessa perícia que não foi feita.

Portanto, autorizar, desde já, a liberação de um pagamento *an debeatur*. Até agora não foi feita a perícia, não foi refeita a perícia que sobrevalorizou a cobertura florística.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Nem se trata de cobertura florística; trata-se de aferição do tamanho, medição de pinheiros.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Há uma parte incontroversa, ou não?

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não, não há, porque depende da realização da perícia.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Na verdade, estamos diante de um caso doloroso e singular. Nós temos o caso que tramitou em toda a sua extensão, que tem coisa julgada, tem ação rescisória e, agora, houve uma ação civil pública com fundamento. Portanto, já há o depósito desse valor que eu citei aqui, de trezentos milhões, setecentos e trinta e quatro mil.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A ação civil pública, então, faria as vezes de uma segunda rescisória?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É uma ação civil pública com fundamento na inconstitucionalidade da coisa julgada.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: E essa sentença, na ação civil pública, foi proferida posteriormente ao despacho em que eu suspendi o pagamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não, não. Essa sentença é um dado novo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Realmente, não vejo que isso seja julgamento de agravo regimental.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Isso assusta!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), assusta porque a coisa julgada só é relativizada pela Constituição Federal. Surge a ação de impugnação autônoma prevista na própria Lei Maior, que é a rescisória. Agora, pensar-se em relativização da coisa julgada é partir para a insegurança jurídica total, porquanto, a qualquer momento, poder-se-á reabrir o que decidido e já precluso, inclusive,

precluso não apenas na via da recorribilidade, mas também da rescisória. A questão é muito séria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu sei que este tema é absolutamente controvertido, mas eu nem queria avançar por essas searas tão pedregosas.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não é momento de discutirmos essa questão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Agora, este caso constrange. Os Senhores sabem a idade deste processo, com todas as idas e voltas. Só para os Senhores terem uma ideia, recentemente esteve aqui entre nós o Professor Galeno Lacerda, que é um dos advogados deste processo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Sim, Presidente, o processo demora muito, mas nem essa delonga justifica a autorização de levantamento de um valor que não se sabe qual é.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não, mas eu só estou dizendo, portanto, que este processo teve essa evolução.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: É inócua a manifestação do Tribunal?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): O que estou a dizer tão somente é que, ao invés de ficar com o ônus ou de suspender, e como houve a sentença no sentido de reconhecer, portanto, não estou entrando no mérito da discussão da relativização da coisa julgada. Ou até estamos aceitando, em parte, isso, porque o Juiz está dizendo o seguinte: de fato, a perícia tem inconsistências, ela precisa ser refeita, embora a relação jurídica exista e a sentença deva ser mantida.

Estou, portanto, admitindo que o juiz possa fazer esta avaliação se, de fato, houver fatos incontroversos, se a perícia puder ser realizada de imediato para definir esses fatos incontroversos. Por outro lado, há o perigo realmente de dano inverso. A União vai acumulando, ampliando esse débito – o depósito é de 2002 –, esta parcela que não é pequena, de trezentos milhões.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Da relativização da coisa julgada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Uma ação que foi ajuizada há 26 anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Portanto, é o que me ocorreu de melhor.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência está determinando o pagamento?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não, está determinando o pagamento de uma parcela incontroversa que só se saberá a quanto monta, depois de realizada a perícia. Portanto, a declaração do Tribunal neste momento, se adotada a posição defendida pelo nosso Presidente, será inócua. Teremos que, de toda maneira, aguardar a realização da perícia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A dúvida está no fato de não nos defrontarmos, nesta assentada, com o processo, com a causa em si, mas com um incidente de suspensão de liminar que foi mitigada pelo TRF da 4ª Região, julgando agravo de instrumento.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, se Vossa Excelência me permitir, adianto o voto.

Entendo processo como norteado pela bilateralidade, e mais do que isso, pelo tratamento igualitário das partes. Portanto, percebo a suspensão de segurança, a suspensão de tutela antecipada, a suspensão de liminar como algo de excepcionalidade maior, no que somente o poder público pode, em queima de etapas, sem se observar a tramitação normal do processo, chegar ao Tribunal de Brasília e pretender essa suspensão. Esse é o primeiro aspecto.

O segundo é que estamos diante de incidente que se originou em ação ordinária – e colho esses dados do memorial apresentado pelo jurista Galeno Lacerda – ajuizada em 1º de fevereiro de 1983. Noto, Presidente, ante a prática da União, ante a prática dos Estados e dos Municípios, que o precatório vem se transformando, passo a passo, em um direito sucessório. Neste processo tem-se o espólio envolvido.

Pois bem, essa ação, ajuizada há vinte e seis anos, teve decisão transitada em julgado há dezoito, e, evidentemente, a União defendeu-se à exaustão no processo que estivera em curso. A rescisória foi ajuizada, e houve a liquidação de sentença com incidentes. Transitou em julgado a decisão, tendo sido apreciada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça há quatro anos. Os cálculos foram feitos – segundo notícia do memorial – pelo Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias da própria Procuradoria, que defendia a União. O valor não seria o apontado, mas de cento e sessenta e um milhões, trezentos e quarenta e dois mil, oitocentos e vinte e nove. Não de trezentos milhões.

Mas há mais, Presidente. O que houve, então, depois de ter-se...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): O acórdão do TRF da 4ª Região determinou que liberasse a metade, entendendo que essa seria a parte incontroversa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, eu chegarei lá.

O que houve então? Depois dessa via-crúcis, da tramitação da ação ordinária, deu-se o ajuizamento da rescisória e o trânsito em julgado da decisão nela proferida no sentido da improcedência do pedido formulado. Ocorreu, então, o ajuizamento de uma ação civil pública, como se não sofresse a peia da coisa julgada, não ficasse aqui no contexto em que já se teriam esgotado, segundo a Carta da República, os meios para se reverter o título executivo judicial, mediante o ajuizamento da ação rescisória. Mas tem-se que, deferida a liminar na ação civil pública – e Vossa Excelência acabou de ressaltar –, o Tribunal da 4ª Região

foi cauteloso, no que, no caso, não fulminou essa liminar na integralidade, fazendo-o em parte para limitar a liberação a 50% do valor devido.

E há um detalhe, Presidente: o débito foi parcelado por iniciativa da União, satisfazendo ela cinco parcelas das dez anuais.

Indago:

É possível haver excepcionalidade maior a ditar a queima de etapas, suspendendo-se e desautorizando-se, inclusive, os demais órgãos do Judiciário; suspendendo-se a decisão do Tribunal Regional Federal, mediante esse instrumento excepcionalíssimo que é o da suspensão?

Peço vênia para ir um pouco além do voto de Vossa Excelência e simplesmente prover o recurso, restabelecendo, portanto, a eficácia, a concretude do que decidido pelo Tribunal Regional Federal, com as cautelas próprias, considerada a liberação apenas de 50% no agravo de instrumento.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu estou fazendo esse esforço porque, como estamos a perceber, de fato, há essa suspeita fundada – agora reforçada na sentença judicial – de que pode ter havido, sim, excesso no que diz respeito ao laudo pericial.

Por outro lado, é constrangedor – nós percebemos, diante dos dados do processo – que estamos diante de um caso já com o trânsito em julgado, com depósito já verificado e, portanto, sem solução de continuidade.

A Sra. Ministra Cármem Lúcia: O depósito que Vossa Excelência diz é de 2002?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É de 2002.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quatro anos passados, então houve o ajuizamento da segunda rescisória com o rótulo, evidentemente, de ação civil pública.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu estava tentando me abster de entrar na discussão da relativização da coisa julgada. Já que houve um juízo acautelador, do juízo de primeiro grau na ação civil pública, que se propõe a fazer a nova perícia, o que eu estava era autorizando, via precatório, a liberação dos valores devidos aos agravantes, no total não superior ao montante a ser fixado pelo juiz de primeiro grau.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Pois é, mas aí não seria o total.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não. Um valor não superior a cinquenta por cento?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque Vossa Excelência fixou a cinquenta por cento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não, não, ao valor que viesse a decidir.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Vossa Excelência deixa, então, que o juiz decida qual valor?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Que o juiz decida.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Acho que o voto de Vossa Excelência não é incompatível com a proposta do Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não podemos adentrar e julgar o mérito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): O Ministro Marco Aurélio libera.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, ele já garante cinquenta por cento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Ele já garante cinquenta por cento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal teve essa cautela. Liberou apenas cinquenta por cento do valor apurado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Entendendo que aquilo era parte incontroversa. Agora, nessa ação civil pública, chega-se a dizer que, talvez, a quantia caísse até onze vezes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E outra coisa: nesse procedimento – perdoe-me o Presidente –, não podemos adentrar o mérito para tomar uma outra providência senão suspender, ou não, a decisão do Regional Federal. Estamos julgando o tema de fundo como se nos defrontássemos com recurso extraordinário!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque Vossa Excelência procurou um meio-termo. Penso que o instrumental não permite isso. De duas uma: ou se mantém a suspensão ou se afasta. Agora, determinar ao juízo providências para fazer uma nova perícia e verificar se os diâmetros dos pinheiros é este ou aquele?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Isto até o Tribunal aceitou, quer dizer, determinou que houvesse a liberação de cinquenta por cento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Regional Federal foi cauteloso até em excesso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A preocupação de Vossa Excelência então é por causa dessa alegação de que poderia até cair até onze vezes o valor inicialmente fixado, o que causa constrangimento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É. Portanto, o Ministro Peluso está a dizer que podemos ter como teto, de fato, os cinquenta por cento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Acho que seria conveniente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Mas o juiz de primeiro grau é competente, a esta altura, para a causa – não entrando nesse debate

sobre a coisa julgada inconstitucional, porque senão poderíamos dizer até que a própria ação civil pública seria ela toda inadmissível. Mas é um caso com tantas peculiaridades, que eu discutiria isso nos limites aqui da suspensão. Por isso que, na minha proposta, constaria a seguinte redação: "Não superior ao valor fixado pelo Tribunal Regional". Podendo fixar abaixo se ele entender que essa é a parte incontroversa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A premissa de meu voto é que a garantia constitucional – que retrata que nem mesmo a lei pode alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – é linear e, apenas quanto à coisa julgada – ato jurídico aperfeiçoado de maior envergadura – está temperada pela própria Carta da República.

E qual é o tempero que a Lei Maior contempla? A rescisória, simplesmente a rescisória, prevista na competência – e, portanto, pressupõe a coisa julgada, a sentença de mérito transitada em julgado – do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça. Evidentemente, tem-se a rescisória da competência dos demais tribunais.

Agora, diante desse contexto – passados vinte e seis anos do ajuizamento da ação, dezoito anos do trânsito em julgado da imutabilidade do título judicial, quatro anos do trânsito em julgado da decisão proferida na ação rescisória –, admitir-se que mediante nova ação, seja qual for – porque não tem, a meu ver, peso maior do que a própria rescisória –, seja possível rediscutir essa mesma coisa julgada? É um passo muito largo, é reconhecer-se na ação civil pública envergadura que não tem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), satisfez cinco parcelas, acordando após e adentrando o Judiciário com a ação civil pública!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), quatro anos se passaram até a vinda da ação civil pública, notando-se, ainda, a satisfação de parcelas pela União.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), tem-se a conciliação de dois valores muito caros numa democracia: justiça e segurança jurídica. Chega-se a um ponto que prevalece o valor segurança jurídica, e, evidentemente, não se pode mais modificar a decisão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu estava trazendo o meu voto no sentido de dar provimento ao agravo, mas, diante dessa informação, dessa decisão da ação civil pública, eu então estava tentando construir uma solução intermediária, porque o juiz que fez todos os levantamentos, que analisou todas as provas, chega à conclusão de que houve excesso na fixação do valor.

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

Essa situação intermediária já foi implementada pelo Regional Federal no julgamento do agravo de instrumento, no que ele brecou a liberação de cinquenta por cento do débito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Essa questão certamente vai ser objeto de discussão, sem entrarmos no debate, claro, sobre o próprio cabimento da ação civil pública. Então, poderíamos adotar como teto, de fato, a decisão do TRF, podendo o juiz eventualmente ajustar isso que o Ministro Peluso acabou de enunciar. Quer dizer, se verificado, mesmo com laudos periciais, que a parte incontroversa fica abaixo desses cinquenta por cento, que ele fixe e libere.

É realmente uma tentativa de fazer uma concordância prática, uma harmonização explícita. De fato, estou torturado – os senhores percebem – com o caso. De um lado, a discussão sobre os excessos que teriam sido fixados; de outro, essa dupla coisa julgada. Então, estava tentando buscar uma solução, pois estou carente de encaminhamento.

A mim me parece que suspender qualquer liberação é indevido. É isso o que eu estava tentando construir.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Vossa Excelência, então, mantém o voto, com o adendo da sugestão do Ministro Peluso de cinquenta por cento?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Sim, podemos chegar até a dar provimento ao agravo em termos integrais.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É, mas tem o condicionante de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Se o juiz, que hoje, na verdade, está a analisar a questão – poderíamos até dizer, *a priori*, como o Ministro Marco Aurélio diz, que a ação civil pública é totalmente indevida para este fim, para o fim de obter o julgamento de uma segunda ação rescisória.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Responderiam à segunda rescisória.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Uma terceira? Não, uma segunda rescisória.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É, uma segunda rescisória.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Penso que o Regional Federal já foi muito adiante, porque, se lá tivesse assento, proveria o agravo dos credores na integralidade.

O que ele fez? Ante a liminar suspendendo a satisfação das parcelas pela União, e esta chegou a satisfazer cinco das dez parcelas, proveu apenas parcialmente o agravo dos credores – e um dos credores já é o Espólio, daí eu ter me referido a direitos sucessórios decorrentes dos precatórios. O Tribunal, numa medida extrema de cautela, mesmo ante os dois trânsitos em julgado – da decisão proferida na ação ordinária indenizatória e na rescisória –, brecou cinquenta por cento do que deveria ser satisfeito pela União e determinou a liberação dos outros cinquenta por cento.

Podemos, agora, desconhecer esse contexto, relativizar a coisa julgada – que tem envergadura constitucional e só é mitigada pela própria Constituição na

via extrema da rescisória – e admitir que uma ação civil pública faça as vezes de rescisória, não tendo sequer tempo para ajuizamento, não estando sujeita a decadência ou não?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), é um passo muito largo!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), daí preconizar simplesmente o desprovimento. Não digo nem que está de bom tamanho o que decidido pelo Regional Federal, algo extremado no que limitou a liberação a cinquenta por cento do devido e reteve cinquenta por cento. Será que os erros porventura existentes, preclusos, extravasam os cinquenta por cento?

O Sr. Luiz Bettiol (Advogado): Presidente, Luiz Bettiol, sou patrono da agravante e tenho uma informação muito importante, que talvez tranquilize ainda mais o Tribunal.

Na semana passada, o juiz da ação civil pública sentenciou, em uma decisão que acompanha o sentido do acórdão do agravo de instrumento, julgando procedente a ação, mas apenas para dizer que os diâmetros dos pinheiros é que deveriam ser verificados numa...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu fui informado de tudo isso. Agradeço.

O Sr. Luiz Bettiol (Advogado): Isso já está informado. Perdão, Excelência. Com licença.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acompanho Vossa Excelência, que dá provimento parcial ao agravo, com a fixação de um teto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria apenas uma sinalização, Presidente, porquanto estamos numa via muito estreita, a via alusiva ao pedido de suspensão de liminar. É mais uma sinalização para encontrar-se um denominador comum, porque não podemos nos substituir ao Juízo e, como se nos defrontássemos com o próprio conflito de interesses, adentrar o mérito para determinar a feitura de cálculo ou a realização de perícia. Isso, talvez, possamos – e não acredito que cheguemos a tanto – fazer, se vier a subir recurso extraordinário. Vossa Excelência apenas sinaliza a possibilidade?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Sim, claro, até porque estou a aceitar até o teto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Para não haver a paralisação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Realmente, mantida a suspensão, nós ficamos com as mãos queimadas diante da reivindicação das partes, que têm, em seu favor, uma coisa julgada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não seria suficiente o que já determinado pelo Tribunal Regional Federal, agora com a notícia que tivemos da tribuna, de que o próprio Juízo, na ação civil pública, determinou providência para encontrar-se o real diâmetro dos pinheiros?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Mas para chegar ao valor efetivo daquilo que seria devido.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acompanho Vossa Excelência, Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu também acompanho o voto de Vossa Excelência.

Apenas para entender bem: o juiz liberou o pagamento de cinquenta por cento?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): O TRF liberou o pagamento de cinquenta por cento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E, aí, houve uma suspensão liminar desse pagamento. Então, ingressou um agravo regimental, e Vossa Excelência está dando provimento ao agravo para que se restitua a decisão original.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Provimento parcial.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Por que parcial?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Parcial porque, nesse ínterim, houve uma decisão, numa ação civil pública, aceitando, em parte, a tese da coisa julgada inconstitucional.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Para que se faça uma perícia.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Para que se faça uma perícia. Entendendo, portanto, que a relação jurídica era consistente, subsistente, mas que poderia ter havido excesso na fixação, ou que a perícia realizada à época seria imprestável. Como a questão não afeta a coisa julgada na sua integralidade, mas apenas o valor, a minha proposta era que o juiz, dentro do marco estabelecido, portanto, do teto de cinquenta por cento deste valor, pudesse vir a fixar a quantia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Respeito à liquidação da coisa julgada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas com a liberação dos cinquenta por cento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Daquilo que fosse incontroverso. Um pouco isto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quer dizer, restabelece o pronunciamento do Regional Federal com essas providências quanto à liquidação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu acompanho. É uma decisão razoável, respeita a coisa julgada e permite que a Fazenda Pública possa ressarcir-se

daquilo que eventualmente venha ou corra o perigo de ser pago indevidamente, mediante essa perícia.

Estou de acordo.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: A decisão que Vossa Excelência propõe não impede que nenhum pagamento, a partir de agora, se faça se o novo laudo pericial concluir que a parte já paga por antecipação é suficiente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Já é satisfativa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É satisfativa. Então, eu acompanho Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Computando-se, para tal fim, os valores já pagos, porque já houve a liberação.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, mantendo o voto, provendo integralmente o agravo interposto.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Eu peço vênia aos Colegas e a Vossa Excelência para manter a posição original, negando provimento.

DEBATE

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, este tipo de decisão que acabamos de tomar legítima, por parte do Supremo, uma espécie de modulação de conteúdo decisório e creio que se comporta bem no papel do Supremo como guardião da Constituição. É uma modulação do próprio conteúdo da decisão, e não modulação quanto à eficácia temporal da decisão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): E ao mesmo tempo para que não haja essa paralisia na execução dessa sentença, que, como nós estamos a ver, já está coberta por esse duplo trânsito em julgado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A solução proposta por Vossa Excelência comporta a ideia de que a União nada tenha que desembolsar além do que já desembolsou, se a parte já desembolsada foi suficiente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Exatamente. E que poderá evitar inclusive danos adicionais porque está a acumular dívida, se mantido o título judicial.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito.

EXTRATO DA ATA

SL 172-AgR/PR — Relator: Ministro Presidente. Agravante: Espólio de Jeanne Mathilde Esquier Dalcanale (Advogados: Artur Pereira Alves Junior e outro e Luiz Antonio Bettiol). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do Presidente, Ministro Gilmar Mendes (Relator), deu provimento parcial ao recurso de agravo, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que lhe davam provimento integral, e a Ministra Ellen Gracie, que lhe negava provimento. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

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

Brasília, 18 de dezembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO 772 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Ramiro Carlos Rocha Rebouças

Mandado de injunção – Ajuizamento – Ausência de capacidade postulatória – Pressuposto processual subjetivo – Incognoscibilidade da ação injuncional – Agravo regimental não conhecido.

Direito de petição e a questão da capacidade postulatória.

– A posse da capacidade postulatória constitui pressuposto processual subjetivo referente à parte. Sem que esta titularize o *jus postulandi*, torna-se inviável a válida constituição da própria relação processual, o que faz incidir a norma inscrita no art. 267, IV, do CPC, gerando, em consequência, como necessário efeito de ordem jurídica, a extinção do processo, sem resolução de mérito.

– Ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de advogado, a quem compete, nos termos da lei, o exercício do *jus postulandi*. O advogado constitui profissional indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133), tornando-se necessária a sua intervenção na prática de atos que lhe são privativos (Lei 8.906/1994, art. 1º).

– São nulos de pleno direito os atos processuais, que, privativos de advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória. Inaplicabilidade do art. 13 do CPC, quando o recurso já estiver em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

– O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, *a*). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória – ingressar em juízo, para, independentemente de advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros. Precedentes.

Supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais.

– O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes.

– A questão pertinente aos tratados internacionais de direitos humanos: Art. 5º, § 2º (que instituiu *cláusula geral de recepção* das convenções internacionais em matéria de direitos da pessoa humana) e § 3º, da Constituição da República. Hierarquia constitucional das cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos (posição do Relator).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes (RISTF, art. 37, I), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em não conhecer do agravo regimental no mandado de injunção. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, as Ministras Ellen Gracie (Presidente) e Cármen Lúcia, e o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 24 de outubro de 2007 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de recurso de agravo **interposto** contra decisão **que não conheceu** da ação de mandado de injunção **ajuizada** pela parte ora recorrente, **considerada a ausência**, no caso, **da necessária** capacidade postulatória do autor desse "*writ*" constitucional.

O impetrante, **inconformado** com essa decisão, **postula** seja ela reformada, **em ordem a que se dê regular prosseguimento** à presente ação de mandado de injunção (fls. 18/22).

Registro, ainda, que o ora agravante produziu **novas** razões recursais (fls. 26/31 **e** 52/61) **em momento** no qual **já se exaurira** – **considerada a ciência inequívoca** por ele manifestada em 8-10-2007 (fl. 18) – **o próprio prazo legal** para o **oportuno** oferecimento de fundamentos **destinados** a dar suporte ao recurso **anteriormente** manifestado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Não conheço**, preliminarmente, **do presente** "*recurso ao Plenário*", **eis que interposto por quem não dispõe** de capacidade postulatória.

Com efeito, o ora recorrente **incide**, **uma vez mais**, no mesmo erro formal que cometeu **quando da impetração** do presente mandado de injunção, **pois**, como anteriormente assinalado, **o signatário** deste recurso – **precisamente** por não ser Advogado – **não dispõe** de capacidade postulatória, **falecendo-lhe**, por isso mesmo, **a prerrogativa** de pleitear em juízo, **em causa própria** (**CPC**, art. 36).

A posse da capacidade postulatória, como assinalado, **constitui** pressuposto processual subjetivo **referente** à parte. **Sem que esta** titularize o "*jus postulandi*", **torna-se inviável** a válida constituição **da própria** relação processual, **o que faz incidir** a norma inscrita no art. 267, IV, do CPC, **gerando**, em consequência, **como necessário efeito** de ordem jurídica, **a extinção** do processo, **sem** resolução de mérito.

Nem se invoque, como o faz o ora agravante, **o que dispõe**, em seus **arts.** 1º, 2º, 8º, 25 **e** 29, **a Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), **pois**, em tema de capacidade postulatória, **não se pode ignorar** o que estabelece **o art. 133** da Constituição Federal, **que reconhece o Advogado** como profissional **indispensável** à administração da Justiça.

A norma constitucional em questão **torna necessária**, ressalvadas as exceções legais, **a intervenção** do Advogado **na prática** de atos que lhe são privativos (**Lei 8.906/1994**, art. 1º), **o que justifica**, plenamente, **a formulação** do juízo de incognoscibilidade **que se veiculou** na decisão ora agravada.

Cabe registrar, neste ponto, **uma advertência**, consistente no reconhecimento **da irrecusável** supremacia da Constituição da República sobre **todos** os tratados internacionais **celebrados** pelo Estado brasileiro.

Sabemos que o exercício do "***treaty-making power***", pelo Estado brasileiro – **não obstante o polêmico** art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (**ainda em curso** de tramitação perante o Congresso Nacional) –, **está sujeito** à observância das limitações jurídicas **emergentes** do texto constitucional.

A Constituição **qualifica-se** como o estatuto fundamental da República. **Nessa condição**, todas as leis **e tratados** celebrados pelo Brasil **estão subordinados** à autoridade normativa desse instrumento básico. **Nenhum** valor jurídico terá o tratado internacional, que, **incorporado** ao sistema de direito positivo interno, **transgredir**, formal **ou** materialmente, **o texto** da Carta Política.

É que o sistema jurídico brasileiro **não confere** qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional. **É essencial reconhecer**, portanto, **que a inconstitucionalidade** de tratados internacionais **impedirá** a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira, **ao contrário** do que prevalece, **p. ex.**, no sistema normativo vigente em Portugal, cuja Constituição (1976) – com as alterações introduzidas pela Segunda Revisão Constitucional (1989) – **excepcionalmente admite** a incidência de normas **formalmente** inconstitucionais constantes de tratados internacionais (**art. 277**, **n. 2**): "*A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental*".

Impõe-se enfatizar, **neste ponto**, que o modelo consagrado pela Constituição de Portugal **revela-se semelhante**, ainda que com algumas variações, **ao que prescrevem** importantes textos constitucionais **vigentes** no plano do direito comparado.

Assim, a Constituição do Reino dos Países Baixos, promulgada em 1982, **permite**, expressamente, que **qualquer** cláusula de tratado internacional **que se revele incompatível** com a Carta Política do Estado holandês **seja**, não obstante o vício de inconstitucionalidade, **suscetível de incorporação** ao direito interno daquele País, **desde** que o tratado venha a ser aprovado pelo voto de dois terços dos membros integrantes das Câmaras que compõem os Estados-Gerais (**art. 91**, **n. 3**).

O mesmo ocorre com a **recente** Constituição do Peru (1993), **que admite** a incorporação de **tratados inconstitucionais**, **desde** que esse ato de direito internacional público seja "*aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição (...)*" (**art. 57**).

A Constituição argentina de 1853, por sua vez, **com as inovações** introduzidas pela reforma de 1994, **atribuiu** hierarquia constitucional **a determinados** tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (**art. 75**, **n. 22**).

Vê-se, portanto, **que já se esboça**, no plano do direito constitucional comparado, **uma significativa tendência contemporânea** que busca conferir **verdadeira** equiparação normativa aos tratados internacionais **em face** das próprias Constituições políticas dos Estados.

Na realidade, essa tendência **culminou por influenciar** o Congresso Nacional brasileiro, que, **em 2004**, **promulgou a Emenda Constitucional nº 45**, que introduziu, em nosso sistema de direito positivo, **a cláusula de equivalência** dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos **com** as emendas constitucionais, **desde que observado**, em seu processo de aprovação, o rito procedimental de elaboração **concernente** à reforma da Constituição (**CF**, art. 5º, § 3º).

Desse modo, **a relação de eventual antinomia** entre o tratado internacional **e** a Constituição da República **impõe que se atribua**, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, **irrestrita** precedência hierárquica à ordem normativa **consubstanciada** no texto constitucional, **ressalvada** a hipótese excepcional **prevista no § 3º** do art. 5º da própria Lei Fundamental **e aquela** que resulta **do § 2º** desse mesmo art. 5º de nossa Constituição, **que traduz** verdadeira cláusula geral de recepção das convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

Essa orientação **tem prevalecido** na prática jurisprudencial **desta** Suprema Corte (**RTJ 84/724**, Rel. Min. DJACI FALCÃO – **RTJ 121/270-276**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA), **como se observa** da decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> ***SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA***.
>
> *– No sistema jurídico brasileiro,* ***os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República****. Em consequência,* ***nenhum valor jurídico*** *terão os tratados internacionais, que,* ***incorporados*** *ao sistema de direito positivo interno,* ***transgredirem****, formal* ***ou*** *materialmente,* ***o texto*** *da Carta Política.*
>
> ***O exercício do "treaty-making power"****, pelo Estado brasileiro –* ***não obstante o polêmico*** *art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (****ainda***

*em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, **está sujeito à necessária observância** das limitações jurídicas **impostas** pelo texto constitucional (...).*
(**RTJ 179/493-496**, **495**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

O eminente Professor CELSO LAFER, **quando** Ministro das Relações Exteriores, **ao propor** à Presidência da República **o encaminhamento**, ao Congresso Nacional, **do texto** da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, **entendeu conveniente enfatizar**, em sua Exposição de Motivos, com inteira correção **e** absoluto rigor acadêmico, **a necessária subordinação hierárquica** dos atos internacionais à ordem normativa **fundada** na Constituição da República:

***Infelizmente**, o Brasil **até hoje** não ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em cuja elaboração participaram brilhantes especialistas nacionais. Dúvidas, a meu ver infundadas, surgidas no seio do próprio Executivo, acerca da compatibilidade de algumas cláusulas sobre entrada em vigor de tratados e a prática constitucional brasileira em matéria de atos internacionais (...) retardaram sua submissão ao referendo do Congresso Nacional. Esse impedimento é tanto mais injustificado quando se considera a possibilidade de fazer-se, no momento da ratificação, alguma reserva ou declaração interpretativa, se assim for o desejo do Poder Legislativo. **Seja como for**, **a eventual aprovação integral da Convenção**, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, **nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais**, **já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição**.*
(**Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 19-5-1992, p. 9241 – **Grifei**.)

Daí a advertência – que cumpre **não** ignorar – de PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**", tomo IV/146, item n. 35, 2. ed., 1974, RT), **no sentido** de que, "***Também ao tratado**, como a qualquer lei, **se exige ser constitucional***" (**grifei**).

O fato irrecusável, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro, **reside** na circunstância de que **todos** os tratados e convenções celebrados pelo Brasil **devem conformar-se**, necessariamente, ao domínio normativo da Constituição da República, **sob pena de invalidade e de ineficácia** das cláusulas convencionais, **ressalvadas** – insista-se – **as hipóteses excepcionais** previstas **no § 2º** (**que instituiu** cláusula geral de recepção **em matéria** de direitos humanos) **e no § 3º**, **ambos** do art. 5º da própria Constituição Federal, pois, em tais casos, as normas existentes nos tratados internacionais de direitos humanos terão, elas próprias, hierarquia constitucional.

Cabe acentuar, de outro lado, **que a previsão constitucional** do direito de petição **não basta**, só por si, **para conferir** capacidade postulatória a qualquer pessoa.

Vale relembrar, neste ponto, **o entendimento jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** a propósito da extensão **e** abrangência **do direito de petição**, tal como **previsto** no art. 5º, XXXIV, "**a**", da Carta Política:

***Ninguém**, ordinariamente, **pode postular** em juízo **sem** a assistência de Advogado, **a quem compete**, nos termos da lei, o exercício do "**jus postulandi**".*

A exigência de capacidade postulatória constitui indeclinável pressuposto processual de natureza subjetiva, ***essencial*** *à válida formação da relação jurídico-processual.*

São nulos *de pleno direito os atos processuais, que,* ***privativos*** *de Advogado, venham a ser praticados* ***por quem não dispõe*** *de capacidade postulatória.*

(**RTJ 176/99**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o sentido **e** o alcance **do direito de petição conferido** à generalidade das pessoas pela Constituição da República, **já deixou assentado**, no entanto, que essa prerrogativa **não importa em outorga**, ao cidadão, **de capacidade postulatória**:

O direito de petição não implica*, por si só,* ***a garantia de estar em Juízo****,* ***litigando em nome próprio ou como representante de terceiro****, se, para isso, não estiver devidamente habilitado, na forma da lei (...).* ***Distintos o direito de petição e o direito de postular em Juízo. Não é possível****, com base no direito de petição,* ***garantir a bacharel em Direito****,* ***não inscrito*** *na OAB,* ***postular*** *em Juízo,* ***sem*** *qualquer restrição.*

(**RTJ 146/44**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **Grifei**.)

1. ***Não sendo advogado o peticionário****,* ***não tem capacidade postulatória****.*

2. ***O exercício do direito de petição****, junto aos Poderes Públicos,* ***de que trata*** *o art. 5º, inciso XXXIV, "****a****", da Constituição,* ***não se confunde*** *com o de obter decisão judicial,* ***a respeito*** *de qualquer pretensão,* ***pois****, para esse fim,* ***é imprescindível a representação do peticionário por advogado*** *(art. 133 da Constituição* ***e*** *art. 36 do Código de Processo Civil).*

(**RTJ 153/497-498**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **Grifei**.)

Mandado de segurança. Representação em juízo*. A parte será representada em juízo* ***por advogado*** *legalmente habilitado.* ***Código de Processo Civil****, art. 36.* ***Ser-lhe-á lícito****, entretanto,* ***postular*** *em causa própria,* ***quando tiver*** *habilitação legal (...).*

Não é invocável o art. 5º, XXXIV, letra "a", da Constituição*,* ***quanto ao direito de petição****,* ***quando se cuida de postulação****,* ***de natureza jurisdicional*** *(...).*

Sem deter *a condição de advogado,* ***regularmente*** *inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil,* ***não é possível*** *requerer mandado de segurança, em nome próprio* ***ou*** *de terceiros. Mandado de segurança* ***a que se nega seguimento****. Agravo regimental não conhecido.*

(**MS 21.651-AgR/BA**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **Grifei**.)

– ***O direito de petição*** qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à ***generalidade*** das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, "***a***"). ***Traduz*** direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. ***O direito de petição***, contudo, ***não assegura***, por si só, ***a possibilidade*** de o interessado – ***que não dispõe*** de capacidade postulatória – ***ingressar em juízo***, para, ***independentemente*** de Advogado, ***litigar*** em nome próprio ***ou*** como representante de terceiros. ***Precedentes***.

(**RTJ 176/100**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Ninguém pode postular em juízo sem a assistência de Advogado. A este compete, **ordinariamente**, nos termos da lei, **o exercício** do "*jus postulandi*". **Impõe-se ter presente**, na análise desta matéria, **a advertência** de VICENTE

GRECO FILHO ("**Direito Processual Civil Brasileiro**", vol. 1º/112-113, item n. 19, 6. ed., 1989, Saraiva):

> ***Além da capacidade*** *de ser parte* ***e*** *da capacidade de estar em juízo,* ***alguém****, para propor ação* ***ou*** *contestar,* ***precisa estar representado*** *em juízo* ***por advogado*** *legalmente habilitado (...).*
>
> (...)
>
> ***É lícito*** *à parte postular* ***em causa própria****, isto é, ela mesma subscrevendo as petições (...) desacompanhada de advogado,* ***quando ela própria for advogado*** *(...)* (**Grifei**.)

Atos processuais privativos de Advogado – tais como os de elaborar **e** de subscrever petições iniciais **e**, como na espécie, **o de interpor recurso** –, **quando praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória**, são nulos de pleno direito, **consoante** previa o **antigo** Estatuto da OAB (art. 76) **e**, **hoje**, dispõe o art. 4º, "*caput*", da Lei 8.906/1994. **Essa tem sido**, no tema, **a orientação** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 117/1018).

A inobservância desse requisito **gera**, em face do que prescreve o art. 267, IV, do Código de Processo Civil, **a própria extinção** do processo, **sem** resolução de mérito.

Impõe-se ressaltar, de outro lado, **a absoluta inaplicabilidade** da regra inscrita no art. 13 do Código de Processo Civil aos procedimentos recursais **em curso no Supremo Tribunal Federal**, tal como acentuado pela jurisprudência desta Suprema Corte (**RTJ 132/450**, Rel. Min. PAULO BROSSARD – **RTJ 171/644-645**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **não conheço**, por absoluta **ausência** de capacidade postulatória da parte ora recorrente, **do presente** "*recurso ao Plenário*" (fls. 18/22).

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

MI 772-AgR/RJ — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Ramiro Carlos Rocha Rebouças.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, não conheceu do agravo regimental no mandado de injunção. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, as Ministras Ellen Gracie (Presidente) e Cármen Lúcia e o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente).

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

Brasília, 24 de outubro de 2007 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA 2.236 — SC

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Embargantes: Bruno Pereira Malburg e outros — Embargada: União

Embargos de declaração. Decisão monocrática, conversão em agravo regimental. Ação rescisória. Juntada de cópia autenticada de procuração da ação originária. Inadmissibilidade. Ações autônomas. Necessidade de procuração com poderes específicos.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido do não cabimento de embargos de declaração em face de decisão tomada monocraticamente (Pet 1.245/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 22-5-1998).

2. A ação rescisória, por se tratar de demanda de caráter excepcional (uma vez que tem por escopo a desconstituição de decisão já acobertada pelo manto da coisa julgada), há de ser postulada por representante processual devidamente amparado por mandato judicial que lhe confira poderes específicos para tanto.

3. Em se tratando de ação autônoma, o mandato originário não se estende à proposição de ação rescisória. Os efeitos das procurações outorgadas se exaurem com o encerramento definitivo daquele processo.

4. Exigência que não constitui formalismo extremo, mas cautela que, além de condizente com a natureza especial e autônoma da ação rescisória, visa resguardar os interesses dos próprios autores.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em receber os embargos de declaração como recurso de agravo e a esse negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de junho de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Cuida-se de embargos de declaração opostos por *Bruno Ferreira Malburg* e *outros* contra a decisão de fl. 87, a qual determinou a regularização da representação processual dos autores, de seguinte teor:

Vistos.

Observo que não foram juntados aos autos instrumentos de mandato específicos. Cópias das procurações que embasaram a representação judicial dos autores no processo originário (fls. 19, 21, 23, 25, 27, 30, 33, 35, 37 e 39) não são suficientes para atender aos arts. 37 e 38 do Código de Processo Civil em relação à ação rescisória, em especial em razão do tempo decorrido entre a outorga dos mandatos originários e o ajuizamento do pedido rescisório (AR 2.100-AgR/SC, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 9-10-2009).

Ademais, verifico a ausência de documentos indispensáveis para a compreensão da demanda, quais sejam: cópias da decisão final proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 896.705/SC e da correspondente certidão de trânsito em julgado.

Ante o exposto, providenciem os autores a regularização de suas representações processuais, juntando aos autos os instrumentos de mandato com poderes específicos para promover ação rescisória perante esta Corte, bem como o traslado das cópias acima referidas, no prazo de **quinze dias**, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

Os embargantes deduzem em suas razões:

Ao outorgar o mandato aos subscritores da exordial, os Autores conferiram poderes para o foro, objetivando a indenização pela mora na implementação de reajuste de vencimentos, em detrimento de toda a gama de servidores civis, sendo que, apesar de haver poderes especiais para a propositura de ação ordinária, não existe óbice ao ajuizamento de ação rescisória, onde o que se pretende é o justamente o reconhecimento do mesmo direito, que se dará induvidosamente, por ocasião do *iudicium rescissorium*.

Assim, o juízo não pode se ater a formalismos extremos a ponto de causar evidente prejuízo ao cidadão que procura o Poder Judiciário para ver reconhecido um direito que, *in casu*, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu em prol do servidor, **mormente quando a procuração que o mesmo outorga aos mandatários não tem prazo determinado de vigência.**

(...)

Ora, não há previsão legal de haver cessação do mandato, sua interrupção ou revogação, pelo fato de já terem os mandatários exercido o mesmo mandato em outro feito.

Assim, se os Autores conferiram mandato para o foro em geral, o fato de que esse mandato foi reproduzido por cópia retirada dos autos originais autenticada em cartório não retira a validade do instrumento que foi outorgado exatamente com vistas ao exercício de atos que visavam defender os mesmos interesses dos outorgantes.

De mais a mais, não pode o juízo diminuir o valor de uma cópia de procuração com autenticação, exigindo aquilo que a lei não exige para o desenvolvimento válido e regular de um processo.

(Fl. 102.)

Requerem, ao final, a procedência dos embargos, ou o seu recebimento como agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido do não cabimento de embargos de declaração em face de decisão tomada monocraticamente (Pet 1.245/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 22-5-1998). Diante disso, acolho os presentes embargos como agravo regimental.

Insurgem-se os recorrentes contra despacho em que se determinou a regularização da representação processual dos autores, pela juntada aos autos de instrumentos de mandato com poderes específicos para promover ação rescisória, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Argumentam que a fotocópia autenticada da procuração outorgada para o processo de conhecimento, com a cláusula *ad judicia*, tem força bastante como instrumento do mandato para a ação rescisória.

Não assiste razão aos agravantes.

O mandato é uma espécie de contrato civil no qual o mandante confere poderes ao mandatário para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses, nos termos do art. 653 do Código Civil.

Na seara processual, o mandato judicial, instrumentalizado na procuração, é exercido pelo advogado nos exatos limites dos poderes conferidos pelo outorgante, conforme dispõe o art. 38 do Código de Processo Civil:

> Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

A partir da dicção legal, podem-se extrair duas ordens de poderes passíveis de serem conferidos ao representante processual: o de caráter geral, que o habilita à prática dos atos necessários à defesa ou ao resguardo do direito da parte, e os especiais, que por recaírem sobre a relação jurídica material ou por serem afetos a direito de índole processual considerados de alta relevância, foram ali expressamente ressalvados.

A questão posta, portanto, é saber se a cláusula geral, consubstanciada na expressão *ad judicia*, comporta, em sua extensão, a autorização para o ajuizamento do pedido rescisório, ou se este se enquadra no rol de atos que demandam a delegação de poderes especiais.

Pontes de Miranda teceu algumas considerações sobre o tema, afirmando que "a procuração para o foro geral dá poderes para interpor quaisquer recursos, inclusive o recurso extraordinário, não para propor ação rescisória da sentença no processo que o advogado funcionou" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, Tomo I, p. 436).

Nesse sentido, José Frederico Marques também leciona:

> Os poderes processuais conferidos ao procurador não abrangem apenas a ação para a qual tais poderes lhe foram outorgados. Eles atingem ainda a reconvenção, as medidas cautelares, o processo de execução, a intervenção de terceiros e procedimentos incidentais. Além disso, neles estão insertos poderes para recorrer, inclusive para interpor recurso extraordinário ou recurso especial. Não, porém, para propor ação rescisória de sentença proferida no processo em que o procurador funcionou. (*Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, v. II, p. 191.)

Portanto, a ação rescisória, por se tratar de demanda de caráter excepcional (uma vez que tem por escopo a desconstituição de decisão já acobertada pelo manto da coisa julgada), há de ser postulada por representante processual devidamente amparado por mandato judicial que lhe confira poderes específicos para tanto.

No caso, foram juntadas aos autos cópias autenticadas das procurações outorgadas pelos ora agravantes, constantes do feito original, conferindo aos seus advogados poderes gerais de representação, consolidados na cláusula *ad judicia*, bem assim outros de caráter especial, estabelecidos no art. 38 do Código de Processo Civil. Denoto a ausência de concessão de poderes específicos para a propositura de demanda rescisória, causa geratriz da irregularidade na representação processual.

Em se tratando de ação autônoma, como o é a ação rescisória, o mandato originário não se estende à sua proposição, pois os efeitos das procurações outorgadas se exaurem com o encerramento definitivo daquele processo. Assim, nessa nova etapa, o mandato precisa ser renovado de forma expressa, mesmo porque o interesse dos autores na rescisória não se concebe por via oblíqua.

Não se trata de formalismo extremo, como afirmam os recorrentes, mas de cautela que, além de pertinente com a natureza especial e autônoma da ação rescisória, visa resguardar os interesses dos próprios autores. Isso porque as procurações dos processos originários, normalmente, foram outorgadas há anos (no presente caso há quase sete anos), de modo que já que não se sabe, com certeza, se todos os autores se encontram vivos e nem se, de fato, há interesse em ajuizá-la. Não se pode olvidar que a ação rescisória comina aos autores multa de 5% sobre o valor da causa em caso de sua inadmissibilidade ou improcedência por unanimidade de votos (art. 488, II, do CPC).

De outra sorte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça carreada na petição não guarda consonância com feitos desta natureza. Na verdade, a jurisprudência deste Colendo Tribunal fixou o entendimento de que a existência de cláusula *ad judicia* presente no instrumento de mandato para o processo principal não é suficiente para o ajuizamento da ação rescisória, que exige mandato com poderes especiais. Ressalte-se, por oportuno, arestos ali colhidos:

> *Processual civil. Ação Rescisória. Juntada de cópia de procuração da Ação Ordinária. Inadmissibilidade. Ações autônomas.*

1. **Predomina no STJ o entendimento de que a procuração, com poderes gerais outorgada ao advogado na Ação Ordinária, não autoriza a propositura de Ação Rescisória de sentença proferida no processo em que o procurador atuou, tendo em vista a autonomia das ações**.

2. Agravo Regimental não provido.

(AR 2.947-AgRg/BA, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJE* de 5-3-2009.)

Ação rescisória. Preliminar. Procurações desatualizadas. Juntada de cópia de procuração da ação ordinária. Irregularidade. Conversão em diligência para juntada de novos instrumentos de mandato.

I – **Os precedentes mais recentes desta e. Corte não admitem a simples juntada de cópias dos instrumentos de mandato conferidos ao causídico na ação anterior para a representação processual dos autores na rescisória**.

II – Não obstante os instrumentos de mandato da ação principal confiram poderes ao causídico para também propor rescisória, é imprescindível novo mandato para esta, tendo em vista ter transcorrido mais de uma década entre a data da outorga das procurações e o ajuizamento desta ação rescisória.

Preliminar acolhida para determinar aos autores a juntada de procurações atualizadas.

(AR 3.285/SC, Terceira Seção, Rel. p/ o ac. **Félix Fischer**, *DJ* de 5-3-2008.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. Por conseguinte, defiro prazo de **quinze dias** para que os autores cumpram, impreterivelmente, a decisão de fl. 87, em sua integralidade, sob pena de extinção do feito.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, fico vencido na conversão e peço também para ficar vencido no mérito.

O Código de Processo Civil tem preceito exauriente quanto às situações concretas em que se exige a outorga de poderes especiais para atuação do procurador e não revela a necessidade para propor rescisória. O instrumento de mandato para o foro em geral habilita o profissional da advocacia a atuar, e atuar respondendo, frente ao outorgante, pelos atos praticados. Por isso, peço vênia ao Relator para divergir e prover os agravos.

Presidente, repito: qual é a matéria? Porque não há jurisprudência no Tribunal em sentido diverso. O que ocorre é que ainda se vive sob o princípio da legalidade: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E o Código de Processo Civil, perdoe-me Vossa Excelência por insistir, mostra-se explícito quanto às situações jurídicas que exigem a outorga de poderes específicos.

Leio o preceito apenas para minha própria reflexão:

Art. 38. A procuração geral para o foro [é o caso, foi juntada], conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a

praticar todos os atos do processo, salvo [vêm as exceções que só podem ser interpretadas de forma estrita] para receber citação inicial [não é o caso, porque há apenas a propositura de rescisória] confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

Como é que para a propositura de uma ação, simples propositura de uma ação, vamos exigir a outorga de poderes especiais quando essa exigência não está contemplada em lei?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Ele está usando, Ministro **Marco Aurélio**, da procuração do processo original, que já foi encerrado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, ele não recebeu poderes limitados. A procuração foi formalizada para o foro geral e sem prazo de vigência. Indaga-se: é dado colocar em segundo plano esse credenciamento?

Perdoe-me insistir, mas já estou até acreditando que devo retornar aos bancos da Faculdade Nacional de Direito!

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, eu quero registrar aqui o que foi dito pelo Ministro **Marco Aurélio**: a ausência de precedentes do Plenário. Eu quero citar aqui, para registro, a AR 2.100-AgR. Essa ação é de Santa Catarina, Rel. Min. **Eros Grau**, *Diário da Justiça* de 9-10-2009. Nela se enfrentou exatamente a questão do Código de Processo Civil, arts. 37 e 38, em relação à ação ser rescisória, em especial em relação ao tempo decorrido entre a outorga dos mandatos ordinários e o ajuizamento do pedido de rescisória: é necessário um novo instrumento de mandato.

Só registrando, aqui, o precedente de Plenário, Senhor Presidente, em razão do que foi dito.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Farei uma observação, Senhor Presidente, até inspirado nas judiciosas reflexões do Ministro Marco Aurélio.

Eu estou acompanhando o eminente Relator pelo fato de entender que ação rescisória constitui uma nova ação. E, normalmente, quem ingressa em juízo outorga uma procuração para uma ação específica.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não foi o caso, Ministro. A procuração é para atuar no foro em geral. Habilita o advogado a propor qualquer ação. Se houvesse um instrumento específico para propor apenas certa ação, não teria a menor dúvida em acompanhar o Relator. Ocorre que o credenciamento mostrou-se amplo. Vamos, agora, colocar em segundo plano, aditar o próprio art. 38 do Código de Processo Civil, para exigir a outorga de poderes especiais? O que é isso? O que é isso, pergunto eu?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É muito comum, por exemplo na revisão criminal, o réu não ter interesse em ingressar com uma ação criminal, e o mesmo ocorre na ação rescisória.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, é problema ligado à relação jurídica entre o advogado e o constituinte. Enquanto este tiver o instrumento de mandato – a procuração – habilitando-o para o foro em geral, atua em nome do constituinte, respondendo no campo da responsabilidade civil. Agora, o que não se pode é aditar o Código de Processo Civil – não somos legisladores – e entender que, para a propositura de ação rescisória, a outorga de poderes para o foro em geral não é suficiente, exigindo-se a previsão específica.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, entendo que a procuração é para cada categoria; cada ação instaura um processo diferente. Isso é mais seguro para a parte, é mais seguro para o advogado.

Eu vou acompanhar o Ministro Toffoli, até porque a parte pode se conformar com a condenação, com a sucumbência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É uma situação já cristalizada, que não há interesse...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Simplesmente, Vossa Excelência diz que o advogado, mesmo exibindo a procuração, não é o representante processual de quem propôs a rescisória, Ministro. O que é isso?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Penso que devemos deslocar um pouco, com o devido respeito, o enfoque da questão, do Código de Processo Civil para o Código Civil, que regula o mandato em geral, não os poderes específicos da cláusula *ad iudicia*. E uma das hipóteses do Código Civil, de extinção do mandato, é exatamente término do prazo ou conclusão do objeto originário do mandato.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Ministro, o mandato não se mostrou limitado!

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Noutras palavras, precisava de uma prova eventual.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O mandato não se mostrou limitado. O mandato encerra a outorga de poderes para atuar no foro em geral.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Esse é o campo dos poderes, Ministro. O problema não é esse. Estamos examinando se é causa ou não de extinção do mandato. Não é da amplidão dos poderes. Os poderes são amplos, isso não há dúvida. Mas todos eles são outorgados para um fim específico. Atingido esse fim específico, o mandato se extingue.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sobretudo quando não limitados no tempo. São limitados pelo objeto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se o Relator, com a profissão de fé que tem, me asseverar que o instrumento de mandato juntado ao processo foi outorgado apenas para a propositura de uma ação diversa, acompanho Sua Excelência. Mas, se se trata de procuração para atuar no foro em geral, não posso negar ao profissional da advocacia essa mesma atuação, pouco importando a natureza da ação, Presidente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se o instrumento contém período certo de vigência e este tenha se esgotado, acompanho Sua Excelência. Mas, se não se esgotou, se os poderes foram outorgados por prazo indeterminado, o advogado continua habilitado a representar o constituinte.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É seguro para a parte.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E mais: não há prejuízo nenhum à parte, porque o Relator está concedendo prazo à parte. Se entender de ratificar os poderes, outorga outra procuração. Não há problema nenhum.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu acho que não podemos, com o devido respeito, correr o risco de permitir uso de mandato do qual a parte já nem se recorda. Normalmente, quando se assina uma procuração geralmente impressa, a parte não sabe que aquilo eventualmente pode ser usada em múltiplas ações... Tem limitação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É presumir-se o excepcional, ou seja, que o advogado tenha recebido orientação própria para atuar apenas em um processo e, agora, venha a juízo inobservando essa mesma orientação.

EXTRATO DA ATA

AR 2.236-ED/SC — Relator: Ministro Dias Toffoli. Embargantes: Bruno Pereira Malburg e outros (Advogado: Antônio Celso Melegari). Embargada: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, recebeu os embargos de declaração como recurso de agravo e a este negou provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, licenciados, o Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 23 de junho de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 2.659 — MS

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Estado de Mato Grosso do Sul — Requerida: União

Ação cautelar preparatória – Medida liminar – Impedimento à realização de contratação de operações de crédito destinadas ao Programa Emergencial de Financiamento 2 (PEF2), ao profisco e ao Programa de Transportes e de Desenvolvimento Sustentável do Estado de Mato Grosso do Sul (PDE/MS) – Restrições, que, emanadas da União, incidem sobre o Estado de Mato Grosso do Sul, por alegado descumprimento, por parte de seu Poder Judiciário, do limite setorial que a Lei de Responsabilidade fiscal impõe a tal órgão público (LC 101/2000, art. 20, II, *b*) – Conflito de interesses entre a União e o Estado de Mato Grosso do Sul – Litígio que se submete à esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal – Harmonia e equilíbrio nas relações institucionais entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a União Federal – O papel do Supremo Tribunal Federal como tribunal da Federação – Pretensão cautelar fundada nas alegações de ofensa ao princípio da intranscendência das medidas restritivas de direitos – Pretendida extensão da liminar a qualquer situação similar futura – Impossibilidade – Medida cautelar deferida, em parte – Decisão do Relator referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Conflitos federativos e o papel do Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação.

– A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, *f*), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.

Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira.

A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, *f*, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes.

O alto significado da Lei de Responsabilidade Fiscal e a questão de sua aplicabilidade ao Estado de Mato Grosso do Sul: limite global e limite setorial em tema de despesa com pessoal (Poder Judiciário).

– O Poder Executivo estadual não pode sofrer sanções nem expor-se a restrições emanadas da União Federal, em matéria de realização de operações de crédito, sob a alegação de que o Poder Judiciário, a Assembleia Legislativa, o Tribunal de Contas e o Ministério Público locais teriam descumprido o limite individual a eles imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 20, II, *a*, *b* e *d*), pois o governo do Estado não tem competência para intervir na esfera orgânica de referidas instituições, que dispõem de plena autonomia institucional a elas outorgada por efeito de expressa determinação constitucional. Precedentes.

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 referendar a liminar concedida, nos termos do voto do Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Dias Toffoli, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Brasília, 12 de agosto de 2010 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Em sede** de "*ação cautelar preparatória com pedido de liminar*" – **e tendo em vista a cumulativa satisfação** dos pressupostos referentes à **plausibilidade jurídica e** ao "*periculum in mora*" –, **proferi** decisão **que possui** o seguinte teor (**fls. 788/795**):

> ***Trata-se*** *de "ação cautelar preparatória", com pedido de medida liminar,* ***ajuizada*** *pelo Estado de Mato Grosso do Sul* ***contra*** *a União Federal,* ***que tem por objetivo determinar à ré que se abstenha*** *"(...)* ***de impedir a realização*** *de contratação de operação de crédito* ***por parte*** *do Estado de Mato Grosso do Sul* ***junto*** *ao BNDES, ao BID* ***e*** *ao BIRD,* ***bem como abstenha-se de impor*** *ao Estado qualquer das vedações previstas no § 3º, do art. 23, da LRF,* ***sob o argumento*** *de extrapolação dos limites legais fixados na LRF para despesas de pessoal* ***por parte do Poder Judiciário*** *(TJ-MS) do Estado de MS, assim como para que a determinação anterior seja estendida a qualquer situação futura envolvendo o Estado Autor quando o impedimento imposto pela União decorrer do mesmo motivo (****extrapolação de despesas*** *de pessoal por outro Poder)" (fl. 19 –* ***Grifei****).*
>
> *O autor* ***sustenta****, em síntese,* ***para justificar*** *sua pretensão cautelar,* ***o que se segue*** *(fls. 4/7):*

*"**Para alavancar** seu processo de estruturação e desenvolvimento, o Estado de Mato Grosso do Sul, aproveitando-se de linhas de créditos abertas no curso da Grande Crise Financeira Mundial de 2009, decidiu contrair empréstimo junto ao BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), ao BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) e BIRD (Banco Mundial).*

(...)

***No caso concreto**, o Estado Autor editou as Leis Estaduais nºs 3.851/2010, 3.762/2009 e 3.392/2007 que lhe autorizou a contratar os empréstimos (BNDES, BIRD e BID, respectivamente) e, ao final, enviou à Secretaria do Tesouro Nacional pedido no sentido de que lhe fosse concedida autorização para as contratações.*

***No entanto**, esses procedimentos de captação de empréstimos estão sendo paralisados na Coordenação-Geral de Operações de Créditos de Estados e Municípios (COPEM/STN) da Secretaria do Tesouro Nacional, onde a União Federal analisa o preenchimento de diversos pré-requisitos pelo Estado, principalmente os relacionados aos limites com as despesas de pessoal.*

***Conforme faz prova** o OFÍCIO Nº 292/2010/COFEM/SUBSEC4/STN/MF-DF acostado à inicial ("Doc. anexo"), a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) informou o Estado Autor, através do seu Secretário de Fazenda, de que o seu pedido de autorização para contratação da operação com o BNDES está tendo seu deferimento obstado pelo fato de o Tribunal de Justiça local estar ultrapassado setorialmente o limite de gastos com pessoal em descumprimento à Lei de Responsabilidade Fiscal, salientado que limite para o mencionado Poder Judiciário é 6% da receita corrente líquida e ele tem atuais 6,08%."*

*(**Grifei.**)*

***Reconheço**, preliminarmente, **considerada** **a norma inscrita** no art. 102, I, "**f**", da Constituição da República, **que a presente** ação cautelar preparatória **inclui-se** **na** **esfera** de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **pois** **a causa** **principal**, a ser eventualmente ajuizada, **pertence** ao âmbito das atribuições jurisdicionais originárias **desta** Suprema Corte, **o** **que** **faz** **incidir**, na espécie, **a regra** consubstanciada no art. 800, "caput", do CPC.*

***Cabe** **assinalar** que o Supremo Tribunal Federal, **ao** **interpretar** a norma de competência inscrita no art. 102, I, "**f**", da Carta Política, **tem** **proclamado** que "o dispositivo constitucional invocado **visa a resguardar** o equilíbrio federativo" (**RTJ** **81/330-331**, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE – **Grifei**), **advertindo**, por isso mesmo, **que** **não** **é** qualquer causa **que** **legitima** a invocação do preceito constitucional referido, **mas**, **exclusivamente**, **aquelas** **controvérsias** **de** **que** **possam** **derivar** situações **caracterizadoras** de conflito federativo (**RTJ** 81/675 – **RTJ** 95/485 – **RTJ** 132/109 – **RTJ** 132/120, **v.g.**).*

***Esse** **entendimento** **jurisprudencial** evidencia que a aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, "**f**", da Carta Política **restringe-se** **àqueles litígios** – como o de que ora se cuida – cuja potencialidade ofensiva **revela-se apta a vulnerar** os valores **que** **informam** o princípio fundamental **que** **rege**, em nosso ordenamento jurídico, **o** **pacto** **da** **Federação**, em ordem a viabilizar **a** **incidência** da norma constitucional **que** **atribui**, a esta Suprema Corte, **o** **papel** **eminente** de Tribunal da Federação (**AC** **1.700-MC/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **AC** **2.156-REF-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ACO** **597-AgR/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ACO** **925-REF-MC/RN**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).*

***Vale referir**, neste ponto, julgamento do Supremo Tribunal Federal, em que esse aspecto da questão **foi bem realçado pelo Plenário** desta Suprema Corte:*

*"**CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO**.*

*– A Constituição da República **confere**, ao Supremo Tribunal Federal, **a posição eminente de Tribunal da Federação** (**CF**, art. 102, I, "**f**"), **atribuindo**, a **esta** Corte, em tal condição institucional, **o poder de dirimir** as controvérsias, que, **ao irromperem** no seio do Estado Federal, culminam, **perigosamente**, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.*

*Essa **magna** função jurídico-institucional da Suprema Corte **impõe-lhe o gravíssimo dever** de velar **pela intangibilidade** do vínculo federativo **e** de zelar **pelo equilíbrio harmonioso** das relações políticas entre as pessoas estatais **que integram** a Federação brasileira.*

***A aplicabilidade** da norma **inscrita** no art. 102, I, "**f**", da Constituição **estende-se** aos litígios cuja potencialidade ofensiva **revela-se apta a vulnerar** os valores **que informam** o princípio fundamental **que rege**, em nosso ordenamento jurídico, **o pacto da Federação**. **Doutrina**. **Precedentes**."*

*(**ACO 1.048-QO/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)*

***Daí a observação** constante do magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 2/219-220, 1992, Saraiva), **cuja lição**, ao ressaltar essa **qualificada** competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **acentua**:*

*"**Reponta** aqui o papel do Supremo Tribunal Federal **como órgão de equilíbrio** do sistema federativo. **Pertencente** embora à estrutura da União, **o Supremo** tem um caráter nacional **que o habilita** a decidir, **com independência e imparcialidade**, as causas **e** conflitos de que sejam partes, em campos opostos, a União e qualquer dos Estados federados."*

*(**Grifei.**)*

***Definida**, assim, **a competência originária** deste Tribunal, **passo a analisar a postulação cautelar** deduzida na presente sede processual. **E**, ao fazê-lo, **observo que os elementos** produzidos nesta sede processual **revelam-se** suficientes **para justificar**, na espécie, **o acolhimento**, em parte, da pretensão deduzida, **em caráter liminar**, pelo Estado de Mato Grosso do Sul, **eis que concorrem**, nessa parte, segundo vislumbro em juízo **de estrita** delibação, os requisitos **autorizadores** da concessão da medida cautelar ora postulada.*

***A plausibilidade jurídica** da pretensão cautelar formulada na presente sede processual **resulta**, considerado o fundamento invocado pelo autor, da **aparente** violação **ao princípio da intranscendência** (**ou da personalidade**) das sanções **e** das medidas **restritivas** de ordem jurídica, **quando alega que** "(...) a penalização imposta pela STN ao Poder Executivo **transcende** à esfera de competência deste, que, **mesmo querendo**, **não poderá** ingerir no Tribunal de Justiça local **para mudar** o quadro, **segundo** a STN, de excessos **e** de ofensas à LRF" (fl. 11 – **Grifei**).*

***É importante assinalar** que o postulado da intranscendência **tem** sido reafirmado por eminentes Ministros desta Suprema Corte (**AC 1.761/AP**, Rel. Min. EROS GRAU – **AC 1.936/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **AC 2.197-REF-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 2.228/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **AC 2.270/ES**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **v.g.**), bem assim **pelo Plenário** (**AC 266-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 1.033-AgR-QO/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AÇO 925--REF-MC/RN**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ACO 970-tutela antecipada/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES), os*

*quais, **ao pronunciarem-se** em situações como a que ora se examina, **concederam** tutela cautelar **em favor** de entidades estatais:*

*"**CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO** (**CAUC**) – **AMEAÇA DE INCLUSÃO**, NESSE CADASTRO **FEDERAL**, **DO ESTADO** DO MARANHÃO – **ALEGADO DESCUMPRIMENTO PARCIAL** DE CONVÊNIO **CELEBRADO** ENTRE ESSA UNIDADE DA FEDERAÇÃO **E** A UNIÃO FEDERAL (**CONVÊNIO** Nº 22/95-MPO) – **POSTERIOR CELEBRAÇÃO**, ENTRE ESSE ESTADO-MEMBRO **E** MUNICÍPIOS SITUADOS EM SEU TERRITÓRIO, **DE CONVÊNIOS** DESTINADOS **AO REPASSE** DOS RECURSOS OBTIDOS DA UNIÃO – **INADIMPLÊNCIA** DOS MUNICÍPIOS – **IMINÊNCIA DE IMPOSIÇÃO DE LIMITAÇÕES** DE ORDEM JURÍDICA AO ESTADO DO MARANHÃO, **EM VIRTUDE** DO DESCUMPRIMENTO, **PELOS MUNICÍPIOS**, DAS OBRIGAÇÕES POR ESTES CONTRAÍDAS – **POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA** – **IMPOSSIBILIDADE** DE SANÇÕES **E** RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA **SUPERAREM** A DIMENSÃO **ESTRITAMENTE** PESSOAL DO INFRATOR – **LITÍGIO** QUE SE SUBMETE **À ESFERA** DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **HARMONIA E EQUILÍBRIO** NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS **ENTRE** OS ESTADOS-MEMBROS **E** A UNIÃO FEDERAL – **O PAPEL** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO** – **POSSIBILIDADE**, NA ESPÉCIE, **DE CONFLITO FEDERATIVO** – **PRETENSÃO CAUTELAR** FUNDADA NA ALEGAÇÃO **DE OFENSA** AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS MEDIDAS **RESTRITIVAS** DE DIREITOS – **MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA** – **DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*

(...)

***INSCRIÇÃO NO CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC) E ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**.*

*– O **postulado** da intranscendência **impede** que sanções **e** restrições de ordem jurídica **superem** a dimensão **estritamente** pessoal do infrator. **Em virtude desse princípio**, o descumprimento de obrigações contraídas por Municípios **não pode atingir** os Estados-membros, **projetando**, sobre estes, **consequências jurídicas** desfavoráveis **e** gravosas, **pois o inadimplemento obrigacional –** por revelar-se **unicamente** imputável **aos entes municipais** vinculados ao respectivo Estado – **só a estes** pode afetar."*

*(**AC 2.317-REF-MC/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

***Devo salientar** que, em casos **rigorosamente idênticos** ao de que ora se cuida – **e nos quais também se registrava** a ocorrência **de igual** restrição fundada em suposta inobservância **dos limites estabelecidos** pela Lei de Responsabilidade Fiscal, **alegadamente** descumpridos por órgãos estatais **dotados** de autonomia administrativa, financeira **e** orçamentária (Tribunal de Justiça, Ministério Público, Tribunal de Contas **e** Assembleia Legislativa **locais**) –, o Supremo Tribunal Federal **deferiu** provimentos cautelares **em favor** de Estados-membros que os haviam requerido.*

Em consequência** da outorga de tais medidas cautelares, **esta** Suprema Corte **determinou** à União Federal, **tal como ora postulado** na presente causa, **que se abstivesse** "(...) **de negar autorização** ao Estado (...) **para operações** de crédito, **transferências** de recursos federais **ou**, ainda, **a obtenção de garantias** (art. 23, § 3º, da LRF), **com fundamento no descumprimento**, **pelo

Poder Legislativo do referido Estado, do limite de gastos com pessoal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal" (AC 1.761/AP, Rel. Min. EROS GRAU – AC 2.094-REF-MC/RO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AC 2.104-MC/RO, Rel. Min. EROS GRAU – AC 2.197-REF-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. – Grifei).

Vale reproduzir, neste ponto, ante a extrema pertinência de que se reveste, fragmento da decisão monocrática, da lavra do eminente Ministro GILMAR MENDES, proferida no período de férias forenses, pela qual se concedeu medida liminar, então postulada, pelo Distrito Federal, para o mesmo fim ora objetivado na presente sede cautelar:

> *"Como afirmei recentemente, em situação análoga (AC-MC 2.094, decisão de 17-7-2008), parece-me plausível o argumento da violação ao princípio da 'intranscendência das sanções e das medidas restritivas de ordem jurídica', bem delineado pelo Ministro Celso de Mello em decisão na AC-AgR-QO 1.033 (DJ de 16-6-2006):*
>
> > *'O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, as limitações jurídicas que derivam da inscrição, no CAUC, das autarquias, das empresas governamentais ou das entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros ou o Distrito Federal, projetando, sobre estes, consequências jurídicas desfavoráveis e gravosas, pois o inadimplemento obrigacional – por revelar-se unicamente imputável aos entes menores integrantes da administração descentralizada – só a estes pode afetar. – Os Estados-membros e o Distrito Federal, em consequência, não podem sofrer limitações em sua esfera jurídica, motivadas pelo só fato de se acharem administrativamente vinculadas, a eles, as autarquias, as entidades paraestatais, as sociedades sujeitas a seu poder de controle e as empresas governamentais alegadamente inadimplentes e que, por tal motivo, hajam sido incluídas em cadastros federais (CAUC, SIAFI, CADIN, v.g.).'*
>
> *Não obstante o mencionado precedente se refira apenas à impossibilidade de se imporem sanções e restrições ao ente central em virtude de irregularidades perpetradas por entidades de sua Administração indireta – o que se explica pelo fato de estas entidades possuírem personalidade jurídica distinta da do ente central –, entendo que a 'ratio decidendi' dessa decisão também possa ser estendida para aquelas hipóteses em que ato praticado por um Poder gere consequências gravosas para outro.*
>
> *A despeito do fato de o Ministério Público e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não possuírem personalidade jurídica distinta da do ente federativo do qual fazem parte, a Constituição os dotou de autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Assim, não poderia o Poder Executivo intervir na esfera administrativa dos demais Poderes e do Ministério Público, compelindo-os a cumprir as disposições presentes na Lei de Responsabilidade Fiscal.*
>
> *Por conseguinte, se o Poder Executivo estadual não pode desfazer ato administrativo omissivo ou comissivo imputado a outro Poder ou órgão autônomo, é razoável entender que ele também não possa ser obrigado a suportar as consequências gravosas desse ato ou omissão. (...)."*
> *(AC 2.104-MC/RO, Rel. Min. EROS GRAU – Grifei.)*

***Deixo de acolher**, no entanto, **a pretendida** outorga de medida cautelar, **requerida** com o propósito de vê-la estendida "a qualquer situação futura envolvendo o Estado Autor quando o impedimento imposto pela União decorrer do mesmo motivo (...)" (fl. 19).*

***É que** eventual concessão do provimento cautelar, **nos termos** em que foi ele postulado, **implicaria** transformá-lo **em verdadeiro** provimento cautelar de índole normativa, **eis que destinado** a neutralizar situações futuras, indeterminadas **e** incertas.*

***Demais disso**, a própria **ausência de concreta** identificação de tais situações **revelar-se-ia** motivo bastante **para afastar** a invocação de ocorrência de "periculum in mora".*

***Sendo assim**, em face das razões expostas, **e considerando**, notadamente, **os precedentes específicos** que venho de mencionar (**AC 2.197-REF-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **defiro**, em parte, "ad referendum" **do E. Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **o pedido** de medida liminar, **em ordem a determinar**, à União Federal, **que se abstenha** "(...) de impedir a realização de contratação de operação de crédito por parte do Estado de Mato Grosso do Sul junto ao BNDES, ao BID e ao BIRD, bem como abstenha-se de impor ao Estado qualquer das vedações previstas no § 3º, do art. 23, da LRF, sob o argumento de extrapolação dos limites legais fixados na LRF para despesas de pessoa por parte do Poder Judiciário (TJ-MS) do Estado de MS (...)" (fl. 19), **em conexão com** o "PEF2 – Programa Emergencial de Financiamento 2", **com** o "Profisco" **e com** o "PDE/MS – Programa de Transportes e de Desenvolvimento Sustentável do Estado de Mato Grosso do Sul" (fl. 5).*

***Comunique-se**, com urgência, **para cumprimento imediato**, **o teor da presente decisão**, cuja cópia deverá ser encaminhada ao Senhor Advogado-Geral da União, ao Senhor Secretário do Tesouro Nacional **e** ao Senhor Ministro da Fazenda.*

*2. **Feito o lançamento** desta decisão pela Secretaria, **voltem-me os autos conclusos**, **para os fins** a que se refere o art. 21, V, do RISTF.*

(...)

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Para os fins a que se refere o art. 21, V, do RISTF, **submeto**, Senhor Presidente, ao referendo **do E. Plenário** desta Suprema Corte, **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. 788/795.

A Secretaria do Supremo Tribunal Federal, **após publicado** o acórdão consubstanciador **deste** julgamento, **deverá** promover, **em momento oportuno**, a juntada de cópia do referido julgado **aos autos da ação principal** a ser ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Também os autos **da presente** ação cautelar **deverão ser apensados**, "*opportuno tempore*", **aos da ação principal** a ser ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, **cumprindo-se**, desse modo, **o que determina** o art. 809 do CPC.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC 2.659-MC-REF/MS — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Estado de Mato Grosso do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul). Requerida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou a liminar concedida. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Dias Toffoli, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 12 de agosto de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.096 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 39 e 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Restrição à gratuidade do transporte coletivo. Serviços de transporte seletivos e especiais. Aplicabilidade dos procedimentos previstos na Lei 9.099/1995 aos crimes cometidos contra idosos.

1. No julgamento da ADI 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte.

2. Art. 94 da Lei 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do Código Penal e". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/1995: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei 10.741/2003.

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 unanimidade, em não conhecer da ação direta de inconstitucionalidade relativamente ao art. 39 da Lei 10.741/2003 e, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Contra o voto do Ministro Eros Grau, que a julgava improcedente, e o voto do Ministro Marco Aurélio, que a julgava totalmente procedente. Votou o presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 16 de junho de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia:

1. O Procurador-Geral da República ajuíza a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra a expressão

"exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares", constante do *caput* do art. 39 e do art. 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ao fundamento de afronta aos arts. 230, § 2º, e 5º, *caput*, da Constituição da República.

Preceituam os dispositivos impugnados:

> Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.
>
> Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

2. O Procurador-Geral da República afirma que o art. 39 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) afrontaria a Constituição ao impor infundada restrição ao § 2º do art. 230 da Constituição, no qual se estatui a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Assevera que a restrição legal somente seria válida se houvesse autorização constitucional expressa para essa atuação do legislador, se outra norma constitucional fizesse tal restrição, ou, ainda, se a restrição ao direito previsto decorresse de "limites constitucionais não escritos, ou limites imanentes" (fl. 3), o que não ocorreria na espécie.

Afirma que, ao excetuar os "serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares" do campo de aplicação do § 2º do art. 230, a lei estaria a restringir direito constitucionalmente assegurado aos que têm mais de 65 anos.

3. Quanto ao art. 94 da Lei 10.741/2003, que prevê a aplicabilidade dos procedimentos previstos na Lei 9.099/1995 aos crimes cometidos contra os idosos, cujas penas não ultrapassem quatro anos de privação de liberdade, o Procurador-Geral da República assevera que a inconstitucionalidade ficaria patenteada pela discriminação ali promovida e que afrontaria o critério da proporcionalidade, contrariando-se o princípio constitucional da isonomia.

Observa ele que a adoção da idade da vítima como fator de discrímen para o deferimento do rito dos Juizados Especiais não seria razoável, e que a medida, ao invés de proteger o idoso, beneficiaria aqueles que contra ele cometem crimes.

Requereu medida cautelar para suspender a expressão "exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares", constante no art. 39, bem como o art. 94 da Lei 10.741/2003.

4. O Ministro Maurício Corrêa, então Presidente deste Supremo Tribunal, houve por bem adotar o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999 (fl. 32), solicitando, imediatamente, informações aos Presidentes da República e do Congresso Nacional e dando vista sucessiva ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, tudo devidamente cumprido.

5. O Presidente da República adotou as informações prestadas pela Advocacia-Geral da União (fl. 41– informações AGU/WM-01/2004). Sustenta que teria havido adequada aplicação do critério da proporcionalidade, pois o art. 39 do estatuto questionado seria a forma de se harmonizar a garantia do transporte coletivo ao idoso às garantias constitucionais da liberdade de iniciativa e da rentabilidade da atividade comercial e econômica.

Salienta que o princípio especial de proteção do idoso, informador do § 2º do art. 230 da Constituição da República, é a garantia de "condições mínimas de mobilidade" (fl. 48) a favorecer a sua participação na comunidade. Portanto, a norma declaratória constante do referido dispositivo constitucional adota definição de "transporte coletivo", não a sua forma ampla, o que levaria à conclusão de que o transporte coletivo diferenciado (seletivos e especiais) não seria assegurado, gratuitamente, ao idoso.

Pondera que o reconhecimento da gratuidade do transporte qualificado nas localidades supridas por meios de locomoção mais populares e modestos constituiria injustificável privilégio aos idosos, bem como "excessivo ônus direto para as pessoas, que custeiam esses serviços" (fl. 50).

Quanto ao art. 94 da Lei 10.741/2003, observa o Presidente da República que a aplicação do dispositivo não resulta na "alegada discriminação inconstitucional contra agentes de crimes com penas semelhantes, porque o fator de discriminação é exatamente a valorização da idade da vítima" (fl. 44).

Explica que o dispositivo impugnado seria um instrumento de ação afirmativa do legislador, tendente a suprir a desigualdade material entre aqueles que perpetram condutas criminosas contra cidadãos comuns, daqueles que o fazem em desfavor do idoso, pessoa presumidamente exposta a "maiores riscos de deturpação da vontade" e com menor "possibilidade para reagir adequadamente ao perigo" (fl. 49).

6. O Presidente do Senado Federal, por sua vez, anota que a *mens legis* do art. 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) teria sido exatamente oferecer uma justiça mais ágil e como em muitos casos o crime é cometido pelos próprios familiares do idoso, possibilitar a composição social por meio da aplicação de penas alternativas e substitutivas.

7. Em 10-2-2004, a Advocacia-Geral da União repetiu os argumentos expendidos nas informações AGU/WM-01/2004, defendendo a constitucionalidade dos dispositivos atacados.

8. A Procuradoria-Geral da República reiterou os argumentos expostos na exordial, reafirmando o pedido de procedência da ação formulado.

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para encaminhamento aos Ministros deste Tribunal (art. 87, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1.** Conforme relatado, o Procurador-Geral da República ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade, pondo em questão a validade constitucional dos arts. 39 e 94 da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.

Argumentou que os mencionados dispositivos teriam afrontado os arts. 230, § 2º, e 5º, *caput*, da Constituição da República, respectivamente.

As normas impugnadas estabelecem:

> *Art. 39*. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.
>
> *Art. 94*. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

2. O autor alega que o art. 39 da lei impugnada teria restringido "o acesso gratuito dos maiores de 65 anos, aos serviços seletivos e especiais de transporte urbano, limitando, assim, o alcance da norma constitucional inscrita no § 2º do art. 230", e ainda, que "não existe qualquer previsão na Carta Maior que possibilite a restrição da garantia de gratuidade aos maiores de 65 anos de idade ao transporte coletivo urbano, quer derivados do próprio texto constitucional, quer decorrente de sua autorização para que lei ordinária o faça" (fl. 3).

Quanto ao art. 94 da Lei 10.471/2003, afirma que esse dispositivo estaria "criando uma discriminação para os autores dos crimes descritos no Estatuto do Idoso, permitindo que lhes sejam aplicados um sistema jurídico próprio tratado pela Lei dos Juizados Especiais" (fl. 4). Assevera, também, que a "escolha como critério discriminante tão somente da idade da vítima de determinados crimes para garantir ao autor os benefícios de uma Justiça especializada, a dos Juizados Especiais, não é razoável, é flagrantemente inconstitucional" (fl. 5).

Do art. 39 da Lei 10.741/2003

3. Em 19 de setembro de 2007, no julgamento da ADI 3.768, de minha relatoria, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Confira-se a ementa desse julgado:

> *Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 39 da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Direito constitucional. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediato. Norma legal que repete a norma constitucional garantidora do direito. Improcedência da ação.* 1. O art. 39 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma

constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.
(*DJE* de 26-10-2007.)

Naquela assentada, ressaltou-se que:

(...) 4. Em essência, tem-se que o direito ao transporte gratuito dos que têm mais de 65 anos não é um fim em si mesmo. A facilidade de deslocamento físico do idoso pelo uso de transporte coletivo haverá de ser assegurado, como afirmado constitucionalmente, como garantia da qualidade digna de vida para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a que lhe assiste, nesta fase da vida, direito a ser assumido pela sociedade quanto aos ônus decorrentes daquele uso.

(...)

6. O transporte gratuito, especialmente para os idosos que sobrevivem de aposentadorias insuficientes para o suprimento de suas necessidades básicas, apresenta-se como verdadeiro suporte para que possam exercer, com menores dificuldades, seu direito de ir e vir.

7. Diferentemente do alegado pela autora, o direito dos idosos ao transporte gratuito, previsto na norma do § 2º do art. 230 da Constituição da República, é de eficácia plena e tem aplicabilidade imediata. Assim, desde a promulgação da Constituição da República, esse direito compõe o sistema normativo na condição de direito exigível pelos idosos, sem a necessidade de criação de qualquer outra norma que trate da matéria.

Sobre a questão leciona José Afonso da Silva:

> "O gozo desses direitos aqui reconhecidos, já decorre da própria Constituição, mas o Estatuto os especifica, porque há peculiaridades que não seriam reconhecidos sem essa especificação (...) Aos maiores de sessenta e cinco anos é assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos (é justo lembrar que esse direito do idoso ao transporte nasceu na Prefeitura de São Paulo por obra do então Prefeito Mário Covas (...)."
> (SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 863)

8. *A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar*, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível.

(...)

9. No caso em foco, assegurou-se, constitucionalmente, aos idosos o direito ao transporte coletivo gratuito. A Lei 10.741/2003 garantiu a forma de se dar cumprimento àquele comando constitucional.
(Grifos nossos.)

4. Assim, está prejudicado o exame da constitucionalidade do art. 39 da Lei 10.741/2003, razão pela qual **não conheço da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte**.

Do art. 94 da Lei 10.741/2003

5. O dispositivo ora impugnado dispõe o seguinte:

> *Art. 94*. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

O Procurador-Geral da República sustenta a inconstitucionalidade desse artigo, argumentando haver afronta ao art. 5º, *caput*, da Constituição da República e, ainda, que não estaria sendo beneficiado o idoso, mas o autor de crime contra ele praticado.

6. Diversamente, nas informações o Congresso Nacional fez constar que:

> 5. O Projeto de Lei n. 57, de 2003, da Câmara dos Deputados, que deu origem a Lei n. 10.741/03, recebeu no Voto do Redator, Deputado Silas Brasileiro, a seguinte justificação:
>
> (...)
>
> Em relação aos crimes, será utilizado o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, previsto na Lei n. 9.099, de 25 de setembro de 1995, abrangendo os delitos cuja pena máxima privativa de liberdade é de quatro anos. A vantagem da aplicação dessa lei consiste na celeridade de seu procedimento e maior possibilidade de composição social por meio de penas alternativas e substitutivas. A ampliação da pena máxima de um ano prevista nessa lei, para que o crime seja considerado de menor potencial ofensivo, para quatro anos, é socialmente benéfica, considerando que em muitos delitos praticados contra idosos o agente é pessoa da família. Esse limite já foi ultrapassado em alguns crimes de trânsito (CTB – Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, art. 291, parágrafo único).
>
> (...)
>
> O ideal da lei, neste aspecto, é fazer com que o idoso possa, dentro daquilo que é processualmente admissível e juridicamente plausível, presenciar a realização da justiça em face dos delitos contra ele cometidos; é satisfazer com esta perspectiva de justiça eficaz e concreta aquele que já esperou por demais a solução de conflitos que o acometeram e que até mesmo contribuíram para precoces cãs.
>
> (Fls. 70-72; 74.)

7. A doutrina do Direito Penal brasileiro questiona o alcance da norma ora impugnada, como se tem, por exemplo, na seguinte passagem:

> Quanto à abrangência deste art. 94 do Estatuto do Idoso existem seis correntes doutrinárias que procuram interpretá-lo:
>
> i) Houve ampliação total do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo (IPMPO);
>
> ii) Houve ampliação do conceito de IPMPO somente em relação aos crimes do Estatuto com pena máxima entre dois e quatro anos, os quais serão processados perante o Juizado Especial Criminal, com direito à transação penal;
>
> iii) Estes delitos devem ser processados perante o Juizado, com o rito sumaríssimo, mas sem direito à aplicação de transação penal;

> iv) Os delitos devem ser processados perante o juízo comum, com direito ao benefício da transação penal e com o procedimento sumaríssimo;
>
> v) Os delitos devem ser processados perante o juízo comum, sem direito ao benefício da transação penal, apenas como o procedimento sumaríssimo;
>
> vi) O dispositivo é inconstitucional, não devendo ter qualquer aplicação.
>
> (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *O art. 94 do Estatuto do Idoso e a aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95*. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 441, 21 set. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5728>.)

8. No caso em pauta, se interpretada a norma no sentido de que seriam aplicáveis aos crimes cometidos contra os idosos os benefícios da Lei 9.099/1995, a norma impugnada seria inconstitucional, pois como assentado na inicial, "poder-se-ia ter um agente respondendo perante o Sistema Judiciário Comum e outro com todos os benefícios da Lei n. 9.099/95, mesmo que praticado crimes da mesma gravidade (pena máxima não superior a 4 anos). Apenas por um diferencial: a idade da vítima do delito" (fl. 5).

9. Todavia, não parece haver necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, por ser possível dar ao art. 94 da Lei 10.741/2003 interpretação conforme à Constituição da República.

Esse artigo dispõe que "aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099 (...)", estabelecendo-se que seria aplicável apenas o procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/1995 aos crimes mencionados – Seção III, art. 77 e seguintes. O idoso seria, então, beneficiado com a celeridade processual, mas o autor do crime não seria beneficiado com eventual conciliação ou transação penal.

Nessa linha, confira-se:

> (...) A todos os crimes criados pela Lei n. 10.741/2003, desde que a pena máxima abstrata prevista não ultrapasse 4 anos, é somente aplicável o procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais; o Estatuto do Idoso não considerou de menor potencial todos os crimes nele descritos, matéria que continua regida pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95, derrogado pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. O Estatuto não derrogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Por isso, é incabível a transação penal e o critério de 4 anos não se estendeu a toda a legislação criminal.
>
> Essa última é a interpretação que acreditamos a mais correta (...).
>
> (JESUS, Damásio de. *Notas críticas a algumas disposições criminais do Estatuto do Idoso* (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003). São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev. 2004. Disponível em: <www.damasio.com.br>.)

10. Pelo exposto, **voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação, para conferir ao art. 94 da Lei 10.741/2003 interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir**

a expressão "do Código Penal e", e atribuir ao dispositivo mencionado o sentido de que aos crimes previstos nessa lei, cuja pena máxima privativa de liberdade seja superior a 2 (dois) anos e não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/1995, não se permitindo aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e interpretação benéfica ao autor do crime cuja vítima seja idoso.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): No início do relatório, Ministro, eu chamei atenção para o julgamento já acontecido desse artigo, e que, na verdade, tivemos, aqui, duas ações; a primeira ação, de número 3.768, o que a autora, a Associação dos Usuários de Transportes Coletivos, queria era que fosse declarada a inconstitucionalidade da gratuidade. O Procurador-Geral entrou com essa ação pedindo o contrário, com relação a esse dispositivo.

No início do relatório, exatamente, eu disse que estou chamando atenção, porque nós já discutimos isso naquela ação. Como essa ação ainda prevalecia, o resultado, ou se dá por prejudicado, porque nós já teríamos declarado a improcedência lá, mas, nesse caso, nessa ação há ainda um outro dispositivo, eu voltei a acentuar que, quanto ao art. 39, ele deu o parecer naquela oportunidade, e que se tivessem sido chamadas as duas juntas, nós teríamos julgado como duas ações, ou como dois tópicos do mesmo julgamento, exatamente como Vossa Excelência disse.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É o caso, então, de não conhecer da ação indireta?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Talvez julgar prejudicada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não seria o caso, Presidente, porque se não há causa de pedir nova, subscrevo a lição de Ada Pellegrini Grinover quanto à preclusão maior dos pronunciamentos no processo objetivo: "a preclusão se faz considerados os limites objetivos do processo". Se não há causa de pedir nova – creio que há eficácia da decisão anterior, porque ante até mesmo a mudança da composição, se é que houve, talvez não seja o caso –, poderemos, se admitido o rejulgamento de certas matérias no processo objetivo, ter até decisões conflitantes.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Eu concordo inteiramente, Ministro. Eu trouxe hoje, e, por isso, comecei o julgamento...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Já que possível a improcedência, também o é a procedência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ministro, eu chamei atenção no início, exatamente, por conta disso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria não conhecer, ante a decisão pretérita.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Só que há dois dados, é que todas as sustentações e todo o enfoque dado naquela ocasião, ressalva feita, como disse o Ministro Celso de Mello, e, por isso, enfatizei dizendo – e chamo atenção – que essa

ação tem um artigo que já foi objeto de cuidados por este Tribunal, naquela ocasião, é que o mote, o fundamento do pedido era a gratuidade –, nesse aqui é a exceção feita àquela gratuidade que nós julgamos. Mas nós tratamos e consideramos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal, de qualquer maneira, pronunciou-se sobre a matéria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): O Tribunal considerou válido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu tenho a impressão de que, não havendo nenhum argumento quanto à evolução da inconstitucionalidade...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, não há nenhum dado novo, talvez fosse o prejuízo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Tribunal reconhece que, se tivesse um julgamento conjunto, esta cláusula já estaria julgada.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não essa, porque tem o art. 94, mas com relação ao art. 39, sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Em síntese, o arrependimento do Ministério Público não é eficaz.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, acho que é o caso de não se averbar o não conhecimento em relação ao art. 39, tendo em vista já a existência de pronunciamento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não seria o caso do prejuízo, Presidente, porque essa ação já estava pendente, quando houve aquele julgamento. Mas, tanto faz, o efeito é o mesmo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não importa, é que sobreveio a decisão do Tribunal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Houve o pronunciamento do Tribunal em relação ao art. 39.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Acho que o risco de reexaminar-se a matéria é muito grande, Presidente, gerando insegurança jurídica.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): E concordo inteiramente. Por isso é que chamei atenção e trouxe o resultado com data.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Podemos examinar a questão apenas no art. 94. Então não se conhece desta ação.

O pronunciamento foi na ADI 3.768, da qual o Tribunal julgou improcedente a ação, e constitucional...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): O julgamento foi de 19 de setembro de 2007.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): ...e averbou a constitucionalidade do art. 39. Perfeito?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Em sua integralidade, portanto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Agora, somente quanto ao art. 94.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministra, Vossa Excelência me permite apenas raciocinar em voz alta?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Claro, por favor.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não estou, inclusive, a veicular entendimento sobre a matéria, mas o que houve, na espécie, no tocante a um crime que se presume mais gravoso, porque praticado contra aquele que já alcançou certa faixa etária, foi a alteração do teto para ter-se a incidência da Lei dos Juizados Especiais, 9.099/1995. Teríamos, portanto, a modificação de dois para quatro anos. Relativamente a crimes não apenados com quantitativo superior a quatro anos haveria a regência pela Lei 9.099/1995.

Claro que o diploma não é proporcional nessa alteração, porque, se ocorresse uma modificação normativa, seria para restringir até mesmo a competência, no caso, dos Juizados Especiais. Mas houve o elastecimento.

A Procuradoria-Geral da República preconiza a declaração linear de inconstitucionalidade do preceito e, a meu ver, o faz com acerto. Por quê? Uma vez fulminado o preceito, teremos simplesmente a incidência da regra geral da Lei 9.099/1995 e então, evidentemente, será adotado o procedimento respectivo.

Por isso, a situação concreta não reclama a salvação do dispositivo. A interpretação conforme resultará, para mim, em um nada.

Por quê? Porque, de qualquer forma, expungida essa parte dos quatro anos, dar-se-á a aplicação da Lei 9.099/1995, observado o teto de dois anos, ou seja, a pena máxima de dois anos para um tipo previsto nessa lei especial.

Receio muito, Senhor Presidente, quando julgo processo objetivo, adentrar o campo reservado a outro Poder, ou seja, ao Legislativo e acabar inserindo no contexto uma regência que não foi aprovada pelos representantes do povo brasileiro e dos Estados – os deputados e os senadores.

Por isso, tenho certa dificuldade em acompanhar a Ministra Cármen Lúcia. Simplesmente acolho o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República, pelo Procurador-Geral da República.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, eu agradeço as achegas, mas realmente pensei muito sobre este caso. A minha tentativa de salvar era para beneficiar exatamente o idoso.

A Procuradoria acha que houve uma discriminação, que a inconstitucionalidade – como Vossa Excelência bem lembrou – seria do art. 94, porque...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A interpretação conforme seria inócua, por quê? Afastada a alteração própria ao enquadramento na lei especial, ter-se-á a respectiva incidência. Evidentemente, se o crime é apenado com pena de até dois anos, observar-se-á o procedimento nela previsto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): É, exatamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), o que não ocorre com esta lei. Ela amplia...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), ela amplia a incidência da Lei 9.099/1995.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Em que favorece o idoso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Ministro, o problema, a meu ver, é outro. É que se mitiga a importância do crime, no que, no tocante às demais vítimas, só se tem a atuação do juizado especial se a pena máxima estiver limitada a dois anos. Quanto aos crimes praticados contra os idosos, ter-se-ia a aplicação da Lei 9.099/1995, ainda que suplantado esse limite até dois anos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Até quatro anos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Desde que não ultrapasse os quatro anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Já houve essa ampliação em relação a outras leis.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), mas a lei não é proporcional, a meu ver, no que admite com uma largueza maior, por exemplo, a transação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Por isso que, quando dei a interpretação conforme, eliminei a possibilidade de transação que é uma das interpretações que a doutrina acolhe.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A Relatora está-se atendo ao aspecto processual.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Apenas a isso para dar celeridade e garantia ao idoso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Manda aplicar a lei sob o aspecto processual, não sob os aspectos materiais. Essa é a interpretação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Exatamente isso que estou propondo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Acontece que Sua Excelência, ao expungir...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): ...outras interpretações...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: ...o balizamento, determina-se a aplicação. Passamos a atuar como legisladores positivos em qualquer situação, ou seja, em situações concretas em que o tipo prevê pena máxima superior a dois anos. Estaremos elaborando uma nova norma.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Aqui se fala procedimento previsto. Fiquei no procedimento previsto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria falta de proporcionalidade.

Aqui o Congresso pecou por não ter observado o sistema revelado pela Lei 9.099/1995.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O problema é que o legislador, aqui, opera uma classificação. Qual é essa classificação subjetiva? Das pessoas que são acusadas de cometer crime contra idosos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): E que, em geral, são de dentro da família.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E dá a essa categoria, a essa classificação subjetiva, um tratamento mais benéfico.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Preferencial. O mais benéfico.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Na esteira da Constituição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E mais: aparentemente, sem razão justificável e, portanto, sem razoabilidade, porque, com o intuito de proteger a vítima, que é o idoso, está beneficiando o infrator!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O agente. Está beneficiando, sem dúvida alguma, o agente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): É por isso, Ministro, que caminhei no sentido, exatamente, de manter apenas o procedimento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Parece-me que há uma incongruência entre...

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Cezar Peluso e eminente Relatora, Vossas Excelências me permitem?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aí está a falta de proporcionalidade, de razoabilidade.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Gostaria de acrescentar...

O Sr. Ministro Eros Grau: Isso nós não podemos corrigir. Só o legislador pode fazê-lo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, Vossa Excelência me assegura a palavra?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Por favor.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Obrigada. Gostaria, Ministro Cezar Peluso, em relação à objeção que Vossa Excelência traz, de dizer que o legislador teve sim uma preocupação, e ela se refletiu na redação desse artigo. Ele teve essa preocupação informado pelas estatísticas gerais que indicam que a grande maioria desses delitos contra idosos são cometidos no seio da própria família. Portanto, é altamente desejável que haja mecanismos conciliatórios que permitam uma solução e uma pacificação desses núcleos familiares.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ao mesmo tempo há o funcionamento do mecanismo de repressão penal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Concordaria com Vossa Excelência, se dissesse isto: "desde que se trate de pessoa da família". Mas não o faz; apanha também aqueles que não são da família. Não significa que os idosos estão expostos a comportamentos ilícitos apenas de familiares.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O agente comum estranho à família, com a suspensão do processo, com a transação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Um roubador, por exemplo.

Penso também, Senhor Presidente, sem querer adiantar o meu voto, mas apenas fazendo reflexões, na medida em que o legislador escolheu como discrímem único a idade da pessoa, ou seja, do idoso, sem acrescentar qualquer outro critério, *data venia*, está ferindo o critério da razoabilidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E, mais: pelos tipos criminais, vê-se que muitos deles, senão a grande maioria deles, não são atos imputáveis normalmente a pessoas da família. Por exemplo: impedir ou dificultar o acesso a operações bancárias. Isso dificilmente ocorrerá, salva coincidência de que algum familiar seja funcionário do banco. Fora disso, o ato é cometido de ordinário por estranho à família.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Mas ele pode ajudar a pessoa que fará o trabalho.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Outras hipóteses: obstar acesso a cargo público, deixar de prestar tratamento médico em hospitais, etc.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Penso que o processo não é adequado para se discutir a ênfase que se deve dar à família. Vamos deixar essa discussão para o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade ajuizada relativamente à Lei Maria da Penha, da qual sou o Relator.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Mesmo em relação às operações financeiras, muitas vezes há envolvimento de pessoas da família interessadas em evitar gastos objetivando possível sucessão. Enfim, o fato é que o legislador constituinte remeteu ao plano da legislação comum a possibilidade de o Congresso Nacional avaliar pontualmente.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Celso de Mello, especificamente com relação a essa questão de movimentação bancária...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Quanto ao idoso?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Até embaraçar atos do Ministério Público, aqui, é crime.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não estou encontrando o dispositivo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Para idoso não há esse dispositivo de envio de matéria ao legislador ordinário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência não está vendo inconstitucionalidade.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Também não vejo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, escapariam da aplicação da regra geral da Lei 9.099/1995 poucos tipos penais.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Cezar Peluso, por exemplo, esse tipo penal da utilização dos recursos bancários decorre do fato de que a grande

maioria dos idosos recebe, mediante cartão magnético, o seu rendimento proveniente da aposentadoria previdenciária.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas não é esse só, Ministra, são vários, por exemplo: "obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade" – isso é coisa típica de agente administrativo –, "negar alguém por motivo de idade, emprego ou trabalho, deixar de recusar atendimento médico sem justa causa", isto é, de agente público.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Essa discrimação por idade seria corrigível por mandado de segurança?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A solução que a Ministra Cármen Lúcia alvitra, aplicar ao procedimento apenas formal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: "Retardar, omitir ou recusar dados técnicos requisitados pelo Ministério Público para promover ação", isto é, de órgãos públicos que contenham esses dados.

Noutras palavras, são muitos os tipos penais cujos autores teóricos não entram na classe de familiares e que acabam sendo beneficiados contrariamente ao propósito da lei, que é o de proteger a vítima. Neste caso, está protegendo o infrator. Se, pela regra geral, eles entram no regime da Lei 9.099, não precisa do art. 94.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não se tem um preceito que proteja o idoso, mas, sim, o agente.

Se Vossa Excelência afasta a alteração do teto para enquadramento na Lei 9.099/1995, automaticamente, tem-se a incidência tal como ela se contém.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente. Quer dizer, não prejudica nada, porque quem reunir os requisitos para invocar a incidência da Lei 9.099 será beneficiado, porque entra no regime geral da lei. O que não se pode – aí, sim, é que me parece que está o problema da lei – é criar hipóteses que beneficiam classes de pessoas a título injustificado, porque isso não encontra razão. Por exemplo, agentes públicos, empregados de hospitais etc., até membros de entidades públicas acabam sendo beneficiados, quando muitos outros infratores, que ficam sujeitos à Lei 9.099, não recebem o mesmo benefício.

Acho que há uma discriminação neste caso, aqui, irrazoável.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Fora isso é adentrar o campo normativo positivo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Cezar Peluso, é o caso de o idoso poder enxergar o final do processo que foi instaurado em razão da agressão que ele sofreu.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Exatamente como diz a Ministra Ellen Gracie.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, neste caso, ela teria aderido à proposta da Relatora, que é só aplicar o processo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): O que o Congresso buscou foi isto: celeridade e eficácia na decisão judicial.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Existem aspectos materiais na Lei 9.099 muito interessantes, que beneficiam o idoso. Por exemplo, a transação, o fato de receber uma indenização prontamente, em vez de ver simplesmente apenado o autor do crime. Aplicar apenas o procedimento, não sei se seria suficiente porque o resultado que nós queremos propiciar ao idoso se dá exatamente com os aspectos materiais da lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O mais grave é que essa sugestão retira benefício daqueles que se enquadrariam no regime original da Lei 9.099. Aí agrava a situação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A eminente Relatora encaminha no sentido de uma interpretação conforme, e o Ministro Carlos Ayres Britto sinaliza que está disposto a pedir vista.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu antecipo o pedido de vista. Tenho que a matéria é de suma importância. A Constituição conferiu aos idosos um tratamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Ministro Carlos Ayres Britto pede para antecipar o pedido de vista, se não houver objeção.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Antecipar?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O pedido de vista.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ah, sim! Aguardo Sua Excelência. Retiro tudo o que disse. Vou me esquecer inclusive da matéria e talvez tenha, depois, que pedir vista do processo, como fiz no caso anterior.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Nós já tivemos uma alteração na Lei 10.259, nós adotamos critérios diferentes em relação à Justiça Federal e hoje tem até esse debate.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se bem que a Lei 10.259/2001, que é dos Juizados Especiais Federais, remete-se à Lei 9.099/1995; ela não tarifa aqueles crimes de menor potencial ofensivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Para dois anos, enquanto na Lei 9.099 era de um ano e meio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, mas já está na Lei 9.099/1995 por alteração.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas isso indiscriminadamente. Aqui eleva para quatro discriminadamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E, a prevalecer o voto, há um resultado pernicioso. Qual é esse resultado? O preceito cogita dos crimes previstos nessa lei e vários ultrapassam o teto necessário, quanto ao ângulo da observância, para enquadrar-se como crime de menor potencial ofensivo. Receio muito a atuação como legislador positivo.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, estou convencido de que a esta Corte incumbe o controle da constitucionalidade das leis, e não da razoabilidade ou proporcionalidade das leis. O que se pretende aqui é discutir se a lei é boa ou má. Não há nenhum preceito constitucional que esteja sendo apontado como violado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A lei está na contramão do sistema, Ministro, perdoe-me Vossa Excelência. Devo homenageá-lo porque Vossa Excelência está aniversariando no dia de hoje.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nós fizemos uma proposta de não aparteá-lo hoje por causa disso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Exatamente porque estou aniversariando, meu tempo está passando. Já é hora de aproveitar a oportunidade para votar em certas matérias. Até para não correr o risco de ficar molestando os Colegas e falando demasiadamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A carapuça passeou e não caiu na cabeça de quem quer que seja.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu gostaria de insistir – nesta minha quase insistência de idoso – que nós não temos legitimidade para exercer o controle da razoabilidade e da proporcionalidade das leis. Se chegarmos a esse ponto, vamos correr o risco, muito grande, de ir além dos sapatos, como diz o velho ditado.

Peço vênia para votar, antecipando o meu voto, pela improcedência total.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, só para ponderar, a sugestão não é simplesmente proceder a uma avaliação metajurídica da lei, sob a luz de critérios de Justiça, mas é saber se ela atende, ou não, ao princípio constitucional da igualdade. É só isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E outra coisa: eu não pediria vista se **não** fosse a partir de um parâmetro constitucional de controle da lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A questão é se está havendo, aqui, tratamento diferenciado baseado em critério que justifique a discriminação, ou se falta esse critério.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Se viola ou não o princípio da isonomia, onerando inclusive a parte que se pretende proteger.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Esse é o grande problema.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O Ministério Público levanta essa questão no parecer, ou seja, dois agentes que praticam um delito com pena

máxima de quatro anos. Quer dizer, dependendo da idade da vítima, um será julgado pela Justiça Comum e o outro pela Justiça Especializada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Uns terão benefícios, e outros não o terão.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Então nós precisamos saber se esse discrime se justifica, ou não, à luz do princípio da isonomia.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Noutras palavras, quem sabe seja mais conveniente cometer crime contra o idoso!

O Sr. Ministro Ayres Britto: O risco é esse. Foi a minha perplexidade também: se não estaríamos beneficiando aquele que comete crime contra o idoso e não beneficiando o próprio idoso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Ministro Cezar Peluso, só para esclarecer. Eu li a inicial. Na inicial da Procuradoria só há referência à proporcionalidade e à razoabilidade. Mas estou pronto, quem sabe quanto o assunto voltar, para evoluir ou involuir.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.096/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, não conheceu da ação direta relativamente ao art. 39 da Lei 10.741/2003. Prosseguindo no julgamento, após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), julgando parcialmente procedente a ação para dar interpretação conforme ao art. 94 da referida lei, no sentido de aplicar-se apenas o procedimento previsto na Lei 9.099/1995 e não outros benefícios ali previstos, e após o voto do Ministro Eros Grau, julgando-a improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Ayres Britto. Ausentes, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

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

Brasília, 19 de agosto de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a impugnação do art. 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), assim como a expressão "exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares", contida no *caput* do art. 39 do mesmo diploma legal.

2. Pois bem, na sessão de 19 de agosto de 2009, este Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não conheceu da ação quanto ao art. 39 da lei em causa. Já no que toca ao art. 94, a Ministra Cármen Lúcia, Relatora, deu pela parcial procedência da ação "apenas para conferir ao art. 94 da Lei 10.741/2003 interpretação conforme à Constituição do Brasil". E o fez para conferir "ao dispositivo mencionado o sentido de que aos crimes previstos nessa lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/1995, não se permitindo interpretação que permita aplicação benéfica ao autor do crime cuja vítima seja idoso". Ainda nessa mesma sessão de julgamento, o Ministro Eros Grau votou pela improcedência da ação direta.

3. Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria. Exame que principio com a lembrança de que o dispositivo impugnado determinou que se aplicasse, "aos crimes previstos [na Lei 10.741/2003], cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, (...) o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal." Dispositivo que a Ministra Cármen Lúcia considerou inconstitucional, "se interpretado (...) no sentido de que seriam aplicáveis aos crimes cometidos contra os idosos os benefícios da Lei 9.099/1995". Daí a interpretação conforme à Constituição, proposta por Sua Excelência, a fim de que "o idoso [seja] beneficiado com a celeridade processual, mas o autor do crime não [seja] beneficiado com eventual conciliação ou transação penal".

4. Muito bem. Acompanho o voto da eminente Relatora. E o faço, na linha da especial proteção que a Magna Carta Federal conferiu ao idoso, a partir deste emblemático relato: "Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida". Essa é a lógica perpassante de toda a Constituição, na matéria, desde o seu preâmbulo até o capítulo que porta o sistêmico nome "da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso". Isso no capítulo de n. VI do Título VIII, consagrador do que tenho chamado de "constitucionalismo fraternal". E a cujas coordenadas o Estatuto do Idoso tem que prestar reverência, inclusive quanto às suas preceituações de caráter penal e processual penal.

5. Nessa medida, o art. 94 do Estatuto do Idoso é de ser interpretado em favor do seu específico destinatário: o próprio idoso. Não de quem lhe viole os direitos. Interpretação, é certo, que não há de subverter a semântica da lei, sob pena de este Supremo Tribunal Federal atuar em seara que não lhe é própria: a legislativa. Semântica ou texto normativo que fala apenas em aplicação "do procedimento" da Lei 9.099/1995 aos crimes previstos na Lei 10.741/2003 e cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos. Logo, trata-se de u'a *mens legis* que é a de "fazer com que o idoso possa, dentro daquilo que é processualmente admissível e juridicamente plausível, presenciar a realização da justiça em face dos delitos contra ele cometidos; satisfazer com esta perspectiva de justiça eficaz e concreta aquele que já esperou por demais a solução de

conflitos que o acometeram e que até mesmo contribuíram para precoces cãs" (fl. 74, informações prestadas pelo Congresso Nacional).

6. Sendo assim, também considero inconstitucional a interpretação do dispositivo legal ora impugnado, na medida em que estenda aos agentes criminosos os benefícios despenalizadores da Lei 9.099/1995. Isso por afronta ao invariável sentido tutelar da Constituição, na matéria, assim como aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, além do princípio da isonomia (art. 5º, CF). É que autores de crimes do mesmo potencial ofensivo serão submetidos a tratamentos diversos, **sendo que o tratamento mais benéfico está sendo paradoxalmente conferido ao agente que desrespeitou o bem jurídico mais valioso: a incolumidade e dignidade do próprio idoso**. E não se argumente que a transação penal – um desses benefícios despenalizores – é também de interesse da pessoa idosa. Interesse que estaria consubstanciado na possibilidade de aplicação de penas alternativas àquelas de privação da liberdade de locomoção, quando o infrator for parente do próprio idoso (situação que se apresenta em vários dos crimes tipificados na Lei 10.741/2003). É que permanecerá viável a substituição da pena, mesmo sem o benefício da transação penal, nos termos do art. 44 do Código Criminal.

7. Prossigo para ajuizar que, na vertente do lúcido pensar da Ministra Cármen Lúcia, tenho que é de se aplicar aos crimes definidos na Lei 10.741/2003, cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, apenas o procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/1995. Processo, ajunte-se, que é da competência da Justiça comum, e não do Juizado Especial Criminal. É que o art. 94 do Estatuto do Idoso, tal como o parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro, não alterou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo. Apenas determinou a aplicação de certas normas da Lei 9.099/1995. Sendo certo que o inciso I do art. 98 da Constituição Federal circunscreveu a competência dos juizados especiais à "conciliação, [ao] julgamento e [à] execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo". Assim já se manifestou este Supremo Tribunal Federal quanto ao parágrafo único do art. 291 do CTB, no HC 81.510, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, tanto quanto no HC 85.350, de relatoria do Ministro Eros Grau.

8. Ante o exposto, julgo **procedente em parte** a ação direta para excluir do art. 94 da Lei 10.741/2003 qualquer interpretação que estenda aos autores de crimes definidos nessa lei, cuja pena privativa de liberdade seja maior que dois e não ultrapasse quatro anos, os benefícios da Lei 9.099/1995. Equivale a dizer: julgo parcialmente procedente esta ação direta, para o exclusivo fim de imprimir tramitação mais rápida aos processos penais abertos contra quem invada a esfera de proteção dos direitos da pessoa idosa.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, tenho uma dúvida quanto à razoabilidade do elastecimento da aplicação da Lei 9.099/1995, no que o Estatuto

do Idoso versa situações concretas em que a pena máxima privativa de liberdade não ultrapassa quatro anos. A lei prevê dois anos, creio, pelo que me recordo. Haveria razoabilidade nesse elastecimento das situações, presente a proteção, até mesmo constitucional, ao idoso?

No mais, penso que, quanto ao procedimento da lei, se partiu de uma opção política normativa. Não podemos atuar como legisladores positivos e fazer surgir, no cenário, normatização diversa daquela aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional.

Por isso, a minha tendência, Presidente, é de glosar parcialmente a lei, no que houve esse elastecimento, e, então, concluir pela inconstitucionalidade da expressão: não ultrapasse quatro anos.

Peço vênia, Presidente, para concluir que o dispositivo é integralmente inconstitucional. Faço-o a partir dessa premissa, ou seja, do fato de, no tocante àqueles que cometam crime contra idoso, ter-se dado, a meu ver, na contramão do desejável, tratamento mais preferencial que o atribuído aos agentes em geral pela Lei 9.099/1995.

Concluo pela inconstitucionalidade do preceito.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não sei se seria o caso de fazermos redução de texto, retirando: "subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal". Deixar só: "do Código de Processo Penal", subsidiariamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Nada impede, não é, Ministra Cármen? Acho que não prejudica em nada.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Determinando a aplicação subsidiária do Código?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): As disposições do Código Penal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Só do Código de Processo Penal, não do Código Penal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Reduz o texto só nessa parte.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Do Código de Processo?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Só para o Código de Processo, no espírito do voto da Relatora. Isto é, só interessam os aspectos processuais, nenhum aspecto material, por isso mesmo tiramos "do Código Penal".

O Sr. Ministro Ayres Britto: Já que estamos aproveitando da lei apenas o procedimento. Acho que Vossa Excelência tem razão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Só o procedimento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): E aí declarar-se-ia a inconstitucionalidade "do Código Penal e", só essa expressão seria suprimida?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): "As disposições do Código Penal e". Fica então: "as disposições do Código de Processo Penal".

O Sr. Ministro Ayres Britto: Exclusivamente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ainda assim nós teríamos que, talvez, garantir essa interpretação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, dar a interpretação e fixar, depois disso, portanto, que só se aplica essa lei e o Código de Processo Penal nos aspectos estritamente processuais, não compreendendo nenhum benefício de ordem material.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Reajusto nessa parte, sem problema, porque a única dificuldade que, quando fiz o voto, verifiquei é de alguns juízes e da doutrina muito conturbada, mas prevalecendo exatamente no sentido do que eu propunha.

Então, eu reajusto no sentido de Vossa Excelência, para também eliminar "do Código Penal", porque essa realmente não se altera, o autor do crime não fica beneficiado, que é o que a lei propõe.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não recebe nenhum benefício.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Por consequência, também me reposiciono nessa linha.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Qualquer dos benefícios da Lei 9.099/1995. É isso?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É isso, nenhum dos benefícios.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Portanto, nem possibilidade de composição civil de danos, nem de transação ou de suspensão condicional do processo penal.

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

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Apenas faço uma colocação: se não houvesse o Estatuto do Idoso, o que ocorreria? A aplicação, pura e simples, da Lei 9.099/1995. Somente agentes seriam beneficiados pela lei, porque esta beneficia quanto à transação e outros aspectos quando a pena máxima não ultrapassar dois anos. A meu ver, na contramão dos interesses sociais, enlasteceu-se a aplicação da Lei 9.099/1995, no que se dispôs ser esta aplicável se o crime for apenado com pena máxima de até quatro anos. É um contrassenso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Mas em benefício do idoso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O problema é que nós estamos excluindo qualquer benefício.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Mas em benefício do idoso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Seriam apenas as regras de processo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Isto é, para terminar o processo mais rapidamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mais rapidamente, só isso.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Acelera-se a disciplina ritual.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Só para acelerar o julgamento dos crimes dos quais os idosos são vítimas, só para isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Às vezes, inclusive, o autor, segundo eu apurei, volta para casa. Daí o medo da própria sociedade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Penso que isso deve ficar muito claro, sobretudo no voto de Vossa Excelência, que exclui qualquer benefício de ordem material.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Por isso que, quando o benefício está excluído, nós temos essa possibilidade do aproveitamento, sendo que esses medos sociais não vão acontecer.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tenho dificuldade em não concluir, pura e simplesmente, pela inconstitucionalidade do preceito, sob pena de passar-se a atuar como legislador positivo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não. Mas a serventia da interpretação conforme é para isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, é um ponto de vista isolado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Nós podemos ter normas processuais também.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, não tem. Quanto a idoso, não tem.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Especificamente, não.

O Sr. Ministro Celso de Mello: O objetivo é apenas este: excluir as medidas despenalizadoras.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E deixar claro, na parte dispositiva, que essas medidas despenalizadoras estão excluídas.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Do âmbito da interpretação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Aplicam-se ao processo as normas da Lei 9.099, mas apenas ao processo, e, eventual e subsidiariamente, as do Código de Processo Penal. Só norma processual *stricto sensu*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E no Código Penal também. Exclui os benefícios materiais da própria lei e os benefícios materiais do Código Penal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Como a transação, a conciliação penal. Aí, não se pode arrolar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Corta tudo.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.096/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou parcialmente procedente a ação direta, contra o voto do Ministro Eros Grau, que a julgava improcedente, e o voto do Ministro Marco Aurélio, que a julgava totalmente procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 16 de junho de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.934 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Requerente: Partido Democrático Trabalhista — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional — Interessados: Sindicato Nacional dos Aeroviários e Confederação Nacional da Indústria – CNI

Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 60, parágrafo único; 83, I e VI, *c*; e 141, II, da Lei 11.101/2005. Falência e recuperação judicial. Inexistência de ofensa aos arts. 1º, III e VI; 6º; 7º, I; e 170 da Constituição Federal de 1988. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

I – Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial.

II – Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas.

III – Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários.

IV – Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.

V – Ação direta julgada 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 do Relator, julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a julgavam parcialmente procedente nos termos de seus votos. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Menezes Direito.

Brasília, 27 de maio de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), na qual impugna os arts. 60, parágrafo único; 83, I e VI, *c*; e 141, II, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, por entender incompatíveis com o disposto nos arts. 1º, III e IV; 6º; 7º, I; e 170, VIII, da Constituição Federal.

Os dispositivos atacados possuem o seguinte teor:

> Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.
>
> Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.
>
> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
>
> I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho;
>
> (...)
>
> VI – créditos quirografários, a saber:
>
> (...)
>
> c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo.
>
> Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:
>
> (...)
>
> II – O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Em primeiro lugar, o requerente identifica nos dispositivos impugnados inconstitucionalidade de natureza formal, pois teriam disciplinado matéria relativa à "despedida arbitrária ou sem justa causa", por lei ordinária, a qual, no seu entender, somente poderia ser regulada por lei complementar, a teor do art. 7º, I, da Carta Magna.

Depois, o requerente encontra neles inconstitucionalidade de ordem material, porquanto, ao liberarem os arrematantes de empresas alienadas judicialmente das obrigações trabalhistas, tornando-os imunes aos ônus de sucessão, estariam afrontando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego, abrigados nos arts. 1º, III e IV; 6º; e 170, VIII, da Lei Maior.

Outra inconstitucionalidade material flagrada pelo requerente é a qualificação, como quirografários, dos créditos derivados da legislação do trabalho que ultrapassem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, porque tal disposição violaria a garantia do direito adquirido e a vedação de tomar-se o salário mínimo como referência de qualquer natureza, tratados nos arts. 5º, XXXVI, e 7º, IV, da Constituição.

Segundo o requerente, o regramento impugnado, nesse aspecto

> passará a constituir caminho fácil para o desrespeito aos direitos adquiridos pelos empregados no curso da relação desenvolvida com seu empregador, que vindo a prestigiar outros credores comuns e, uma vez acumulando com eles grandes dívidas, delas poderá se livrar com a simples realização de uma alienação judicial em falência. (Fl. 9.)

Com esses argumentos, alinhavados em resumo, almeja ver reconhecida a procedência da ação para que seja declarada

> a inconstitucionalidade do artigo 83, incisos I e VI, letra "c" da Lei 11.101/05, na parte em que limita os créditos trabalhistas em falência ou recuperação judicial ao montante de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e do artigo 141, inciso II, da mesma Lei 11.101/05, na parte em que isenta o adquirente de empresa, filial ou unidade produtiva, nos casos de falência, de obrigações de natureza trabalhista, ambos com efeito *ex tunc*.

E, ainda,

> seja dada interpretação conforme ao artigo 60, parágrafo único, da mesma norma (Lei 11.101/2005), de modo a que seja esclarecido que os adquirentes de unidades produtivas ou empresas, em processos de recuperação judicial, respondem pelas obrigações derivadas da legislação do trabalho.
> (Fls. 22-23.)

Às fls. 166-184, a Presidência da República, em síntese, informou que

> os dispositivos atacados (...) longe de afrontar a Lei Maior, cumprem-na rigorosamente, prestigiando exatamente a dignidade da pessoa humana, o emprego e o trabalho.
>
> Fazem-no (...) dentro do contexto excepcionalíssimo de uma situação de insolvência, em que a recuperação não comporta a observância dos mesmos parâmetros da normalidade, sob pena de em lugar de se garantir aos trabalhadores o que é possível, não se poder lhes garantir nada, pelo fato consumado da falta absoluta de recursos (...).
>
> (...)
>
> A rigor, a exordial está arguindo a inconstitucionalidade do pagamento escalonado e a constitucionalidade da insolvência e de pagamento nenhum.

O Advogado-Geral da União, às fls. 187-205, opinou pelo não conhecimento da ação quanto ao art. 60, parágrafo único, por ser a "interpretação pretendida pelo autor (...) exatamente oposta àquela oferecida pela norma entendida de forma singela e literal", bem como pela improcedência do pedido quanto aos demais dispositivos, em parecer assim ementado:

> Comercial. Lei de Falências (Lei 11.101/2005). Novos paradigmas. Interesse social na preservação da empresa e dos postos de trabalho. Constitucionalidade dos arts. 60, parágrafo único; 83, I e VI, "c", e 141, II, da Nova Lei de Falências. Manifestação pelo não conhecimento da impugnação quanto ao art. 60, parágrafo único, da lei, e pela improcedência do pedido com relação aos demais dispositivos. (Fl. 187.)

Às fls. 207-217, o Congresso Nacional suscitou, em preliminar, o não conhecimento da ação, pois não teria sido incluído no pedido o § 2º do art. 141 da Lei 11.101/2005, que ostenta a seguinte redação:

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

De acordo com o Advogado-Geral do Congresso Nacional,

mesmo a eventual procedência da ação deixaria remanescer no mundo jurídico aquela norma não impugnada, com manutenção da situação derivada de seu comando.

E, face à impossibilidade de conhecimento jurisdicional *ex officio* da matéria, não resta outro caminho além do não conhecimento da presente ação direta.
(Fl. 212.)

No mérito, repete, em linhas gerais, os argumentos da Presidência da República.

Às fls. 219-227, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela improcedência do pedido, em parecer que recebeu a ementa abaixo transcrita:

Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 60, parágrafo único, 83, incisos I e VI, letra "c", e 141, inciso II, da Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extraterritorialidade e a falência do empresário e da sociedade empresária. Não conhecimento da ação, com relação aos arts. 60 e 141, por carência de impugnação da íntegra do complexo normativo atinente ao tema. Mérito. Sucessão de encargos trabalhistas nas alienações do ativo de empresas sujeitas à recuperação judicial ou falência. Respeito aos direitos sociais, à continuação da atividade empresarial e à preservação de empregos. Créditos trabalhistas em montante superior a 150 salários mínimos. Conversão em quirografários. Razoabilidade e respeito ao princípio da isonomia. Parecer pela improcedência do pedido.
(Fl. 219.)

O Sindicato Nacional dos Aeroviários, às fls. 228-246, pleiteou seu ingresso na presente ação na qualidade de *amicus curiae*. O pedido foi deferido às fls. 344-345.

Às fls. 351-362, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) também postulou seu ingresso como *amicus curiae*, sendo o pleito deferido às fls. 397-398.

Igualmente, a Gol Transportes Aéreos S.A. pretendeu ingressar nos autos nas mesmas condições, às fls. 392-394, mas seu pedido foi indeferido, às fls. 400-401.

É o relatório, cujas cópias serão distribuídas aos Exmos. Srs. Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Examino cada um dos aspectos levantados na inicial, na ordem em que foram levantados.

Inicio pela análise da alegada inconstitucionalidade formal dos dispositivos legais impugnados, por afronta à reserva constitucional de lei complementar, a qual, todavia, não consigo identificar na espécie.

Com efeito, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, não estando ela obrigada a utilizar-se de lei complementar para disciplinar a matéria, que somente é exigida, nos termos do art. 7º, I, da mesma Carta, para regrar a dispensa imotivada. Esse tema, porém, definitivamente, não constitui objeto da Lei 11.101/2005.

Não é difícil constatar, a meu ver, que o escopo do referido diploma normativo restringe-se a estabelecer normas para a recuperação judicial e a falência das empresas, além de proteger os direitos de seus credores.

Mesmo que se considere que a eventual recuperação ou falência de certa empresa ou, ainda, a venda de seus ativos acarrete, como resultado indireto, a extinção de contratos de trabalho, tal efeito subsidiário nada tem a ver com a "despedida arbitrária ou sem justa causa", que decorre sempre de ato volitivo e unilateral do empregador.

É bem de ver que os contratos de trabalho não se rompem necessariamente nessas hipóteses, nem mesmo na circunstância extrema da falência, verificando-se, inclusive, que o art. 117 da Lei em comento prevê que os contratos bilaterais, dos quais a relação de emprego constitui exemplo, não se resolvem de forma automática, visto que podem ser cumpridos pelo administrador judicial em proveito da massa falida.

O rompimento do vínculo empregatício, naquelas hipóteses, resulta da situação excepcional pela qual passa a empresa, ou seja, por razões de **força maior**, cujas consequências jurídicas são, de há muito, reguladas por norma ordinária, a exemplo do art. 1.058 do antigo Código Civil e do art. 393 do novo *Codex*, bem assim dos arts. 501 a 504 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Convém registrar que, a rigor, um dos principais objetivos da Lei 11.101/2005 consiste justamente em preservar o maior número possível de empregos nas adversidades enfrentadas pelas empresas, evitando ao máximo as dispensas imotivadas, de cujos efeitos os trabalhadores estarão protegidos, nos termos do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de aplicabilidade imediata, segundo entende esta Corte, enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora.[1]

Não prospera, assim, o argumento de que os dispositivos impugnados regulam "ato jurídico que gera a extinção automática do contrato de trabalho" (fl. 14), mesmo porque, como nota Jorge Luiz Souto Maior, a dispensa coletiva de empregados não figura, no art. 50 da Lei 11.101/2005, como um dos meios de recuperação judicial da empresa.[2]

Este Tribunal, de resto, já firmou o entendimento de que a reserva de lei complementar restringe-se àquelas situações para as quais a própria

---

[1] RE 449.420-5/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 14-10-2005.

[2] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Negociação coletiva de trabalho em tempos de crises econômicas*. Disponível em: http://www.diap.org.br/index.php/artigos/7223-negociacao-coletiva-de-trabalho-em-tempos-de-crise-economica. Acesso em: jan. 2009.

Constituição exigiu tal instrumento de forma expressa, não se admitindo qualquer tipo de analogia ou relação de similitude material. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, Relator da ADI 789/DF, assentou que o domínio normativo da lei complementar

> apenas se estende àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu – de modo expresso e inequívoco – a edição dessa qualificada espécie de caráter legislativo.
>
> (...)
>
> (...) a exigência de lei complementar não se presume e nem se impõe, quer por analogia, quer por força de compreensão, quer, ainda, por inferência de situações que possam guardar relação de similitude entre si.

Definida a questão que envolve compatibilidade formal dos dispositivos impugnados diante da Carta Magna, passo, na sequência, a examiná-los quanto à sua alegada inconstitucionalidade material. Começo pela análise da ausência de sucessão no tocante às dívidas trabalhistas.

Nesse aspecto, o requerente sustenta que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/2005 são inconstitucionais do ponto de vista substantivo, ao estabelecerem que o arrematante das empresas em recuperação judicial não responde pelas obrigações do devedor, em especial as derivadas da legislação do trabalho.

Como visto, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se, em preliminar, pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade no tocante à impugnação desses dois dispositivos, sob argumento de que a eventual procedência da ação quanto a estes não eliminaria o alegado vício, pois o ordenamento jurídico continuaria a contemplar a não sucessão das obrigações trabalhistas do arrematante.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal assentou, textualmente, que

> a falta de impugnação do § 2º do art. 141 da lei em questão prejudica o pedido deduzido em relação ao inciso II deste mesmo artigo e ao art. 60. Afinal, ainda que se admitam as especificidades de cada qual, não há dúvidas de que, com base na previsão mantida incólume de que "o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato [de trabalho] anterior" (art. 141, § 2º), permaneceriam a cargo exclusivo do devedor as dívidas trabalhistas. Não seria alcançado, portanto, o fim precípuo das impugnações deduzidas neste particular, que reside justamente em reconhecimento expresso de que "os adquirentes (...) respondem pelas obrigações derivadas da legislação do trabalho".
>
> (Fl. 222.)

De fato, embora tal lacuna na inicial pudesse, dentro de uma visão mais ortodoxa, levar ao reconhecimento da prejudicialidade da ação quanto à impugnação dos citados dispositivos, não tem ela, contudo, a meu ver, o condão de torná-la inepta, diante da possibilidade, em tese, de a Corte decretar a inconstitucionalidade § 2º do art. 141 por arrastamento, caso venha a concluir que a ausência de sucessão, no caso de débitos trabalhistas, ofende a Carta Magna.

Conheço, pois, da ação, adiantando, todavia, que não identifico a inconstitucionalidade aventada pelo requerente quanto aos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/2005.

Primeiro, porque a Constituição não abriga qualquer regra expressa sobre o eventual direito de cobrança de créditos trabalhistas em face daquele que adquire ativos de empresa em processo de recuperação judicial ou cuja falência tenha sido decretada.

Depois, porque não vejo, no ponto, qualquer ofensa direta a valores implícita ou explicitamente protegidos pela Carta Política. No máximo, poder-se-ia flagrar, na espécie, uma colisão entre distintos princípios constitucionais. Mas, mesmo assim, não seria possível falar, no dizer de Luís Virgílio Afonso da Silva, "nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção",[3] visto ter o legislador ordinário, apenas, estabelecido, nas palavras de Robert Alexi, "relações de precedência condicionada".[4]

É que, na conhecida definição do referido jurista germânico, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes, razão pela qual a sua concretização demanda sempre um juízo de ponderação de interesses opostos, à luz de uma situação concreta.[5]

As condições fáticas e jurídicas, no seio das quais o juízo de ponderação é levado a cabo, contudo, nem sempre são as ideais, visto que a tendência expansiva dos princípios tende a fazer com que a realização de um deles, no mais das vezes, se dê em detrimento da concretização de outro.[6]

No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igualmente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o qual se defrontou.

Assim, o exame da alegada inconstitucionalidade material dos dispositivos legais que estabeleceram a inocorrência de sucessão das dívidas trabalhistas, na hipótese da alienação judicial de empresas, passa necessariamente pelo exame da adequação da escolha feita pelo legislador ordinário no tocante aos valores e princípios constitucionais aos quais pretendeu emprestar eficácia.

Ora, analisando a gênese do diploma normativo cujos dispositivos se encontram sob ataque, verifico que ele resultou de um projeto de lei, o PL 4.376/1993, o qual tramitou por cerca de onze anos no Congresso Nacional. Após longas e

---

[3] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50.

[4] ALEXI, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993, p. 91-92.

[5] Idem, loc. cit.

[6] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Op. cit., loc. cit.

aprofundadas discussões, os parlamentares aprovaram a Lei 11.101/2005, revogando concomitantemente o Decreto-Lei 7.661/1945, que antes regia a matéria.

Em parecer ofertado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o Senador Ramez Tebet, relator do projeto em questão, deixou anotado o seguinte:

> A fim de conhecer as opiniões dos diversos segmentos da sociedade sobre o assunto e democratizar o debate, esta Comissão promoveu, nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, audiências públicas acerca do PLC n. 71, de 2003, em que foram ouvidas centrais sindicais, representantes das associações e confederações comerciais e industriais, das micro e pequenas empresas, dos bancos e do Banco Central, das empresas de construção civil, dos produtores rurais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Governo Federal, e outros especialistas em direito falimentar. Além disso, recebemos numerosas sugestões por escrito, que também contribuíram para o aprofundamento do debate.[7]

Embora houvesse um consenso generalizado, na doutrina, acerca da excelência técnica do texto normativo editado em 1945, registrava-se também uma crescente concordância na comunidade jurídica quanto ao seu anacronismo diante das profundas transformações socioeconômicas pelas quais passou o mundo a partir da segunda metade do século XX, e que afetaram profundamente a vida das empresas.

Rubens Approbato Machado, por exemplo, ao comentar a nova lei, afirma que

> a falência (...) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-Lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente, uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevida.[8]

Essa foi também a visão do relator do projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal:

> A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que

---

[7] Parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), 2003, p. 11-13.

[8] MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22.

> moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade.[9]

Assim, é possível constatar que a Lei 11.101/2005 não apenas resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, como também surgiu da necessidade de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada, de um lado, pela concorrência predatória entre seus principais agentes e, de outro, pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

Nesse contexto, os legisladores optaram por estabelecer que adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto, segundo consta do citado parecer senatorial:

> O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos.[10]

Comentando o dispositivo da Lei 11.101/2005, que isenta os arrematantes dos encargos decorrentes da sucessão trabalhista, Alexandre Husni assenta o quanto segue:

> A realidade é que visto o fato de forma econômica, a entidade produtiva mais valor terá na medida em que se desligue dos ônus que recaiam sobre si, independentemente da sua natureza. Via de consequência, a procura será maior tanto quanto garanta o Poder Judiciário a inexistência de sucessão. Pago o preço justo de mercado, quem efetivamente sai ganhando com o fato será o credor de natureza trabalhista e acidentário que são os primeiros na ordem de preferências estabelecida pelo legislador.[11]

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada –, autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior.

---

[9] Parecer, loc. cit.

[10] Parecer, loc. cit.

[11] HUSNI, Alexandre. Comentários aos artigos 139 ao 153. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 537-538.

Nesse sentido, é a lição de Manoel Pereira Calças:

> Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas.
>
> (...)
>
> Na senda da velha lição de Alberto Asquini, em seu clássico trabalho sobre os perfis da empresa como um fenômeno poliédrico, não se pode confundir o empresário ou a sociedade empresária (perfil subjetivo) com a atividade empresarial ou organização produtiva (perfil funcional), nem com o estabelecimento empresarial (perfil objetivo ou patrimonial). Nesta linha, busca-se preservar a empresa como atividade, mesmo que haja a falência do empresário ou da sociedade empresária, alienando-a a outro empresário, ou promovendo o trespasse ou o arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, conforme previsão do art. 50, VII e X, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.[12]

Sérgio Campinho, na mesma linha, assenta que a

> alienação judicial (...) tem por escopo justamente a obtenção de recursos para cumprimento de obrigações contidas no plano [de recuperação da empresa], frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado.[13]

Isso porque o processo falimentar, nele compreendido a recuperação das empresas em dificuldades, objetiva, em última análise, saldar o seu passivo mediante a realização do respectivo patrimônio. Para tanto, todos os credores são reunidos segundo uma ordem predeterminada, em consonância com a natureza do crédito de que são detentores.

O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica.

É exatamente o que consta do art. 47 da Lei 11.101/2005, *verbis*:

---

[12] CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no Direito do Trabalho (Lei 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 73. n. 4. out./dez. 2007, p. 40.

[13] CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173.

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que a ausência de sucessão das obrigações trabalhistas pelo adquirente de ativos das empresas em recuperação judicial não constitui uma inovação do legislador pátrio. De fato, em muitos países, entre os quais destaco a França (*Code de Commerce,* arts. L631-1, L631-13 e L642-1) e a Espanha (*Ley* 22/2003, art. 148), existem normas que enfrentam a problemática de modo bastante semelhante ao nosso.

Na lei falimentar italiana, por exemplo, há inclusive um dispositivo bastante similar à regra aqui contestada. Trata-se do art. 105 do Decreto 267/1942, com a redação que lhe emprestou o Decreto Legislativo 5/2006, que tem a seguinte redação:

> Salvo disposição em contrário, não há responsabilidade do adquirente pelo débito relativo ao exercício do estabelecimento empresarial adquirido.[14]

Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a inocorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.

Superadas tais objeções, passo agora ao exame do último argumento da presente ação direta, isto é, o da inconstitucionalidade da conversão de créditos trabalhistas, a partir de um certo patamar, em quirografários.

Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.

É que – diga-se desde logo – não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional.

Observo, a propósito, que o estabelecimento de um limite quantitativo para a inserção dos créditos trabalhistas na categoria de preferenciais, do ponto de

---

[14] "*Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute.*"

vista histórico, significou um rompimento com a concepção doutrinária que dava suporte ao modelo abrigado no Decreto-Lei 7.661/1945, cujo principal enfoque girava em torno da proteção do credor, e não da preservação da empresa como fonte geradora de bens econômicos e sociais.

É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado.

Esse entendimento encontra expressão no art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (*Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador*), segundo o qual a

> legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável.

Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.

Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo – bastante razoável, diga-se – para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum,* segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram.

Esse é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o limite à preferência do crédito trabalhista tem como objetivo

> impedir que (...) os recursos da massa [sejam consumidos] com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação.[15]

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto

---

[15] COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal,

> o limite superior de 150 salários mínimos (...) afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades.[16]

Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos.

Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência.

Em abono dessa tese, afirma o já citado Manoel Pereira Calças que:

> O Estado deve proteger os trabalhadores que têm como "único e principal bem sua força de trabalho". Por isso, tanto na falência, como na recuperação judicial, os trabalhadores devem ter preferência no recebimento de seus créditos, harmonizando-se, no entanto, tal prioridade, com a tentativa da manutenção dos postos de trabalho.
>
> (...)
>
> (...) o credor trabalhista, cujo crédito somar até cento e cinquenta salários mínimos, será classificado pela totalidade do respectivo valor na classe superpreferencial; já o trabalhador que for titular de crédito que supere o teto legal participará do concurso em duas classes distintas, ou seja, pelo valor subsumido no teto integrará a classe dos créditos trabalhistas e pelo valor excedente será incluído na classe dos quirografários.[17]

Essa restrição, contudo, de forma acertada, como asseveram Vera de Mello Franco e Rachel Sztajn, "não atinge as indenizações devidas por acidente do trabalho, que devem ser pagas integralmente".[18] Ademais, assentam que:

> Caso o apurado com a venda dos ativos seja insuficiente para a satisfação do total, procede-se ao rateio, em igualdade de condições, dentre os credores trabalhistas e preferenciais, classificados nesta classe.[19]

Assim, forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a

---

[16] Parecer, loc. cit.

[17] CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no Direito do Trabalho (Lei n. 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 73. n. 4. out./dez. 2007, p. 41.

[18] FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação de empresa em crise*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 42-43.

[19] Idem, loc. cit.

Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico.

Assento, por fim, que não encontro nenhum vício na fixação do limite dos créditos trabalhistas, para o efeito de classificá-los como quirografários, em salários mínimos, pois o que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.

Isso posto, conheço e julgo improcedente a presente ação direita de inconstitucionalidade.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, apenas um aspecto que diz respeito ao arrastamento referido pelo Relator. E Sua Excelência, portanto, declara a constitucionalidade do art. 141, § 2º, da lei. Dispositivo, sem dúvida alguma, e Sua Excelência admite, não atacado nessa ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Creio que o § 2º versa instituto diverso. Enquanto o inciso II do art. 141 cogita da alienação, e alienação sem ônus para o adquirente, o § 2º cuida da contratação de empregados que teriam sido da falida. Então, é matéria que penso solteira, muito embora haja um elo, mas um elo remoto, considerados os demais dispositivos. Por isso, penso que deveríamos nos cingir à inicial, ao ataque formalizado na inicial, e emitirmos entendimento a respeito.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Ministro Marco Aurélio, eu não me pronunciei sobre o § 2º do art. 141. Eu disse que essa falha apontada – porque é o que dizem a Advocacia-Geral da União e também a Procuradoria-Geral da República, como relatei a Vossas Excelências –, que a falta de ataque ao § 2º ensejaria o não conhecimento do ataque àquele art. 60. Então, afastei esse argumento, mas não me pronunciei sobre o mérito do dispositivo, no tocante à constitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência não assenta a constitucionalidade do § 2º?

Então, acompanho integralmente o Relator na colocação dessa matéria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Foi apenas impugnado...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Realmente, não chega Sua Excelência ao exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do § 2º. Comungamos. Sua Excelência ressalta haver uma disposição que não está umbilicalmente ligada às demais.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Vossa Excelência fez uma descrição, a meu ver, muito correta.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, não comprometeria, não é isso? Não haveria nenhum compromisso da Constituição.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Exatamente. Não me pronunciei sobre isso. Absolutamente. Apenas afastei a prejudicialidade.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, começo por também cumprimentar o eminente Relator pelo brilhantíssimo voto que, como sempre, profere. Também faço coro com Sua Excelência quanto às sustentações orais produzidas, a presença dos advogados, que sempre ajudam muito a prestação da jurisdição.

De logo afirmo a minha total concordância com os fundamentos e com a conclusão a que chegou o eminente Relator. Eu o acompanho.

Quanto à inconstitucionalidade formal, também não consigo absolutamente vislumbrar em que se poderia conter a vinculação que se tentou estabelecer entre o art. 7º, inciso I, da Constituição com a matéria contida na Lei 11.101, a qual absolutamente trata de outra matéria que, a meu ver, realmente não exige, em qualquer caso, lei complementar.

Quanto à inconstitucionalidade, muito bem demonstrada, inclusive com a incursão pelo Direito comparado, no ponto em que se afirma a ausência de sucessão como comprometendo a Constituição, vislumbro exatamente o contrário, tal como bem posto pelo eminente Relator.

Quanto ao art. 170, quando garante a função social da propriedade – falou-se inclusive da tribuna nos memoriais apresentados e pareceres, da unidade produtiva que faz com que o que antes era concordata, que em geral virava uma falência a qual não dava em nada –, acabou se transformando numa possibilidade de se chegar exatamente à garantia da função social e ao pleno emprego do inciso VIII do art. 170 da Constituição.

Por isso creio que a lei tenta – aliás, bem citado também pelo Relator, no art. 47, que se explicite o que é esse sistema de recuperação judicial de uma empresa – é exatamente dar cobro, concretização aos princípios da Constituição. Não consegui vislumbrar nenhuma inconstitucionalidade material.

O art. 60 – aliás, a inicial é apenas mencionada sem fundamentação, mas que Sua Excelência superou para que se tivesse de uma vez o pronunciamento deste Supremo Tribunal, porque só é citado no pedido final –, também juntamente com o art. 141, não conduz absolutamente à demonstração de qualquer inconstitucionalidade. A meu ver, o art. 83, no que se refere a estabelecer o patamar, não descumpre direitos trabalhistas, que são direitos fundamentais que a Constituição abrigou. A meu ver, não é a natureza deles de alguma forma afrontada ou ofendida, porque os direitos a esses créditos permanecem. Não permanecem com a preferencialidade até o total, porque, como Vossa Excelência bem pôs, Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, atende exatamente a uma proporção que é a adequada a garantia de todos os trabalhadores inclusive para permitir

que haja aqueles que se propõem a tentar a recuperação e, no caso da falência, obter o acervo para que se dê continuidade à atividade econômica.

Em tudo que foi posto – como disse –, tanto nos fundamentos quanto na conclusão, estou acompanhando o Relator às inteiras.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, eu vou acompanhar o Relator – é um belíssimo voto – e fazer uma brevíssima achega. Eu apenas não subscreveria o voto naquilo que diz respeito ao chamado juízo de ponderação, em relação ao qual guardo as mais absolutas reservas. Temo que a ponderação seja incompatível com o positivismo, na medida em que comporta sempre um juízo de discricionariedade. E pode ser que algum dia eu esteja sob o julgamento de um juiz cujos critérios de discricionariedade não sejam os de que eu gosto. Mas foi um belo voto, Senhor Ministro.

Por outro lado, examinei, ponderei muito os memoriais que recebi ontem, de ambas as partes, e isso tudo me fez lembrar um autor da última década do século XIX, que diz:

> Na vitória ou no equilíbrio das forças sociais combatentes, surge o direito como a resultante das solicitações divergentes. O equilíbrio dos interesses antinômicos é necessariamente instável quando a situação das classes muda. Por acréscimo ou diminuição de energia, renova-se o combate.
> (Clóvis Beviláqua.)

A visão aguda de Clóvis Beviláqua já tinha apontado situação da qual o texto normativo que analisamos hoje é uma expressão. Inteiramente adequada à Constituição.

Se eu trabalhar com a totalidade que a Constituição é, considerar o princípio da função social da propriedade, considerar que, no combate entre as classes sociais, efetivamente não haverá trabalho se não houver capital. No modo de produção social dominante entre nós, tenho de admitir que o texto é plenamente adequado à Constituição.

Acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, eu também acompanho o Relator. Tenho alguma reticência com relação ao art. 83, inciso I, mas, quanto a isso, a princípio, acompanho.

Aguardarei a sequência do debate.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, não estou totalmente confortado quanto à constitucionalidade do art. 83, na totalidade da sua redação.

Encaminho o meu voto no sentido de dar pela inconstitucionalidade, com redução de texto.

Eu ficaria com a seguinte redação:

> Art. 83.
> I – Os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados à legislação do trabalho.

Ou seja, a preferência estabelecida em favor dos créditos derivados da relação de trabalho é absolutamente constitucional. Porque essa primazia do trabalho resulta de diversos dispositivos da Constituição, pelo caráter alimentar do salário, sobretudo, e pela sua natureza de direito social.

O art. 193 de nossa Lei Maior diz:

> Art. 193. A ordem social tem como base o primado [vale dizer, a primazia] do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

É como encaminho o meu voto, renovando os meus cumprimentos à excelência do voto do Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, eu também quero, desde logo, associar-me às justas homenagens ao eminente Relator pelo seu – eu diria – voto exaustivo. Quero ainda cumprimentar as sustentações orais, pois tivemos a oportunidade de ver algumas de nível excelente. Estendo, pois, também os meus cumprimentos aos eminentes advogados que ocuparam a tribuna.

Também não vejo inconstitucionalidade formal, uma vez que as hipóteses de alienações previstas nos dois dispositivos não significam nem são causa de ruptura dos contratos de trabalho, nem, por conseguinte, de despedida arbitrária sem justa causa.

Em relação ao art. 83, especificamente, eu diria que, na verdade, a Constituição não prevê em nenhum dispositivo – e a meu ver, com o devido respeito, nem sequer no seu sistema – nenhum direito subjetivo a tratamento homogêneo de quaisquer créditos e, portanto, nem sequer dos trabalhistas a regime jurídico unitário de preferências na temática de falência e, como se diz hoje, de recuperação judicial. Isso é tema específico, tema próprio da legislação infraconstitucional dentro do quadro de ambos os institutos: o da falência e o da recuperação judicial.

Aliás, a justificativa ou a racionalidade dessa norma foi muito bem explicada não apenas nas sustentações orais, mas também pelo eminente Relator, demonstrando-se que esse limite que estava dentro da discricionariedade do

legislador infraconstitucional atende à realidade, isto é, prestigia exatamente aquela classe de trabalhadores que constitui a grande maioria das experiências judiciais, porque, de ordinário, os créditos superiores ao valor estabelecido no art. 83 são, de regra, de altos diretores, embora ligados por contratos de trabalho.

Em relação aos primeiros, que não gozam desta dimensão, deste *status* de poderes gerenciais, com todos os privilégios consequentes, por natureza a verba não pode deixar de ser considerada de caráter alimentar, e de caráter alimentar imediato dos demais credores trabalhistas, estes, sim, inclusive os acidentados etc.

A mim parece-me que há aí boa racionalidade jurídica – e aqui não entro na questão suscitada pelo eminente Ministro Eros Grau –, que afasta qualquer hipótese de abuso legislativo. Não descubro caso de abuso legislativo. Vejo mais: a lei, e não apenas essa, mas também a lei anterior, que nunca sofreu qualquer contestação a este propósito, no art. 54 dá outra preferência: dá preferência de prazo muito menor para credores de salários de até cinco salários mínimos quanto a verbas vencidas nos últimos três meses. Podemos dizer que isso é inconstitucional? Está atendendo a situações que ao próprio legislador pareceu de maior urgência. Assim, como já havia acentuado, em relação aos demais credores, essa discriminação, que atende às finalidades dos institutos, tem que ser vista nesse contexto. São normas de caráter instrumental para atender às finalidades de ambos os institutos. Por exemplo: as multas tributárias estão excluídas, assim como as cláusulas penais sempre estiveram excluídas.

Noutras palavras, há razões jurídicas ponderáveis no quadro normativo de regulamentação da falência e das recuperações judiciais, sobretudo na falência, onde está o tema da classificação dos créditos, para essa discriminação, a fim de que sejam alcançados os escopos da lei que, no fundo, é a preservação da empresa como fonte de riquezas sociais.

Em relação ao art. 141 – isso também já ficou bem acentuado –, o propósito de subsistência da empresa é preponderante, até de manutenção das relações e dos postos de trabalho, porque propicia continuidade da atividade empresarial produtiva, com todos os seus intuitivos benefícios.

E a propósito, lembrei-me – porque durante mais de vinte anos fui juiz cível e lidei com muitos casos, sobretudo de concordatas – de que invocava sempre uma frase do eminente então Ministro Aliomar Baleeiro que dizia – e nisto ele simplesmente fazia um reconhecimento de caráter geral – que não há interesse social algum em decretar-se falência. É o caso. Todo o propósito da lei, todo o esquema de engenharia da lei foi exatamente de preservar as empresas como fonte de benefícios e de riquezas de caráter social, e não apenas de riqueza de caráter individual.

Por outro lado, essas restrições às alienações, na verdade, só têm sentido em casos típicos de sucessão de empresas, o que raro acontece. Aliás, as normas preveem outras hipóteses, isto é, hipóteses de alienação de unidades, de alienação de filiais, etc., etc. Só se poderia cogitar de sucessão em direitos e obri-

gações, se fosse caso típico de sucessão de empresas, que é uma das hipóteses possíveis, mas não a única no quadro.

Por isso, mais do que explicativas, parece-me que essas normas são de advertência. Claro que elas também têm o intuito de criar um atrativo que tende a elevar o valor do estabelecimento e atrai interessados na aquisição desses bens, em cujo produto, diz a lei, os credores se sub-rogam desde logo.

E digo mais: se fosse, como se pode sustentar, interessante ou atraente adquirir empresas em colapso com integral sucessão jurídica, esta lei seria absolutamente inútil. Ela foi engendrada, concebida exatamente porque a realidade mostra, como, aliás, a experiência judiciária o comprova abundantemente, que ninguém jamais, salvo com finalidades escusas, teria o menor interesse em adquirir uma empresa nessas circunstâncias e arcar com débitos absolutamente insuscetíveis de pagamento!

Finalmente, Senhor Presidente, gostaria de acentuar – isto me parece também importantíssimo – que o que está por trás da interpretação dessa norma é, na verdade, um conflito entre duas visões. De um lado, uma visão macroeconômica, que tem o foco no dinamismo da economia e que, por isso mesmo, visa ao benefício de toda a coletividade, e, de outro, uma visão que eu diria um pouco mais microscópica e um pouco mais rente a aparentes interesses subjetivos individualizados, mas que, no fundo, reverte em dano geral, porque não permite a recuperação das empresas, nem que a lei atinja os seus objetivos. Isso tudo, com base na experiência, que nos mostrou que, durante a vigência da lei velha, ninguém costumava adquirir bens, muito menos toda a massa. Em muitos e muitos casos, a demora nos processos de falência levava à deterioração desses bens e, portanto, à perda de seu valor econômico. Os créditos não eram satisfeitos – e a minha memória não é tão boa quanto o era, mas não me recordo de ter pago crédito trabalhista em falências há muitos anos; não me lembro de ter feito isso. E as empresas eram extintas, e o desemprego era acelerado.

Por todas essas razões, Senhor Presidente, acompanho integralmente o brilhante voto do eminente Relator e de todos que o acompanharam.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também acompanho o belo voto proferido hoje pelo Ministro Ricardo Lewandowski, entendendo que a legislação posta é informada pelo valor da preservação dos empreendimentos produtivos e, consequentemente, do nível de emprego no país.

Com relação ao art. 83, I, VI, *c*, vejo que o dispositivo, contrariamente ao que alega o autor da ação, permite o atendimento da grande maioria dos créditos trabalhistas. Portanto, uma medida perfeitamente proporcional, já que a média informada pela Justiça do Trabalho, média do valor dos créditos trabalhistas, não excede geralmente aos dois mil e quatrocentos reais. De modo que essa fixação é suficiente para atender todos os créditos que tenham a natureza propriamente alimentar; não aquelas grandes, imensas quantias por vezes infladas artificialmente.

Com relação aos arts. 60, parágrafo único, e 141, II – onde se cuida das alienações –, eu vejo que também aqui é um dispositivo que concorre para a preservação das empresas. Verifico também que a continuidade desses empreendimentos recomenda, por todas as razões, a separação entre os ativos saudáveis e aquelas pendências de modo que se permita, sim, uma maior valorização da empresa, uma venda por maior quantia e, consequentemente, também, uma distribuição maior entre os credores da massa.

Portanto, Senhor Presidente, com esses breves acréscimos, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a dúvida inicial que tive foi dissipada pelo Relator, no que Sua Excelência esclareceu que não haveria a vinculação dos arts. 141, inciso II, e 60, parágrafo único, com o art. 141, § 2º, todos da lei em comento. Quando comecei a versar a matéria, busquei justamente estabelecer a distinção dos institutos previstos nesses dispositivos.

Presidente, estamos diante de situação concreta a equacionar um conflito que, para mim, terá solução única, presentes o interesse individual e o coletivo.

Se formos ao art. 47 da lei analisada, veremos que nele se contém uma verdadeira exposição de motivos:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

É louvável, sob todos os títulos, o instituto da recuperação judicial da empresa; recuperação que se faz tendo em conta a interferência do Judiciário e as balizas da própria lei – balizas que se revelam, em grande parte, imperativas –, havendo a maior seriedade de propósito possível.

Estamos a nos pronunciar não em caso concreto, mas no campo do controle concentrado de constitucionalidade. O cotejo a fazer-se é único: entre os dispositivos atacados e a Carta da República. Se partíssemos até mesmo para o cotejo no campo legal, teríamos de assentar a supremacia, considerada a Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei 11.101/2005, ante o critério da especialidade.

O que temos, Presidente? Temos no art. 141, inciso II, que diz respeito não à recuperação, mas à situação de morte civil, que é a revelada pela falência:

> Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos [e não me consta que essa alienação se faça para beneficiar os sócios], inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata esse artigo:
> (...)

> II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Presidente, não há o envolvimento, de início, quer de direito real, quer do que poderíamos apontar – levando em conta o antônimo – como ônus real. Temos que, quando se cogita de alienação – e essa alienação geralmente se faz no campo da hasta pública –, ela diz respeito ao bem que se quer alienar. Não se parte para a alienação do que seria o passivo. Busca-se um aporte em pecúnia para fazer, em passo seguinte, frente ao passivo.

Não vejo como possamos concluir, presente até mesmo princípios implícitos da Carta da República, pela inconstitucionalidade desse dispositivo.

Segue-se o art. 60, parágrafo único:

> Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante [já aqui no campo da recuperação judicial] nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Mais um preceito que revela a ordem natural das coisas: a racionalidade da recuperação judicial, no que se busca, evidentemente, aproveitar o que há de positivo em termos de empresa a ser recuperada para terem-se recursos objetivando a satisfação de obrigações.

Por último, Presidente, peço vênia aos colegas para divergir. Eis o que previsto no art. 83, inciso I, da lei:

> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
> I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

A normatização quanto à ordem dos créditos não conflita, por mais que potencialize a natureza alimentar dos créditos trabalhistas, com a Carta da República. Não há qualquer dispositivo na Carta da República – conforme foi ressaltado pelo advogado da Confederação Nacional da Indústria – que rotule, que classifique créditos, apontando os quirografários e os preferenciais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É, mas a legislação comum é que tem que se adaptar à Constituição quando cria esses institutos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como?

O Sr. Ministro Carlos Britto: A legislação comum, no caso, seja civil, seja mercantil, é que tem que se adaptar à Constituição quando cria tais institutos infraconstitucionais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Teríamos que chegar à declaração da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 30, no que, ao versar o parcelamento dos créditos comuns, acabou projetando para as calendas gregas a satisfação dos créditos alimentícios, a liquidação dos precatórios alimentares!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Por isso que temos votado contra, eu e Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No que os executivos passaram – porque optaram pelo parcelamento dos créditos comuns e, aí, no tocante a esse parcelamento, tem-se a possibilidade de o Judiciário determinar o sequestro quando não inserida verba no orçamento para a satisfação de parcela ou não satisfeita a parcela – a atender aos créditos comuns. Evidentemente, como só cabe o sequestro, de forma geral, sem cogitar-se desse parcelamento, no caso de preterição, simplesmente não liquidam os créditos alimentares.

Mas não há, Presidente, a meu ver, a pecha de inconstitucionalidade no que se acabou por limitar – estou a cogitar da matéria de fundo – a preferência dos créditos trabalhistas a certo patamar. A inconstitucionalidade, a meu ver, surge, e o caso é mesmo de indexação, porque ninguém me diz que cento e cinquenta salários mínimos, à data da edição da lei, representam hoje em pecúnia o mesmo quantitativo, no conflito da norma com o inciso IV, ou seja, a cláusula final do inciso IV do art. 7º da Carta Federal, no que visa a deixar o legislador livre, sem vinculações maiores, para atuar na majoração do salário mínimo. Prevê o salário mínimo como suficiente a satisfazer certas necessidades – e acredito que ele não chegue a essa satisfação, mesmo não percebendo salário mínimo. E vem o preceito final: "(...) sendo vedada sua vinculação para qualquer fim." E, no caso, houve a vinculação.

O que se pretendeu, Presidente, quando se versou o quantitativo de cento e cinquenta salários mínimos por credor? Pretendeu-se manter valor atualizado. Em vez de cogitar-se de quantitativo absoluto, lançou-se a referência a salários mínimos.

Indago: não ocorre, no caso, a vinculação? Será que o fato dessa lei cogitar de certo número de salários mínimos não poderá influenciar a alteração do próprio salário mínimo, em vinculação que a cláusula final do inciso IV do art. 7º busca evitar? A meu ver, sim, Presidente. E repito. Repito que a cláusula encerra a indexação do valor que deverá ser considerado para ter-se o crédito como privilegiado. Digo que, em situações mais favoráveis, situações ligadas à contraprestação do trabalho, o Tribunal procedeu à glosa. Refiro-me a certos segmentos profissionais que tinham piso fixado em salário mínimo e a adicionais remuneratórios.

Por isso, no tocante ao inciso I do art. 83, parto para a interpretação conforme à Carta e declaro a inconstitucionalidade, a menos que se considere o valor em pecúnia que os cento e cinquenta salários mínimos representavam à data da edição da lei.

É como voto na espécie.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Com uma possibilidade seríssima, porque, se não houver a aprovação do plano de recuperação pela assembleia de credores, tem-se a decretação da falência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vou aproveitar para aderir inteiramente ao que Vossa Excelência vai antecipar – estou imaginando – e pedir respeitosa vênia ao Ministro Marco Aurélio para discordar por vários motivos: primeiro, porque a jurisprudência da Corte é assente em que a proibição constitucional não apanha os casos de verba ou obrigações de caráter estritamente alimentar – que é o caso. Segundo, nós mesmos temos reconhecido, quanto aos benefícios assistenciais da Lei 8.742/1983, que a renda mensal pode ser calculada até um quarto do salário mínimo. Terceiro – e esse que me parece fundamental –, toda a justificação da proibição constitucional está ligada à necessidade de evitar que o salário mínimo seja fator de inflação e, por isso, está ligada à ideia de obrigações. Ora, no caso, não há fixação de obrigação de nenhuma espécie, porque os salários não sofrem nenhuma correção com base no salário mínimo. O que a lei fez foi simplesmente estabelecer o valor que diferencia classes de preferência.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Sem verificação do poder de solvência do Estado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência me permite?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu também concordo. Acho que o Ministro Peluso tem toda razão. Não se trata de vinculação proibida ao salário mínimo. Agora, o fato de limitar a preferência, quantificar a preferência do trabalhador, dos créditos de natureza trabalhista, isso tem uma consequência que reduz o peso político dos trabalhadores na hora de decidir sobre o plano de recuperação. É que o art. 38 da lei diz que o voto do credor será proporcional ao valor do seu crédito. Daí por que eu disse que, se limita um crédito e não se limitam outros...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, Ministro, é que a realidade mostra que os maiores credores trabalhistas são aqueles cujos créditos são inferiores a esse limite.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eu diria que em seu conjunto representam 99% dos credores trabalhistas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É que os outros créditos não trabalhistas não foram limitados. E a minha tese é de que – só estou discordando disso; no mais, estou aplaudindo o voto do eminente Relator e tudo o mais. Entendo que a lei não tem essa força de quantificar a preferência dos trabalhadores quanto aos créditos trabalhistas. Lá, no Nordeste, nós dizemos: cesteiro que faz um cesto faz um cento. Quem pode hoje quantificar em cem, amanhã pode quantificar em cinquenta, em trinta. E eu tenho receio disso, mas, no mais, eu estou de pleno acordo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Noutras palavras, por enquanto, nós estamos tratando de cestas.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas Vossa Excelência me permite ventilar um argumento que já foi exposto da tribuna?

Quando das discussões deste dispositivo da lei, e também os doutrinadores repetem esses fundamentos, procurou-se exatamente evitar fraudes, que parentes dos dirigentes, dos sócios, intentassem ações trabalhistas ou fizessem ações trabalhistas a 1/10 a hora antes...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Exatamente. Antes da falência já anunciada para se beneficiar, integrando o rol de credores preferenciais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso é fato. Vossa Excelência é prudente nisso. Só que havia outras saídas para isso, mas não vamos eternizar a discussão, dado o adiantado da hora.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Então, esse é um dispositivo salutar antifraude até.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas eu entendi. Vossa Excelência foi prudente ao fazer essa meditação.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também peço vênia às divergências parciais e pontuais para acompanhar o magnífico voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, inclusive no que concerne a esse aspecto, já objeto de outra discussão, da eventual vinculação ao salário mínimo.

Entendemos que, quando se trata de um critério de atualização, como valores e custas, ou como no caso de prioridade, podemos até, depois, encontrar outro mecanismo adequado, mas este acaba por ser um critério mais generoso e, no caso, favorável aos trabalhadores.

Desse modo, acompanho o Relator nesse ponto.

Realmente a lei – tal como demonstrado no voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski e no daqueles que o seguiram – faz uma belíssima engenharia institucional, buscando viabilizar créditos para eventualmente satisfazer – o ativo – os eventuais passivos nesta área extremamente difícil e que muitas vezes levava a empresa a desaparecer – falta de candidatos –, tendo em vista inclusive a sucessão que era inerente a esse processo.

Gostaria de, subscrevendo as razões trazidas pelo Relator e pelos que o seguiram, também ressaltar o belíssimo trabalho realizado pelo Congresso Nacional. Estamos acostumados a fazer críticas ao Congresso Nacional, mas este é um trabalho digno de nota.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência faria também justiça se estendesse esse elogio aos economistas, um dos quais conheço muito bem, que conceberam essa regra.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Claro que todos estão. Mas veja, é um trabalho que realmente busca dar função para um tema extremamente difícil e que acaba por acarretar prejuízos a todos e à própria sociedade.

De modo que eu gostaria realmente de fazer esse registro, nesses tempos críticos, ao trabalho legislativo realizado e a todos os seus partícipes.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, de qualquer forma, não haveria o vácuo normativo.

Empresto, em meu voto, a interpretação conforme para entender que é inconstitucional a vinculação em si e, portanto, a consideração, após 2005, dos cento e cinquenta salários mínimos, transformando-os em pecúnia, levando em conta o valor do salário mínimo à época.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.934/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (Advogados: Sebastião José da Motta e outros). Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Sindicato Nacional dos Aeroviários (Advogados: Eliasibe de Carvalho Simões e outros e Damares Medina) e Confederação Nacional da Indústria – CNI (Advogados: Sérgio Murilo Santos Campinho e outros e Cassio Augusto Muniz Borges).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a julgavam parcialmente procedente nos termos de seus votos. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Menezes Direito. Falaram pelo requerente, Partido Democrático Trabalhista, o Dr. Otávio Bezerra Neves; pelo *amicus curiae*, Sindicato Nacional dos Aeroviários, a Dra. Eliasibe de Carvalho Simões; pelo requerido, Presidente da República, o Advogado-Geral da União, Ministro José Antonio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Luiz Fernando Bandeira de Mello, Advogado-Geral do Senado e, pelo *amicus curiae*, Confederação Nacional da Indústria (CNI), o Dr. Sérgio Murilo Santos Campinho.

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

Brasília, 27 de maio de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.944 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL — Requerido: Presidente da República — Interessados: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, Intervozes – Coletivo Brasil de Comunição Social, Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono, Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA, Fórum do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre – Fórum SBTVD, Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE

Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 7º a 10 do Decreto 5.820, de 29 de junho de 2006, expedido pelo Presidente da República. Adoção do Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD). Consignação de mais um canal de radiofrequência às concessionárias e "autorizadas" dos serviços públicos de radiodifusão de sons e imagens, sem apreciação do Congresso Nacional. Diferença entre autorização de uso do espectro de radiofrequências e concessão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. Inexistência de violação ao § 5º do art. 220 e ao art. 223, ambos da Constituição Federal.

1. As normas impugnadas por esta ação direta de inconstitucionalidade são apenas as veiculadas pelos arts. 7º a 10 do Decreto federal 5.820/2006. Embora sustentadas na petição inicial, não se conhece de teses jurídicas que não tenham pertinência com os dispositivos impugnados, a saber: a) a de que um "memorando de entendimento", assinado pelo Ministro das Relações Exteriores do Brasil e pelo Chanceler do Japão, não passara pelo controle do Congresso Nacional; b) a de que deixou de ser publicado o relatório do Comitê de Desenvolvimento do Sistema Brasileiro de TV Digital, referido pelo inciso VIII do art. 3º do Decreto 4.901/2003, caracterizando omissão imprestabilizadora da escolha feita pelo Poder Executivo quanto ao modelo japonês de televisão digital (ISDB).

2. O Decreto 5.820/2006, pelo menos quanto aos dispositivos objeto da ação direta, ostenta um coeficiente de generalidade, abstração e impessoalidade que afasta a alegação de se cuidar de ato de efeito concreto. Até porque "a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos" (ADI 2.137-MC, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence). Precedentes.

3. Consignação de canal de radiofrequência (ou autorização de uso de espectro de radiofrequência) não se confunde com concessão ou autorização do serviço público de radiodifusão

de sons e imagens. A primeira (consignação), regulada pela Lei 9.472/1997, é acessória da segunda (concessão ou permissão).

4. A norma inscrita no art. 7º do Decreto 5.820/2006 (e também nos arts. 8º a 10) cuida de autorização de uso do espectro de radiofrequências, e não de outorga de concessão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. O que se deu, na verdade, foi o seguinte: diante da evolução tecnológica, e para a instituição no País da tecnologia digital de transmissão de sons e imagens, sem interrupção da transmissão de sinais analógicos, fez-se imprescindível a consignação temporária de mais um canal às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Isso para que veiculassem, simultaneamente, a mesma programação nas tecnologias analógica e digital. Tratou-se de um ato do Presidente da República com o objetivo de manter um serviço público adequado, tanto no que se refere à sua atualidade quanto no tocante à sua continuidade. Ato por isso mesmo serviente do princípio constitucional da eficiência no âmbito da administração pública.

5. A televisão digital, comparativamente com a TV analógica, não consiste em novo serviço público. Cuida-se da mesma transmissão de sons e imagens por meio de ondas radioelétricas. Transmissão que passa a ser digitalizada e a comportar avanços tecnológicos, mas sem perda de identidade jurídica.

6. Os dispositivos impugnados na ação direta não autorizam, explícita ou implicitamente, o uso de canais complementares ou adicionais para a prática da multiprogramação, pois objetivam, em verdade, "permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos" (*caput* do art. 7º do Decreto 5.820/2006). Providência corroborada pelo item 10.3 da Portaria 24, de 11 de fevereiro de 2009, do Ministro das Comunicações. Ademais, a multiprogramação só é tecnicamente viável, dentro da faixa de 6 Mhz do espectro de radiofrequências, quando a transmissão ocorrer na definição padrão de áudio e vídeo (SD – *Standard Definition*). Para a transmissão de sons e imagens em alta definição (HD – *High Definition*), necessária se faz a utilização de quase toda a mencionada faixa de 6 Mhz. O que significa dizer que a consignação do canal "inteiro" de 6 Mhz é imprescindível para a adequada transição tecnológica.

7. O Decreto 5.820/2006 não outorga, não modifica, nem renova concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão de sons e imagens. Tampouco prorroga qualquer prazo. Inexistência de violação ao art. 223 da Constituição Federal. Também não há ofensa ao § 5º do art. 220 da Carta da República. Se monopólio ou oligopólio está a ocorrer, factualmente, nos

meios de comunicação brasileiros, não é por conta do decreto ora impugnado, cuja declaração de inconstitucionalidade seria inútil para afastar a suposta afronta ao Texto Magno.

8. Ação que se julga 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 Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente.

Brasília, 5 de agosto de 2010 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), contra os arts. 7º, 8º, 9º e 10, todos do Decreto 5.820, de 29 de junho de 2006, do Presidente da República. Decreto que dispõe sobre a implantação do sistema brasileiro de televisão digital e "estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão". Eis o teor das normas impugnadas:

> Art. 7º Será consignado, às concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, canal de radiofrequência com largura de banda de seis mega-hertz, a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos.
>
> § 1º O canal referido no *caput* somente será consignado às concessionárias e autorizadas cuja exploração do serviço esteja em regularidade com a outorga, observado o estabelecido no Plano Básico de Distribuição de Canais de Televisão Digital – PBTVD.
>
> § 2º A consignação de canais para as autorizadas e permissionárias do serviço de retransmissão de televisão obedecerá aos mesmos critérios referidos no § 1º e, ainda, às condições estabelecidas em norma e cronograma específicos.
>
> Art. 8º O Ministério das Comunicações estabelecerá, no prazo máximo de sessenta dias a partir da publicação deste Decreto, cronograma para a consignação dos canais de transmissão digital.
>
> Parágrafo único. O cronograma a que se refere o *caput* observará o limite de até sete anos e respeitará a seguinte ordem:
>
> I – estações geradoras de televisão nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal;
>
> II – estações geradoras nos demais Municípios;
>
> III – serviços de retransmissão de televisão nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal; e
>
> IV – serviços de retransmissão de televisão nos demais Municípios.

Art. 9º A consignação de canais de que trata o art. 7º será disciplinada por instrumento contratual celebrado entre o Ministério das Comunicações e as outorgadas, com cláusulas que estabeleçam ao menos:

I – prazo para utilização plena do canal previsto no *caput*, sob pena da revogação da consignação prevista; e

II – condições técnicas mínimas para a utilização do canal consignado.

§ 1º O Ministério das Comunicações firmará, nos prazos fixados no cronograma referido no art. 8º, os respectivos instrumentos contratuais.

§ 2º Celebrado o instrumento contratual a que se refere o *caput*, a outorgada deverá apresentar ao Ministério das Comunicações, em prazo não superior a seis meses, projeto de instalação da estação transmissora.

§ 3º A outorgada deverá iniciar a transmissão digital em prazo não superior a dezoito meses, contados a partir da aprovação do projeto, sob pena de revogação da consignação prevista no art. 7º.

Art. 10. O período de transição do sistema de transmissão analógica para o SBTVD-T será de dez anos, contados a partir da publicação deste Decreto.

§ 1º A transmissão digital de sons e imagens incluirá, durante o período de transição, a veiculação simultânea da programação em tecnologia analógica.

§ 2º Os canais utilizados para transmissão analógica serão devolvidos à União após o prazo de transição previsto no *caput*.

2. Pois bem, alega o requerente que a televisão digital consiste numa "mudança do padrão tecnológico atualmente adotado pelo serviço público federal de transmissão de sons e imagens". Mudança a propiciar que "as emissões abertas que atualmente chegam aos televisores brasileiros, e que ocupam uma faixa (também vulgarmente chamada 'canal') do espectro de radiofrequência, [passem] a ser compactadas e transformadas em *bites*, propagados pelo ar até os aparelhos de televisão, agora conectados a um decodificador". Afirma que, em decorrência dessa compactação, haverá "possibilidade de ampliação, para até 8 (oito) programas sendo transmitidos simultaneamente, na mesma faixa de frequência utilizada pelos atuais canais analógicos".

3. Prossegue o autor para dizer que: a) o art. 7º do Decreto 5.820/2006 "consigna" às atuais concessionárias e autorizadas de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, outro canal de radiofrequência com largura de banda de seis mega-hertz, a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos; b) "ao permitir que os atuais radiodifusores façam eles mesmos a transmissão de mais de uma programação simultaneamente, concedendo um canal inteiro de 6 MHz para cada radiodifusor, o Decreto n. 5.820/06 aprofunda o atual cenário de concentração, indo em sentido contrário ao da Constituição Federal"; mais especificamente, é providência que ofende o § 5º do art. 220 da Magna Carta Federal; c) a televisão digital é novo serviço de radiodifusão de sons e imagens, e não apenas continuidade do serviço atual, demandando, por isso mesmo, apreciação da "concessão nova" pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 223 da Constituição da República; d) ao adotar o padrão japonês de televisão digital, o Ministro das Relações Exteriores do Brasil assinou, em 13 de abril de 2006, juntamente com o Chanceler do Japão, um memorando de entendimento que estipulou uma

cooperação entre os dois países "para criar um sistema nipo-brasileiro de televisão digital". Documento internacional que, não obstante a regra do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, não passou pelo crivo do Congresso Nacional; e) o próprio processo de escolha do padrão japonês de televisão digital violou os princípios constitucionais da publicidade e da motivação, pois o relatório do Comitê de Desenvolvimento do Sistema Brasileiro de TV Digital, a que alude o inciso VIII do art. 3º do Decreto 4.901, de 26 de novembro de 2003, jamais foi publicado, "impossibilitando-se tornar conhecidas as razões pelas quais foi adotado aquele padrão (japonês – ISDB)". Daí requerer a "procedência da presente ação, a fim de que seja reconhecida a inconstitucionalidade dos artigos 7º, 8º, 9º e 10, todos do Decreto n. 5.820, de 29 de junho de 2006, com o que deverão ser suspensos definitivamente os efeitos dos mesmos" (sic).

4. A seu turno, e em sede de informações (fls. 103/125), o Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado. Suscita, preliminarmente, o não cabimento desta ação direta de inconstitucionalidade, seja por consistir o Decreto 5.820/2006 em ato de efeitos concretos, seja por se revestir esse mesmo decreto de natureza regulamentar. No mérito, sustenta que: a) "a despeito da possibilidade, mera possibilidade de transmissão simultânea de mais de um programa, *in casu*, tal não será possível pela grave degradação que acarretaria à qualidade da transmissão"; b) o Governo brasileiro exigiu "grave redução da multiprogramação por canais de radiofrequência com o fito de dar preferência à alta qualidade de imagem e de som"; c) a consignação, às atuais concessionárias e autorizadas de radiodifusão de sons e imagens, de outro canal de radiofrequência não constitui "nova concessão, mas meros ajustes nas concessões em vigor, em razão da implantação de nova tecnologia".

5. Continuo neste reavivar das coisas para dizer que, em decisão de fl. 128, adotei o procedimento abreviado de que trata o art. 12 da Lei 9.868/1999 e determinei o encaminhamento dos autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Advogado-Geral que, na linha da sustentação feita pelo Presidente da República, pugnou, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação, e, no mérito, por sua improcedência.

6. Já o Procurador-Geral da República, em parecer de fls. 534-567, opina pela procedência desta ação direta, o que faz com base na seguinte argumentação: a) "o Decreto n. 5.820/2006 detém caráter predominantemente autônomo e abstrato, a legitimar a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade"; b) "por não se tratar de mera atualização tecnológica dos mecanismos de transmissão de TV, as novas concessões do serviço de radiodifusão de sons e imagens devem respeitar o processo interativo de vontades políticas autônomas, com a participação do Poder Executivo e Legislativo, nos termos do art. 223 da Constituição, [pouco importando] o *nomen juris* de 'consignação' apresentado no Decreto n. 5.820/2006"; c) "a 'migração' tecnológica pretendida, ainda que sob o entendimento de não configurar nova tecnologia, estabelece condições e prazos às concessionárias para adoção das medidas necessárias, promovendo, na prática, ampliação dos prazos em vigor, o que não pode ocorrer automaticamente

e sem a submissão ao crivo aperfeiçoador e de controle do Legislativo"; d) "o Decreto impugnado reforça os espaços oligopolizados das programações atuais com a 'consignação' aos atuais outorgados de canal de radiofrequência com largura de banda de 6 mega-hertz, comprometendo o pluralismo e a vocação para a programação educativa pelas redes públicas de TVs e agravando a situação de inconstitucionalidade hoje existente"; e) "o direito à informação, motivação e publicidade dos atos da Administração foram relegados diante da não confecção ou divulgação de relatório que pudesse esclarecer à sociedade, destinatária da nova tecnologia e a quem cabe o ônus de se preparar para recebê-la, as vantagens da adoção do padrão japonês e as razões de sua escolha".

7. Por fim, anoto que admiti o ingresso nos autos, na condição de *amici curiae* (§ 2º do art. 7º da Lei 9.868/1999), das seguintes entidades: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono, Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), Fórum do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre (Fórum SBTVD) e Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica. Entidades de sabida representatividade técnica e social, a que se agrega a alta relevância da matéria que subjaz à propositura da presente ação direta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Começo por esclarecer que, nos termos do pedido constante à fl. 31 dos autos, as normas jurídicas objeto desta ação direta de inconstitucionalidade são apenas as veiculadas pelos arts. 7º a 10 do Decreto 5.820/2006, de edição do Presidente da República. Esclarecimento que faço para, de logo, não conhecer de duas teses sustentadas na inicial, exatamente por não guardarem pertinência material com os dispositivos impugnados. São elas: a) a de que um memorando de entendimento, assinado pelo Ministro das Relações Exteriores do Brasil e pelo Chanceler do Japão, não teria passado por exame do Congresso Nacional; b) a de que até hoje não foi publicado o relatório do Comitê de Desenvolvimento do Sistema Brasileiro de TV Digital (relatório a que alude o inciso VIII do art. 3º de um outro decreto federal: o de n. 4.901/2003), o que redundaria na imprestabilidade jurídica da opção do Poder Executivo pelo modelo japonês de televisão digital (ISDB).

10. Não enfrento a primeira dessas questões, porque – repito – as normas jurídicas contra as quais se voltou o requerente (fl. 31) foram exclusivamente as constantes dos arts. 7º a 10 do Decreto 5.820/2006, e não o mencionado documento internacional, cuja inconstitucionalidade haveria de ser declarada – **e, portanto, requerida** – se por acaso houvesse ofensa ao inciso I do art. 49 da Constituição da República. Documento, aliás, que não está nos autos e que, segundo o próprio autor, consiste apenas num "memorando de entendimento" ou protocolo de intenções. Quanto à segunda questão – a da não publicação de relatório pelo Comitê de Desenvolvimento do SBTVD –, não a conheço, primeiro, por

se tratar de questão de fato, para cuja sindicabilidade não se presta o controle abstrato de constitucionalidade (ADI 1.523, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa; ADI 1.286-QO, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão; ADI 794, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence). É que tal relatório constitui mera peça informativa do Presidente da República, dando-se que sua apresentação está prevista em ato infralegal do próprio chefe do Poder Executivo (Decreto 4.901/2003). Relatório ainda que, de acordo com o requerido, foi precedido de "inúmeros estudos sobre a viabilidade econômica, custo da implantação e migração para o sistema", e da oitiva de "vários representantes da indústria, radiodifusoras, universidades e centros de pesquisa". Demais isso, ainda que se pudesse, nesta seara do controle abstrato de constitucionalidade, avaliar a concreta licitude do processo de tomada de decisão administrativa, a norma jurídica a ser eventualmente declarada inconstitucional seria o **art. 5º** do Decreto 5.820/2006. Dispositivo que – ele e não outro – adota como base para o sistema brasileiro de TV digital o padrão japonês (ISDB). **Norma, porém, que não foi impugnada nesta ação direta**.

11. Muito bem. Passo agora à análise da primeira preliminar suscitada pelo Presidente da República: a de que o decreto impugnado seria ato de efeito concreto, por dizer "respeito unicamente à meia dúzia de emissoras e difusoras de sons e imagens que o Psol conhece e contra as quais se bate", faltando, assim, "ao decreto aquele cunho de generalidade, atributo indissociável dos atos normativos, e que constitui qualidade exigida ao ato para que possa ser atacado por ação direta de inconstitucionalidade". E, ao fazê-lo, penso desassistir razão ao requerido. É que verifico no Decreto 5.820/2006, pelo menos nos dispositivos objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, um necessário coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade.[1] A começar pelo seu preâmbulo, que afirma estabelecer o decreto "**diretrizes** para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão". E é exatamente isso o que fazem os arts. 7º a 10 do mencionado decreto: veiculam apenas diretrizes, orientações, vetores, deixando à autoridade administrativa competente a prática dos atos concretos. Assim é que o art. 7º dispõe que "será consignado" canal de radiofrequência às concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, sob certas condições e para atingir determinada finalidade, observando-se um cronograma mínimo (aqui já se está a referir ao art. 8º). A consignação mesma é feita posteriormente, mediante instrumento contratual que satisfaça, em cada uma das suas cláusulas, os requisitos genericamente estipulados pelo art. 9º. Sobremais, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que "a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos" (ADI 2.137-MC, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence). No mesmo sentido:

---

[1] "Como de remansoso conhecimento, a lei em sentido material quer valer para todas as ações a que se refere e por isso é que se adorna do atributo da generalidade. Quer valer para todos os sujeitos a que se destina e por esse motivo se confere a característica da impessoalidade. Quer valer para sempre (enquanto não for revogada ou formalmente mexida, lógico) e daí o seu traço de abstratividade." (BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 57/58.)

ADI 2.535-MC, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence; ADI 820, da relatoria do Ministro Eros Grau; RE 543.024-AgR, da relatoria do Ministro Eros Grau.

12. Continuo para dizer que há outra questão suscitada em caráter preliminar: saber se o decreto impugnado consiste em ato normativo autônomo – como sustentaram o requerente e o Procurador-Geral da República –, ou se tem natureza regulamentar – o que foi alegado pelo requerido e pelo Advogado-Geral da União. Enquanto os primeiros arguem que o Decreto 5.820/2006, de forma dissimulada, outorgou concessões e autorizações para o serviço de radiodifusão de sons e imagens, sem apreciação do Congresso Nacional e em rota de colisão com a Magna Carta Federal, os últimos defendem que as consignações de canais de radiofrequência apenas objetivaram viabilizar mudança tecnológica, sem desbordar do poder regulamentar de que se dota o Poder Executivo para cumprir a obrigação constitucional de "manter serviço adequado" (inciso IV do parágrafo único do art. 175 da CF).

13. **Tenho que essa matéria é de ser analisada conjuntamente com o próprio mérito desta ação direta de inconstitucionalidade, pois está com ele intimamente imbricada.** Análise que principio ao transcrever o *caput* do art. 7º do Decreto presidencial 5.820/2006:

> Art. 7º Será **consignado**, às concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, **canal de radiofrequência com largura de banda de seis mega-hertz**, a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos.
> (Sem destaques no original.)

14. De logo, é preciso esclarecer: "consignação de canal de radiofrequência", ou, se se prefere, "autorização de uso de espectro de radiofrequência" não se confunde com a concessão, permissão ou autorização do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Conforme conceitua o art. 157 da Lei 9.472/1997, "o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência [Anatel]". Bem público de que se utilizam as concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Confira-se, ainda na Lei 9.472/1997:

> Art. 163. (...)
> § 1º Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, **associado à concessão**, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares.
>
> Art. 166. A autorização de uso de radiofrequência terá o mesmo prazo de vigência da concessão ou permissão de prestação de serviço de telecomunicações **à qual esteja vinculada**.
>
> Art. 168. É intransferível a autorização de uso de radiofrequências sem a correspondente transferência da concessão, permissão ou autorização de prestação do serviço **a elas vinculada**.

> Art. 169. A autorização de uso de radiofrequências extinguir-se-á pelo advento de seu termo final ou no caso de sua transferência irregular, bem como por caducidade, decaimento, renúncia ou anulação da autorização para prestação do serviço de telecomunicações **que dela se utiliza**.
> (Sem destaques no original.)

15. Daqui se segue que o Poder Executivo, primeiro, outorga a concessão do serviço público, com a indispensável participação do Congresso Nacional. A partir daí, a Agência Nacional de Telecomunicações determina qual a "faixa" ou o "canal" a ser utilizado pela concessionária. O segundo momento a materializar ou instrumentalizar o primeiro, acessório que é. Por isso mesmo que não se confunde com ele. Mais uma vez, transcrevo dispositivos da Lei 9.472/1997:

> Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:
> (...)
> VIII – administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;
> IX – editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;
>
> Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:
> (...)
> VIII – aprovar o plano de destinação de faixas de radiofrequência e de ocupação de órbitas;
>
> Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, **implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação**.
>
> Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, **que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias**.
>
> Art. 158. Observadas as atribuições de faixas segundo tratados e acordos internacionais, a Agência manterá plano com a atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, e detalhamento necessário ao uso das radiofrequências associadas aos diversos serviços e atividades de telecomunicações, atendidas suas necessidades específicas e as de suas expansões.
>
> Art. 160. A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerando o interesse público.
>
> Art. 161. **A qualquer tempo, poderá ser modificada a destinação de radiofrequências ou faixas, bem como ordenada a alteração de potências ou de outras características técnicas, desde que o interesse público ou o cumprimento de convenções ou tratados internacionais assim o determine**.

> Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, **devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica**.
> (Sem destaques no original.)

16. Como se vê, a norma inscrita no art. 7º do Decreto 5.820/2006 (e também nos arts. 8º a 10) cuida de autorização de uso do espectro de radiofrequências, e não de outorga de concessão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. O que se deu, na verdade, foi o seguinte: diante da evolução tecnológica, e para a instituição no País da tecnologia digital de transmissão de sons e imagens, **sem interrupção da transmissão de sinais analógicos**, fez-se imprescindível a consignação **temporária** de mais um canal às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Isso para que veiculassem, simultaneamente, a **mesma programação** nas tecnologias analógica e digital. Assim estão redigidos o *caput* do art. 7º e o art. 10 do Decreto 5.820/2006:

> Art. 7º Será consignado, às concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, canal de radiofrequência com largura de banda de seis mega-hertz, **a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos**.
> (Sem destaques no original.)

> Art. 10. O período de transição do sistema de transmissão analógica para o SBTVD-T será de dez anos, contados a partir da publicação deste Decreto.
> **§ 1º A transmissão digital de sons e imagens incluirá, durante o período de transição, a veiculação simultânea da programação em tecnologia analógica.**
> **§ 2º Os canais utilizados para transmissão analógica serão devolvidos à União após o prazo de transição previsto no *caput*.**
> (Sem destaques no original.)

17. A consignação da faixa adicional se deu, portanto, "a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos". Daí a obrigatoriedade: a) da "veiculação simultânea da programação em tecnologia analógica" e digital; b) da devolução, "após o prazo de transição previsto" (dez anos), dos "canais utilizados para transmissão analógica". O que se observa, então, é apenas um ato do Presidente da República com o objetivo de manter um serviço público adequado, tanto no que se refere à sua atualidade quanto no que diz respeito à sua continuidade. Não sendo mais adequado um serviço de radiodifusão de sons e imagens que se utilize de transmissão de sinais analógicos, necessária a utilização da tecnologia digital (atualidade). Não merecendo tal qualificação, porém, um serviço tecnologicamente "de ponta" que não esteja ao alcance de grande parte da população brasileira, imperiosa a transmissão simultânea em ambas as tecnologias, durante um período de transição (continuidade). **Por isso que, durante esse período de transição, é necessário**

o uso dobrado – ou de dois canais – do espectro de radiofrequência para a prestação do mesmo serviço: o de radiodifusão de sons e imagens.

18. Por assim equacionar o tema é que, com a devida vênia do Procurador-Geral da República, não considero a televisão digital um novo serviço ante a TV analógica. Trata-se ainda de transmissão de sons e imagens por meio de ondas radioelétricas (radiodifusão). Transmissão, é verdade, que passa a ser digitalizada e a comportar avanços tecnológicos, mas sem perda de identidade jurídica (o mesmo acontecendo, recentemente, com a telefonia móvel e os chamados celulares de terceira geração).

19. Considerados tais avanços tecnológicos, carece de maior atenção um item que o requerente tem como a fonte de todas as supostas inconstitucionalidades. Refiro-me à **multiprogramação**. Diz o partido autor que a tecnologia digital permite a compactação dos dados emitidos pelas concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Compactação, essa, que possibilita a produção simultânea de até oito programas no mesmo espaço de 6 MHz ali onde, anteriormente, cabia apenas um. Daí a consignação de outro canal de 6 MHz às atuais concessionárias ter ido além do necessário para a simples transição tecnológica, descambando para uma extensão da concessão do serviço público outorgado.

20. Não é essa, porém, a leitura que faço do Decreto 5.820/2006. Os dispositivos impugnados nesta ação direta não autorizam, explícita ou implicitamente, o uso de canais complementares ou adicionais para a prática da multiprogramação. Conforme disse acima: a) o art. 7º do referido decreto, após determinar a consignação dos canais, acrescentou ser ela empreendida para "permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos"; b) o § 1º do art. 10 do mesmo decreto obrigou a "veiculação simultânea da programação em tecnologia analógica" e digital. A corroborar esse entendimento está o item 10.3 da Portaria 24, de 11 de fevereiro de 2009, do Ministro das Comunicações, segundo o qual "a multiprogramação somente poderá ser realizada nos canais a que se refere o art. 12 do Decreto n. 5.820, de 29 de junho de 2006, **consignados a órgãos e entidades integrantes dos poderes da União**". Ademais, consoante relatório da Fundação CPqD (responsável pela elaboração de estudos referentes à implantação da TV digital no Brasil), a multiprogramação só é tecnicamente possível quando a transmissão se dê na definição padrão de áudio e vídeo (SD – *Standard Definition*)[2]. Em outras palavras: para que uma das características mais aguardadas da TV digital, qual seja, a transmissão de sons e imagens em alta definição (HD – *High Definition*) se torne viável, necessária se faz a utilização de quase toda a faixa de 6 MHz do espectro de radiofrequências. O que significa dizer que a consignação do canal "inteiro" de 6 MHz é necessária para que se preste um serviço adequado. Do contrário, a televisão brasileira estaria limitada à transmissão de áudio e vídeo na definição meramente padronizada (definição padrão ou *standard definition*).

---

[2] Esse fato não é contestado pelo requerente nem pelo Procurador-Geral da República. É, aliás, corroborado pelos *amici curiae* Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, Conectas Direitos Humanos e Instituto Pro Bono (fl. 394). *Amici curiae* que se filiam à tese do partido autor.

21. Muito bem. Feitas essas considerações, a conclusão a que chego é a de que inexistiu ofensa ao art. 223 da Constituição Federal. O decreto impugnado não outorga, não modifica nem renova concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão de sons e imagens. **Tampouco prorroga qualquer prazo**. Quanto a este último aspecto, aliás, é de se recordar que os arts. 166 e 169 da Lei 9.472/1997 estabelecem que a autorização de uso de radiofrequência (ou "consignação de canal") tem o mesmo prazo de vigência da concessão ou permissão de serviço de telecomunicações à qual esteja vinculada.

22. Por fim, também não enxergo nenhuma violação ao § 5º do art. 220 da Carta da República.[3] Primeiro, porque, segundo já expus, os arts. 7º a 10 do Decreto 5.820/2006 apenas regularam o modo de transição da transmissão analógica de sons e imagens para a tecnologia dita digital. Segundo, porque, se monopólio ou oligopólio estão a ocorrer nos meios de comunicação brasileiros, tal fato não é de ser debitado ao decreto ora impugnado, cuja declaração de inconstitucionalidade seria inútil para afastar a suposta ofensa à Constituição.

23. Ante o exposto, julgo **improcedente** a ação.

24. É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, começo por elogiar o voto do eminente Ministro Carlos Britto, como sempre muito bem formulado. Também eu supero as preliminares: primeiro, porque considero ser genérica e abstrata a norma questionada, embora se pudesse até mesmo afirmar ser ela voltada a pessoas certas, dirigindo-se, basicamente, a quem detém, hoje, as concessões do serviço. Mas, para um sistema de transição, como está na ementa mesma do decreto, há a generalidade necessária para a submissão do diploma ao controle objetivo de constitucionalidade.

Ademais, a relevância do tema impõe que o Supremo enfrente e solucione a pendência, para que as pessoas possam trabalhar em paz, sem viverem o desconforto de questionamentos que acabam gerando instabilidade na dinâmica dos serviços, dos investimentos, etc.

Também não acolho a segunda ponderação formulada pelo autor, porque, mesmo havendo uma lei tratando desse serviço, não trata ela, especificamente, da migração da plataforma analógica para a digital. Em efeito, não haveria, portanto, no rigor, uma mera regulamentação. Tenho, portanto, como pertinente o questionamento feito pela via escolhida.

E como o Ministro Relator, também julgo improcedente a ação. Primeiro, porque acho que não há um outro serviço que se tenha iniciado a partir do que decretado. Até lembraria que em todo trabalho de Direito Administrativo sobre

---

[3] "Art. 220. (...) § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio."

concessão e permissão de serviço público se dá como exemplo o que ocorreu em 1881 em Campos. Em 1789, Thomas Edison cria a lâmpada incandescente; o serviço público de iluminação era a gás, e se determinou então que os mesmos concessionários tivessem a obrigação de passar a fazer a mudança para a iluminação elétrica. Este exemplo é citado pelos administrativistas exatamente para demonstrar que, quando o serviço público precisa ser prestado com mais eficiência em benefício do interesse público – o que, de resto, é expresso no art. 161 da lei e que foi transcrito –, o poder público tem a obrigação de determinar e o concessionário de aceitar. É também o entendimento do que significa a expressão, hoje constitucionalmente aproveitada no art. 175 da Constituição, como serviço adequado.

Aliás, foi dito aqui da tribuna que as atuais concessionárias não tinham opção alguma; elas tinham que aceitar a opção formulada pela administração pública brasileira, até porque elas estão com o contrato em execução. Os seis mega-hertz, portanto, que compunham a totalidade da frequência aproveitada, antes analogicamente, e agora digitalmente, persistem, alterando-se, entretanto, a forma de serem utilizados. Esta mudança de plataforma é que determinou uma mudança na forma de prestação do serviço. Aquela frequência que era utilizada de uma passou a ser aproveitada de outra forma e, agora compactados, as concessionárias têm condições de prestar com maior largueza e maior extensão possível, até mesmo de programação. Porque eles podem desdobrar essa prestação feita. Mas não cabe, realmente, ao concessionário fazer algo. E é a obrigação do poder concedente que se está cumprindo, não cabendo ao concessionário senão acatar, porque a ele não cabe impor condições, enquanto à administração pública cabe fazer a opção.

Tenho também que não se põe no questionamento jurídico apresentado, ou pelo menos constitucionalmente formulado nesta ação, a opção política feita pelo governo brasileiro. Esse realmente é outro assunto que, embora tangenciado na petição inicial, não está em pauta.

Portanto, peço até desculpas à Procuradoria que, com muita contundência, afirma não se tratar de uma mera migração de uma para outra plataforma, mas de um novo serviço. Não é fato. O serviço público concedido era e continua sendo o de radiodifusão de sons e imagens rigorosamente pela forma de prestação por concessionário. Sua tecnologia é que muda, agora para o processo de digitalização na esteira da opção feita pelo governo brasileiro para o modelo acolhido.

Não vejo qualquer mudança de outorga, não consegui vislumbrar, e, do que consegui apurar de tudo o que estudei, não encontro nenhuma prorrogação de concessão que tivesse de passar pelo Congresso Nacional. Até porque, no próprio decreto, consta expressamente que se essas consignatárias, agora utilizadoras desses canais consignados, não cumprirem o que determinado, na forma de contrato a ser celebrado, elas terão rigorosamente a aplicação das normas sobre a concessão, ou seja, se não houver o cumprimento de suas obrigações, mesmo antes do prazo que, aliás, é definido, eles terão a retomada do serviço.

Por essas razões, acho que se deu continuidade às concessões antes vigentes, para a adaptação da forma de prestação do serviço de radiodifusão de sons

e imagens a um novo processo escolhido pelo governo brasileiro. Reitero que, a meu ver, as concessionárias estão prestando o mesmo serviço, agora com um novo padrão que é o da plataforma digital.

Acolho os fundamentos apresentados pelo Ministro Relator e também julgo improcedente a ação.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, num primeiro momento, eu estaria inclinado a acolher a preliminar de não conhecimento. Os argumentos do Ministro Ayres Britto estavam muito bem fundamentados e me convenci do acerto da primeira proposta feita por Sua Excelência, mas nós estamos diante de uma tecnologia nova, muito importante para o País. Por razões de ordem pragmática, eu entendo que seria de todo conveniente que nós superássemos essa preliminar e enfrentássemos, desde logo, o mérito.

E, no mérito, acompanho também o voto do ilustre Relator, Ministro Carlos Britto, porque também entendo que o decreto impugnado não outorga, não modifica, nem renova, concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão de sons e de imagens. E também verifico que não há nenhuma prorrogação de prazo.

Portanto, não vejo ofensa ao art. 223 da Constituição, razão pela qual julgo improcedente esta ação, no mesmo sentido do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, em relação à admissibilidade e à cognoscibilidade, parece-me que nós estamos naquela franja, naquela situação peculiar que talvez melhor remeta, nós percebemos que é quase inextrincável a relação entre a lei regulamentada e o regulamento e, também, a questão constitucional.

Tendo em vista o significado da controvérsia, é fundamental que o Tribunal a defina. Então, manifesto-me no sentido da admissibilidade, embora talvez houvesse realmente espaço para dizer que se tratava de um decreto de atualização, tendo em vista até o que está prescrito na lei. A própria AGU chama a atenção da disciplina, no que concerne à regulamentação, e que fala neste dever de atualização, especialmente dos serviços da Lei 9.472, a necessidade de atualização, que certamente não há de exigir sempre a edição de uma nova lei.

Por isso me parece que se poderia chegar até mesmo ao não conhecimento. Mas me parece que o Ministro Relator, Ministro Britto, no seu cuidadoso voto, demonstrou que aqui não se cuida de uma nova concessão, mas de algo inerente a esse processo de inovação. Então, não me parece que nós devamos acolher a tese sustentada pelo requerente e placitada também na manifestação do Ministério Público.

A questão do oligopólio é um tema que está presente em todo o debate e que obviamente merece toda a cautela. Todavia, não parece que a eventual existência de uma situação, não propriamente de oligopólio, mas de um número restrito de empresas que atuam neste setor, decorra deste modelo ou do modelo do decreto.

Aqui nós temos certamente múltiplas peculiaridades do próprio sistema de concessão. O fato mesmo de haver um sistema mais aberto de concessão não significa que, de fato, essas empresas vão se estabelecer com êxito. Essa é a experiência, de qualquer forma, em muitos dos países, mesmo aqueles sistemas que optam pelo chamado sistema misto-efetivo, com as TVs públicas e também as TVs privadas, muitas vezes não logram estabelecer o necessário equilíbrio, e às vezes também esses sistemas de caráter social, com a participação de organizações sociais, às vezes não se obtém. Claro que o texto constitucional pretende que haja essa democratização, e é fundamental, especialmente no que diz respeito ao sistema de rádio e televisão.

Veja, por exemplo, que o art. 223 estabelece:

> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

E se deu ao Congresso Nacional, nada mais nada menos, o poder-dever de apreciar o ato, a contar do recebimento da imagem. Estabeleceram-se normas de organização e procedimento. Veja, do ponto de vista de preocupação com a democratização, nada mais evidente. Pode ser até que aqui tenhamos um divórcio entre norma e realidade, quer dizer, que a participação do Congresso Nacional não se venha fazendo a contento. Até mesmo, às vezes, e isso é notório, a obtenção de rádios, televisões por parlamentares, muitas vezes, ou empresas associadas a parlamentares, revela uma distorção desse sistema. É uma questão que temos de discutir no plano do ser, como já foi dito pelo Ministro Britto, e talvez não guarde a devida relação com aquilo que preconiza o texto constitucional. Quer dizer, a preocupação com a democratização exatamente vem do fato de que se estabeleceu um controle para que o Congresso Nacional examine esses pressupostos, saber se está havendo uma boa distribuição, uma adequada distribuição, se de fato o acesso à comunicação vai se dar, tendo em vista esse plano que está estabelecido no texto constitucional. Mas, de qualquer sorte, já se percebe que não foi o decreto que causou essa concentração já eventualmente existente. Em parte, ela decorre até de aspectos ligados à própria tecnologia. Nós sabemos bem o que ocorre, por exemplo, com a distribuição de frequências. Há um número limitado de frequência. Daí a necessidade de que essa atividade, mesmo quando é uma atividade privada, seja submetida a um determinado modelo de controle. Não se trata de abrir um jornal. Tanto é que sabemos que a utilização, por exemplo, de rádios de forma indiscriminada causa uma grande insegurança. Vejam aí todos os debates sobre as rádios piratas. Então, temos de ter uma certa cautela em relação a isso. Acho fundamental que haja esse debate. É até oportuno que se discuta essa questão, mas certamente não se pode imputar ao decreto

a violação desse pressuposto de democratização da ação. Não me parece que decorre, embora seja importante a discussão.

Também, no que diz respeito à outra alegação trazida, quanto à adoção da tecnologia, talvez nós resvalamos para um debate que não tem centralidade constitucional, porque, certamente, assim como a casa do Pai tem muitas moradas, também o caminho para a casa do Pai pode ser diversificado. Aí é uma discussão que fica a cargo dos seguimentos políticos que têm a responsabilidade de fazer a escolha, tendo em vista as múltiplas implicações dessa escolha, inclusive o impacto na transição às adequações eventuais.

De modo que, fazendo essas brevíssimas considerações e louvando o cuidadoso voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, eu também me manifesto no sentido da improcedência.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, eu também, como o Ministro Carlos Britto, sequer adentraria o mérito. As razões, muito bem postas no brilhante voto de Sua Excelência, já no que diz respeito às preliminares, seriam suficientes para que aqui se estancasse o debate. Mas, como Sua Excelência adentrou o mérito, e também os demais Colegas o fizeram, julgo oportuno que o Tribunal se manifeste sobre uma matéria de tal relevância também nos seus aspectos de fundo. E, nessa parte, igualmente, acompanho às inteiras o voto do Ministro Carlos Britto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, sou um cidadão e também almejo avanços no campo tecnológico, no campo da tecnologia da comunicação. Mas não posso, ante o cargo ocupado, potencializar o interesse, o objetivo a ser alcançado, em detrimento do meio. Começo ressaltando a importância da alteração do sistema, uma importância maior.

É sabença geral que toda concentração é perniciosa. Daí a Carta da República prever trato de matérias mediante atos sequenciais com a participação de instituições diversas. De início, tivemos a feitura de um acordo – e assim devemos rotular o que ocorreu, considerados os Governos brasileiro e japonês – de repercussões no patrimônio nacional. Refiro-me a patrimônio nacional englobando também o lado relativo à cultura. Cultura que é alcançada, que sofre repercussões, presente a mídia. Então, de início, enquadro o que formalizado entre os governos referidos no disposto no inciso I do art. 49 da Constituição Federal, que revela:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Temos como pacífico, no Colegiado – e, de início, não seria tão pacífico assim –, que o decreto consubstancia um ato normativo abstrato autônomo. E diria um ato normativo abstrato autônomo da maior envergadura, um ato normativo abstrato autônomo que versa inúmeros institutos. Institutos que deveriam estar disciplinados mediante lei, no sentido formal e material; mediante ato, portanto, aprovado não pelo governo, não pelo Poder Executivo, mas pelos representantes do povo brasileiro – os deputados federais – e pelos representantes dos Estados – os senadores.

Vejo o vocábulo utilizado como um verdadeiro drible – perdoem-me por utilizar essa expressão futebolística – ao óbice decorrente da própria Carta da República, quando, em vez de se considerar a expressão com sentido próprio "concessão", utilizou-se "consignação". E, evidentemente, se a Carta da República prevê que, até mesmo renovações de concessões devem passar pelo Congresso Nacional, o que se dirá quando se altera uma outorga primitiva para elastecer – e de forma potencializada – essa mesma outorga, fazendo-o não só sob o ângulo material, do conteúdo propriamente dito, mas também sob o temporal.

Começamos a perceber, já no art. 7º, que se alude a canal cuja outorga passou – repita-se à exaustão – pelo Congresso Nacional. Previu-se que, em relação a cada canal outorgado, aprovada a concessão pelo Congresso Nacional, ter-se-ia, quanto aos beneficiários dessa mesma outorga devidamente formalizada, a "consignação" de um canal de radiofrequência com largura de banda de seis mega-hertz a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais na modalidade analógica.

Quando se fez referência à preservação do sistema que hoje é objeto de acesso pelos telespectadores em geral, evidentemente objetivou-se preservar o interesse público. Não se poderia cogitar de uma substituição linear do sistema sem a necessária adaptação, inclusive quanto à compra, dos aparelhos existentes pelos respectivos proprietários.

Ao cogitar-se dessa banda – foi quando perguntei se teria vindo, ou não, ao processo um laudo pericial –, ensejou-se a viabilização de transmissão simultânea de vários programas, como asseverado no processo. E não há no decreto qualquer norma que proíba a adoção dessa prática.

Prossegue o decreto e, no § 1º, ao tratar dos beneficiários dessa "consignação", dessa concessão que não passou pela interação preconizada pela Carta da República, excluíram-se possíveis concessionárias que não estivessem no ar de forma regular, observado, portanto, o que estabelecido no plano básico de distribuição de canais de televisão digital.

Há mais, Presidente. Mencionou-se outra vez, no § 2º do art. 7º, a consignação de canais, ou seja, a consignação de canal a extravasar a outorga primitiva que passou – repito, porque assim o quer a Carta da República – pelo crivo do Congresso Nacional.

O art. 8º do mencionado decreto revela:

> Art. 8º O Ministério das Comunicações estabelecerá [e estabeleceu], no prazo máximo de sessenta dias a partir da publicação deste Decreto, cronograma para a consignação dos canais de transmissão digital.

O parágrafo único desse mesmo artigo prevê que o cronograma a que se refere a cabeça do artigo observaria o limite de até sete anos e respeitaria a seguinte ordem – e há, então, os incisos nesse artigo.

O art. 9º revela, de forma escancarada, sem qualquer eufemismo, a existência de uma verdadeira concessão, no que remete à formalização do ato mediante instrumento contratual celebrado entre o Ministério das Comunicações e as concessionárias, quanto a essa nova outorga que, evidentemente, ficou à margem – numa concentração, para mim, nefasta de poderes – do Congresso Nacional.

Estabelece o art. 9º, § 2º, do decreto a revisão da celebração de instrumento contratual a que se refere a cabeça do artigo, devendo a outorgada apresentar ao Ministério das Comunicações, em prazo não superior a seis meses, projeto – vejam a repercussão do que deferido às concessionárias a revelar novas concessões – de instalação da estação transmissora, modificando-se a situação jurídica de forma, repito, substancial.

Há, Presidente, interpretações para todos os gostos. O art. 10 altera a baliza temporal da outorga existente, da concessão existente, no que se previu – sem qualquer condição, ou seja, a observância do prazo inicialmente versado quando da concessão – que a transição do sistema observará o período de dez anos. Imaginemos uma concessionária com o instrumento de concessão já a vencer, e, para o caso, a Carta da República prevê que a renovação tem de passar pelo Congresso Nacional. Essa concessionária, automaticamente, diante dessa nova outorga – verdadeira outorga e não simples consignação –, estará com a concessão – aquela primitiva, juntamente com essa nova, deferida mediante um simples decreto – habilitada a atuar durante mais dez anos.

Prossegue o decreto, no § 1º do art. 10:

> Art. 10. (...)
> § 1º A transmissão digital de sons e imagens incluirá, durante o período de transição, a veiculação simultânea da programação em tecnologia analógica.

Evidentemente, não se poderia abandonar à míngua os cidadãos brasileiros que, ante a impossibilidade de contarem com o sistema moderno digital, não teriam acesso à mídia, não teriam, portanto, como se valer do que veiculado pela mídia. Mas, Presidente, o § 2º do mesmo art. 10 revela, de forma clara, precisa, que o que ocorreu foi uma verdadeira outorga. Essa outorga, apelidada de consignação, é temporária, e não fica sujeita àquela renovação que deve passar, como requerido e querido pela Carta da República, pelo Congresso Nacional, no que o preceito dispõe:

> Art. 10. (...)
> (...)
> § 2º Os canais utilizados para transmissão analógica serão devolvidos à União após o prazo de transição previsto no *caput*.

A essa altura, talvez, proceda-se a uma licitação, após dita devolução, para saber a quem conceder este ou aquele canal. Serão devolvidos à União após o prazo de transição – os dez anos – independentemente do prazo da outorga primitiva, aprovada pelo Congresso Nacional.

Presidente, repito algo que visa apenas respaldar o voto e me dá, assim, base maior para sustentá-lo. Em Direito, o meio justifica o fim, mas não este aquele. Vive-se em um sistema no qual o Direito é posto, e é posto para ser observado tal como se contém. Ante a potencialização de um certo interesse, não cabe simplesmente fechar o ordenamento jurídico, olvidar o ordenamento jurídico e partir para um critério especial não escrito por quem de direito, buscando disciplinar a espécie.

Poderia continuar discorrendo, mas vejo que sou voz isolada no Plenário sobre a matéria. Limito-me, Presidente, a subscrever não a inicial, porque é peça da parte, mas o parecer do fiscal da lei, do Procurador-Geral da República, no que assentou que o decreto foi formalizado ao arrepio da Constituição Federal e que implicou – e volto à minha fala inicial, às minhas primeiras palavras – concentração de poder indesejável em um Estado que se diga democrático, em um Estado que se diga de Direito.

Peço vênia aos Colegas, peço vênia especialmente ao Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, para, no caso, rechaçar as preliminares de inadmissibilidade, de inadequação desta ação direta de inconstitucionalidade, e, no tocante à matéria de fundo, julgar procedente o pedido formulado.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência me permite só uma observação?

Eu reli o parecer do Ministério Público e diria que o Ministério Público tem um papel importante nesse tipo de questão de fiscalização. Diz-se aqui, por exemplo, que se está a agravar a situação de inconstitucionalidade hoje existente. Tendo em vista os próprios parâmetros constitucionais, que são objetivos e que clamam por essa democratização, acredito que – ao lado, claro, do trabalho do Congresso Nacional, que tem um papel importante, mas hoje passível de distorção, como nós sabemos publicamente –, esta é uma missão importante para o Ministério Público: fazer a adequada fiscalização dos critérios de distribuição e de concessão.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Muito bem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Outorgas primitivas, porque aqui, sob a minha óptica, nessas últimas outorgas, houve adoção do tratamento igualitário.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Ministro Gilmar Mendes, se me permite. Vossa Excelência certamente está de olhos postos na própria Constituição, que, às expressas, proíbe a monopolização ou oligopolização, direta ou indiretamente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Direta ou indiretamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): E, na medida em que a Constituição não só funda a ordem jurídica, como encima a ordem jurídica, se faz matéria de defesa do Ministério Público: art. 127.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E não haverá direito indisponível ou difuso mais evidente do que este ligado à comunicação.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É o § 5º do art. 220.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar a maioria que já se definiu. Eu precisaria de muita imaginação para acrescentar alguma coisa nova ou mais eloquente aos fundamentos do brilhante voto do Relator e de todos os votos que o secundaram.

Acho que a Corte faz muito bem em superar a preliminar, não apenas porque reconheço que há um conteúdo de autonomia na regulamentação de tecnologia ou de sistema de tecnologia que não estava previsto, nem está, de certo modo, compreendido na lei que regulamenta a matéria, como porque, ainda que se reconhecesse a falta dessa autonomia, a Corte também desempenha papel preventivo no sentido de, examinando a questão da legalidade do decreto, preexcluir inúmeras ações que poderiam vir a agravar o quadro de complexidade do sistema judiciário brasileiro e lançar mais dúvidas sobre a matéria.

Examinando o mérito, trata-se de coisa tão simples que não consigo descobrir como se possa cogitar de nova outorga, com o devido respeito, quando está muito claro que a consignação de novo canal é apenas necessidade científica da transmigração de um sistema de transmissão analógico para sistema digital, o que representa, portanto, um progresso. Eu fico imaginando, em hipótese didática, a situação em que a televisão, hoje, fosse transmitida rigorosamente por eletrodifusão, e não por radiodifusão, e que, para mudar para o sistema de radiodifusão, que representaria progresso, fosse necessário consignar mais um canal. Iríamos, evidentemente, inibir esse progresso tecnológico e privar, como já foi notado, o acesso de milhões de cidadãos brasileiros a essas conquistas tecnológicas, sob pretexto de que não se poderia fazer isso mediante decreto, porque implicaria nova outorga.

Em relação às outras objeções, como, por exemplo, à quantidade de programação, acho que a quantidade de programação ou a multiprogramação, em si, de modo algum desnatura a identidade do serviço de radiodifusão que é prestado. Continua a ser o mesmo serviço, mas com possibilidade de múltiplas programações, assim como não significa mudança de identidade do serviço, por exemplo, a mudança do sistema de imagens em branco e preto para o sistema colorido, ou do sistema de áudio simples para o sistema de áudio estéreo etc. Na verdade, trata-se, pura e simplesmente, de consequências do avanço tecnológico na prestação do mesmo serviço.

Em relação às demais objeções, quanto ao risco de um eventual monopólio, ou de concentração, está muito claro que o decreto não altera o mapa ou a geografia da distribuição das outorgas no País. Se o mapa, se essa geografia, ou se esse perfil é, ou não, constitucional, não é objeto desta demanda, nem foi aventado. Ademais, como eu já havia acentuado, o governo tem disponibilidade de frequência para fazer novas concessões.

E, em relação à prorrogação de prazo, tampouco vejo, com o devido respeito, como proceda, porque está muito claro, sem precisar sequer descer ao texto da lei, como fez o eminente Relator, que o prazo de transição de um sistema tecnológico para outro nada tem a ver com a definição ou com a prorrogação do prazo da outorga. O prazo da outorga é peremptório. E o que a lei previu é que aqueles que eventualmente ainda tenham mais de dez anos devem concluir a transição em dez anos, e os que não o tiverem, precisam que suas outorgas prorrogadas pelos meios constitucionais para que possam, dentro do prazo desses dez anos, implantar o novo serviço.

Por todas essas razões, pedindo vênia ao Ministro Marco Aurélio, acompanho o eminente Relator e também julgo improcedente a ação.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.944/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (Advogado: André Brandão Henriques Maimoni). Requerido: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União). Interessados: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT (Advogado: Rodolfo Machado Moura), Intervozes – Coletivo Brasil de Comunição Social (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Instituto Pro Bono (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA (Advogado: Alexandre Kruel Jobim), Fórum do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre – Fórum SBTVD (Advogada: Regiane Coimbra Muniz de Góes Cavalcanti), Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE (Advogados: Denis Chequer Angher e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação direta, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo requerente, o Dr. André Brandão Henriques Maimoni; pelos *amici curiæ* Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos e Instituto Pro Bono, a Dra. Eloisa Machado de Almeida; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos *amici curiæ* Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) e Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), respectivamente, o Dr. Marcelo Lamego Carpenter e o Dr. Alexandre Jobim.

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

Brasília, 5 de agosto de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 9.344 — MG

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Agravante: Valdina Souza Araújo de Almeida — Agravado: Estado de Minas Gerais — Interessado: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Processual e administrativo – Agravo regimental – Reclamação – Afronta a texto de resolução do STF e de súmula sem efeito vinculante – Agravo não provido.

1. As hipóteses constitucionais de cabimento da reclamação não compreendem o exame de aparente afronta a texto de resolução administrativa do STF ou de súmula destituída de eficácia vinculante.

2. O agravo interno deve impugnar analiticamente os fundamentos da decisão recorrida.

3. Agravo regimental 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 unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de junho de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Cuida-se de agravo regimental interposto por *Valdina Souza Araújo de Almeida* em face do *Estado de Minas Gerais*, com o objetivo de submeter ao controle do colegiado do Supremo Tribunal Federal a decisão de fls. 11/13, a qual denegou a reclamação constitucional, nos termos seguintes:

> Vistos.
>
> Trata-se de reclamação proposta por *Valdina Souza Araújo de Almeida*, na qual se alega usurpação de competência desta Corte pelo e. Superior Tribunal de Justiça ao julgar prejudicado agravo de instrumento que interpôs contra decisão do reclamado, que negara seguimento a recurso extraordinário que interpusera contra decisão desfavorável a seus interesses proferida por aquela Corte.
>
> Alega a reclamante, na petição de fls. 2/3, que agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário, qualquer que seja a natureza da matéria em discussão, deve obrigatoriamente ser encaminhado ao Supremo Tribunal Federal e que a autoridade ora reclamada, ao assim deixar de proceder, usurpou a competência desta Corte, para a apreciação da questão.
>
> É o relatório.
>
> Decido.

A questão versada na presente reclamação diz respeito à possibilidade de que seja obstada a subida a este Tribunal de agravos de instrumento tirados contra decisões denegatórias de prosseguimento de recursos extraordinários.

Não se nega que até há pouco tempo era pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se poderia obstar o normal processamento e encaminhamento de agravos assim interpostos contra decisões denegatórias de admissibilidade de recursos extraordinários, podendo ser citado o texto da Súmula 727 que dispõe: "Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto de decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos Juizados Especiais."

Matéria essa, ademais, reiteradamente reafirmada pelo Pleno desta Corte, como se colhe dos seguintes precedentes: Rcl 2.826/RS, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 14-11-2007; Rcl 4.484/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 23-11-2007; Rcl 2.453/MG, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 11-2-2005; Rcl 1.574/ES, Rel. Min. **Nelson Jobim**, *DJ* de 13-6-2003.

Entretanto, tal entendimento restou superado com o advento da novel legislação editada com o escopo de disciplinar a exigência de repercussão geral da matéria constitucional suscitada no âmbito do recurso extraordinário, decorrente da promulgação da EC 45/2004, especialmente o disposto nos arts. 543-A e 543-B do CPC, com a redação que lhes foi dada pela Lei 11.418/2006.

Na espécie, a reclamante pretende destrancar agravo de instrumento sobrestado na origem sob o fundamento de que se haveria desrespeitado a autoridade do Pretório Excelso.

No entanto, o referido agravo foi julgado prejudicado com fundamento no § 1º do art. 328-A do Regimento Interno desta Corte, que dispõe:

> "Nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do CPC, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.
>
> § 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitidos os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do art. 543-B, § 2º, e quando coincidente o teor dos julgamentos, § 3º."

Vale destacar, ainda, o texto do § 2º do artigo 543-B do CPC que expressamente dispõe que "negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos".

Constata-se, portanto, que agindo da forma como procedeu, Sua Excelência o Vice-Presidente do Egrégio STJ nada mais fez senão cumprir o disposto nas supra-aludidas normas legais, bem como no Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que por ocasião do julgamento do RE 598.365/MG, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJe* de 26-8-2009, aliás, efetuado de maneira eletrônica, ficou decidida a inexistência de repercussão geral na matéria então em discussão, dada a inexistência, a rigor, de questão constitucional a ser apreciada por esta Corte.

Inviável, destarte, falar-se em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal na questão ora em análise.

Ressalte-se, em arremate, a existência de precedentes específicos sobre o tema, recentemente proferidos pelos ilustres Ministros **Joaquim Barbosa** (Rcl 9.099/AL) e **Cármen Lúcia** (Rcl 9.223/RJ).

Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, nego seguimento à reclamação.

As razões da agravante podem assim ser resumidas:

a) o agravo de instrumento interposto da decisão que inadmite recurso extraordinário não pode ter seu seguimento obstado pelo magistrado, a teor da Resolução 140, de 1º-2-1996, e da Súmula 727 do STF;

b) os precedentes constantes da decisão recorrida não esvaziam a construção constitucionalizada da Súmula 727;

c) é-lhe assegurada a amplitude de defesa, cuja aplicabilidade é imediata, por previsão constitucional.

O *Estado de Minas Gerais* afirma em sua contraminuta:

a) negada a repercussão geral da matéria, "os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos (§ 2º do art. 543-B do CPC), em despacho irrecorrível, pelo Tribunal de origem".

b) não se aplica a Súmula 727 quando a negativa de seguimento do agravo de instrumento fundar-se em declaração de inexistência de repercussão geral do próprio STF.

Dispensada a oitiva do Ministério Público Federal, dado o caráter da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): O recorrente, em sua minuta, limitou-se a reiterar a tese exposta na inicial, a saber, que a autoridade reclamada ofendeu o art. 3º da Resolução 140/STF e a Súmula 727/STF.

O STF assentou entendimento no sentido da insubsistência do agravo regimental quando ausente ataque específico aos fundamentos do pronunciamento monocrático tido por merecedor de reforma, como consagrado no art. 317, § 1º, do RISTF. Vejam-se os seguintes precedentes nesse sentido:

Ementa: Agravo regimental na reclamação. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Não cumprimento do requisito exigido no art. 317, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

1. Os fundamentos da decisão agravada não foram impugnados pelo agravante, que se limitou a reiterar os argumentos apresentados na inicial.

2. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(Rcl 9.600-AgR/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJE* de 19-3-2010.)

Ementa: Agravo regimental na reclamação. Alegação de afronta ao que decidido na ADC 4/DF. Ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão

agravada. Art. 317, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Inviável o agravo regimental no qual não são impugnados os fundamentos da decisão agravada. Precedentes.
(Rcl 4.754-AgR/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJE* de 26-3-2010.)

Ementa: Agravo regimental em reclamação. Decisão agravada fundamentada na jurisprudência desta Corte. Alegação de descumprimento do que decidido no HC 98.893. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Não cumprimento do requisito exigido no art. 317, § 1º, do RISTF. Inadmissibilidade. Precedentes. É requisito essencial do agravo regimental a apresentação das razões do pedido de reforma da decisão agravada, conforme expressa determinação do art. 317, § 1º, do Regimento Interno desta Corte. Inviável, portanto, o agravo regimental que se limita a reiterar os argumentos apresentados na inicial e não impugna os fundamentos da decisão agravada. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
(Rcl 8.665-AgR/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJE* de 23-10-2009.)

Ademais, a reclamação dirigiu-se contra norma administrativa do STF e súmula destituída de eficácia vinculante, as quais não são paradigmas hábeis a dar ensejo ao conhecimento da espécie, dada a falta de suporte constitucional.

Tampouco logrou a agravante demonstrar a usurpação da competência desta Corte ou elencou decisão cuja autoridade entende por afrontada, a viabilizar o manejo desta espécie de incidente processual.

A decisão reclamada julgou prejudicado o agravo de instrumento, à vista do julgamento pela Corte do RE 598.365/MG, pelo qual se declarou a inexistência de repercussão geral da matéria objeto do recurso extraordinário da agravante no STJ. Colha-se a respectiva ementa:

Pressupostos de admissibilidade de recursos da competência de outros tribunais. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. A questão alusiva ao cabimento de recursos da competência de outros tribunais se restringe ao âmbito infraconstitucional. Precedentes. Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta nossa Corte, falta ao caso "elemento de configuração da própria repercussão geral", conforme salientou a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do RE 584.608-RG.
(RE 598.365-RG/MG, Plenário Virtual, Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJE* de 26-3-2010.)

Como assentei monocraticamente:

Na espécie, a reclamante pretende destrancar agravo de instrumento sobrestado na origem sob o fundamento de que se haveria desrespeitado a autoridade do Pretório Excelso.

No entanto, o referido agravo foi julgado prejudicado com fundamento no § 1º do art. 328-A do Regimento Interno desta Corte, que dispõe:

"Nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do CPC, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já

sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.

§ 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitidos os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do art. 543-B, § 2º, e quando coincidente o teor dos julgamentos, § 3º."

Vale destacar, ainda, o texto do § 2º do art. 543-B do CPC que expressamente dispõe que "negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos".

Constata-se, portanto, que agindo da forma como procedeu, Sua Excelência o Vice-Presidente do Egrégio STJ nada mais fez senão cumprir o disposto nas supra-aludidas normas legais, bem como no Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal (...).

Tem-se, pois, que o *decisum* objeto da reclamação está em conformidade com as normas legais e regimentais atinentes ao instituto da repercussão geral, não infringida a competência deste Pretório.

Daí por que se impõe a mantença da decisão atacada por seus próprios e sólidos fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

Rcl 9.344-AgR/MG — Relator: Ministro Dias Toffoli. Agravante: Valdina Souza Araújo de Almeida (Advogado: Vladimir Macêdo da Silva). Agravado: Estado de Minas Gerais (Advogado: Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais). Interessado: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, licenciados, os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 2 de junho de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECLAMAÇÃO 9.428 — DF

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Reclamante: S. A. O Estado de S. Paulo — Reclamado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios — Interessado: Fernando José Macieira Sarney

Liberdade de imprensa. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre a liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incisos X e XII, e 220, *caput*, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer do pedido, julgando extinto o processo sem julgamento de mérito, contra os votos dos Ministros Carlos Britto, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Marco Aurélio por ter-se ausentado ocasionalmente. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 10 de dezembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1.** Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, proposta pela empresa jornalística S. A. O Estado de São Paulo contra decisão da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que, nos autos do Agravo de Instrumento 2009.00.2.010738-6, se declarou absolutamente incompetente para apreciar o recurso, reconhecendo conexão

(art. 103 do CPC) com decisão que decretou a quebra de sigilo telefônico proferida por juiz federal no Estado do Maranhão, mantendo, porém, com base no poder geral de cautela (art. 798 do CPC), decisão liminar do relator original da causa, que é ação inibitória de publicação de dados sigilosos sobre o autor e contidos em pendente investigação policial.

O Relator – ao depois removido da relatoria por acolhimento de exceção de suspeição –, perante decisão que indeferira pedido de antecipação de tutela formulado em ação inibitória proposta por Fernando Sarney contra o ora reclamante e proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial da Vara Judiciária de Brasília, determinou, "em antecipação de tutela recursal, que se abstenha quanto à utilização – de qualquer forma, direta ou indireta – ou publicação dos dados relativos ao agravante, eis que obtidos em sede de investigação criminal sob sigilo judicial", bem como fixou pena de multa de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a cada ato de violação do comando judicial.

Alega o reclamante, em síntese, desrespeito à decisão desta Corte que, nos autos da **ADPF 130** (Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJE* de 6-11-2009), declarou a revogação integral, ou não recepção pela ordem jurídica vigente, da Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como "Lei de Imprensa", uma vez incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Nos termos da ementa, teria esta Corte definido os componentes da "liberdade constitucional de relatar e opinar", "verberando destarte o reprovável modismo da 'censura judicial' operada sob as vestes da proteção aos direitos da personalidade, tomados estes contudo em óptica apertada e minguada, como se a eles pudesse ser forasteiro, apartado, quiçá incompativelmente distante, o fundamental direito à manifestação de pensamento" (fl. 7).

Aponta manifesto conflito da decisão impugnada com o modelo constitucional democrático brasileiro, que une indissociavelmente a liberdade de imprensa e o regime democrático pós-ditatorial, vedando expressamente todas as hipóteses de censura prévia. Alega ser impossível verificar violação a direitos de personalidade *a priori*, sem que se conheçam as características da informação por divulgar. Sustenta, ainda, inexistir "fundado receio" que ofereça guarida ao poder geral de cautela adotado na decisão questionada, visto já terem outros órgãos de imprensa propalado à larga o conteúdo das gravações telefônicas cuja publicação se lhe atalhou.

Pede, enfim, que, "observados os pleitos liminares registrados (...), esta reclamação seja agasalhada para o fim de cassar o acórdão – exorbitante e antagônico àquilo que julgou na salientada 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental' (ADPF/130) – exarado pelo E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no Agravo de Instrumento (...), fazendo assim cessar, em consequência e de modo integral, as restrições informativas (censura) que, pela vontade do E. Tribunal-Reclamado, foram impostas a O Estado de São Paulo" (p. 15).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** O objeto claro desta reclamação reduz-se a que, na ótica do reclamante, impedido de publicar reprodução de dados relativos ao autor da ação inibitória, apurados em inquérito policial coberto por segredo de justiça, teria a decisão ora impugnada, que confirmou a ordem liminar de impedimento, desrespeitado a autoridade do acórdão proferido por esta Corte na **ADPF 130**.

Mas sua especificidade está em que, fundando-se tal decisão liminar, editada em agravo de instrumento, na expressa invocação da inviolabilidade constitucional dos direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante necessária proteção do sigilo legal de "dados obtidos por interceptação judicial de comunicações telefônicas, velados por segredo de justiça", perante pretensão, não do Estado, mas de particular representado pela empresa jornalística, de os divulgar em nome da liberdade da imprensa, o caso não se limita à configuração de contraste teórico e linear entre os direitos fundamentais garantidos nos arts. 5º, X, e 220, *caput*, da Constituição da República, mas envolve ainda outra garantia, a da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, previsto no art. 5º, XII, e assegurado por segredo de justiça imposto em decisão judicial.

Daí, para espelhar, na inteireza, o objeto da reclamação, toda a pertinência da remissão feita, na liminar, ao precedente da **Pet 2.702** (Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 19-9-2003), onde se discutiu, na significativa observação do Ministro **Gilmar Mendes**, "interessantíssimo caso de colisão de direitos fundamentais, não na sua acepção clássica de colisão entre direitos diversos, aqui, a liberdade de expressão e de imprensa, de outro lado, o direito à intimidade, à honra, mas, como demonstrou o eminente Relator, cuida-se de um caso de colisão complexa, que envolve a consideração sobre a própria inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas" (fl. 91), e, acrescento, neste caso, da própria eficácia de decisão judicial que decreta segredo de justiça.

A questão é, pois, saber se tal colisão complexa foi, em toda sua singularidade, objeto da decisão constante do acórdão da **ADPF 130**, em termos imperativos que pudessem ter sido vulnerados pelo teor da decisão ora impugnada.

2. Escusaria lembrar que, consoante o disposto no art. 102, inciso I, alínea *l*, da Constituição Federal, bem como nos arts. 156 do Regimento Interno desta Corte e 13 da Lei 8.038, de 28-5-1990, a reclamação, como remédio processual excepcionalíssimo, só é admissível em duas hipóteses: para a preservação da esfera de competência da Corte e para a garantia da autoridade das suas decisões. A só alegação de eventual ofensa à Constituição da República, por mais grave que prefigure ou seja o atentado contra direito fundamental ou liberdade institucional, não se lhe insere entre as causas taxativas de admissibilidade.

Coisa tão indiscutível demonstra o alcance estrito desse instituto constitucional, do qual se tira, logo, que não cabe, no âmbito desta via, a título de questão autônoma, nenhum debate sobre delimitação de direitos, como a liberdade de imprensa, sobre admissibilidade teórica de restrições às respectivas previsões constitucionais,

sobre suas características conformadoras – se adotada a teoria interna dos direitos fundamentais –, nem sobre a existência de limites expressamente previstos, autorizados ou não autorizados pela Constituição, segundo o modelo taxinômico proposto por Jorge Reis Novais (*As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra, 2003).

Tampouco tolera análise acerca da possibilidade de, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas de caso concreto, serem afastados preceitos constitucionais que apontem, como regra, a impossibilidade de vedação prévia (censura) de manifestações informativas e de pensamento, em típica situação da chamada colisão de direitos fundamentais.

Nem autoriza discutir a relação do Estado com a liberdade de expressão e de informação, na tensa estrutura relevada por Owen Fiss: ao mesmo tempo em que deve proteger a autonomia discursiva dos indivíduos, mediante atuação de viés negativo, é mister do Estado promover e resguardar a diversidade e a pluralidade do debate democrático, bem como a ampliação da esfera pública, agora em intervenção de conteúdo positivo (*A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

Não há, por fim, lugar para estima da legitimidade do trâmite processual da causa, embora admire, à primeira vista, a manutenção de liminar concedida por magistrado afastado por suspeição em acórdão do Tribunal que se declarou absolutamente incompetente para o feito, ao avistar conexão entre o objeto do agravo de instrumento e a decisão de quebra de sigilo telefônico emitida por juiz federal do Estado do Maranhão.

3. O objeto da reclamação adscreve-se, pois, à alegação de ofensa à autoridade do acórdão prolatado na **ADPF 130** (Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJE* 6-11-2009), que deu por inteiramente revogada ou não recebida a Lei de Imprensa, sem que seja lícito, por inspiração das mais elevadas ou nobres razões políticas ou institucionais, alargar-lhe os precisos limites decisórios e instaurar, onde não cabe nem a fórceps, ampla querela constitucional a respeito do alcance da liberdade de imprensa na relação com o poder jurisdicional.

4. Nesses termos, que me impõe a moldura constitucional da reclamação, não encontro, no teor da decisão impugnada, desacato algum à autoridade do acórdão exarado na **ADPF 130**, assim contra seu comando decisório (*iudicium*), como em relação aos seus fundamentos ou, como se diz, aos seus motivos determinantes (*rationes decidendi*).

No que concerne ao dispositivo ou capítulo decisório do acórdão (*iudicium*), consistente na resposta jurisdicional ao pedido certo de revogação da lei, a razão é óbvia. Julgando procedente a ação, tal aresto cingiu-se a declarar que a Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, foi revogada pela atual Constituição da República, ou, noutras palavras, que não foi por esta recebida.

Ora, como consta claríssimo da petição inicial da ação inibitória movida contra a ora reclamante, baseia-se o autor na invocação de direitos da personalidade previstos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, da disposição

do art. 12 do Código Civil, assim como da tipificação penal da violação e divulgação de dados sigilosos oriundos de interceptação telefônica autorizada judicialmente, consoante preceituam os arts. 8º e 10 da Lei federal 9.296/1996, e o art. 153, §1º-A, do Código Penal (cf. fls. 22 e seguintes), sem nenhuma menção, próxima nem remota, a norma ou normas da lei ab-rogada. Dá-se o mesmo com a decisão ora impugnada, que, atendo-se aos fundamentos constitucionais e legais invocados pelo autor, tampouco se refere, em algum passo, a dispositivos da Lei 5.250, de 1967 (fls. 104-112).

Nesse intransponível contexto, não vejo como nem por onde excogitar-se desrespeito à autoridade do comando decisório do acórdão da **ADPF 130**, coisa que só seria concebível se a decisão impugnada houvera aplicado qualquer das normas constantes da lei que a Corte declarou estar fora do ordenamento jurídico vigente.

O caso não se acomoda, pois, em nenhum aspecto, a hipótese em que não podem deixar de reputar-se ofensivas à autoridade desta Corte, decisões que têm por fundamento previsão normativa da revogada lei de imprensa, como se viu na **Rcl 9.362** (decisão monocrática do Rel. Min. **Ayres Britto**, j. em 6-11-2009).

5. Não colhe, tampouco, arguição de injúria aos fundamentos ou aos motivos ditos determinantes do acórdão paradigma (*rationes decidendi*).

E as razões aqui também não são sutis.

Conforme já assentou esta Corte, os fundamentos ou motivos determinantes de decisão proferida no âmbito de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, seja em sede liminar, seja em pronunciamento definitivo, são dotados de eficácia vinculante transcendente (art. 102, § 2º, da CF, e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868, de 10-11-1999), apta a ensejar, quando evidenciada contrariedade de decisão, jurisdicional ou administrativa, ao entendimento firme que ali se tenha firmado, a propositura de reclamação ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, alínea *l*, da CF), para fazer prevalecer-lhe a postura desrespeitada (**Rcl 2.363**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 1-4-2005; **Rcl 2.143-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 6-6-2003; **Rcl 1.987**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 21-5-2004; **Rcl 1.722**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 13-5-2005; **Rcl 3.625-MC**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 8-11-2005; **Rcl 3.291**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 31-5-2005; **Rcl 2.986-MC**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 18-3-2005; **Rcl 2.291-MC**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 1º-4-2003).

Mas não é este o caso.

É que só se torna lícito cogitar de insulto à eficácia vinculante de *ratio decidendi* de decisão lançada por esta Corte, no bojo de ação direta de inconstitucionalidade, ação direta constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando o provimento jurisdicional ou administrativo verse a mesma questão jurídica, adotando resolução em sentido contraditório ao teor do aresto que se fundou na motivação contrariada. É necessário que a matéria de direito (*quaestio iuris*) debatida na pronúncia, cuja autoridade se alegue ofendida, seja em tudo idêntica, senão semelhante àquela sobre a qual se apoie a decisão que teria desembocado em conclusão oposta. De outra forma, uma vez

distintas as situações jurídicas, não se legitima nem justifica reconhecer eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade e da decisão correspondente.

6. Ora, não se extraem do acórdão da **ADPF 130** motivos determinantes, cuja unidade, harmonia e força sejam capazes de transcender as fronteiras de meras opiniões pessoais isoladas, para, convertendo-se em *rationes decidendi* determinantes atribuíveis ao pensamento da Corte, obrigar, desde logo, de maneira perene e peremptória, toda e qualquer decisão judicial acerca dos casos recorrentes de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão ou de informação. E, muito menos, nos exatos termos em que está posta, na decisão impugnada, a complexa questão de concordância **prática**, i. é, nos contornos do caso concreto, entre as garantias constitucionais de inviolabilidade dos direitos à intimidade e à honra (art. 5º, inciso X), o alcance da liberdade de imprensa (art. 220, *caput*) e a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, imposto por decisão judicial (art. 5º, inciso XII), sob cominação da prática de crime (arts. 8º e 10 da Lei 9.296, de 1996, e art. 153, § 1º-A, do Código Penal).

Daquele acórdão nada consta a respeito desse conflito.

Salvas as ementas, que ao propósito refletem apenas a posição pessoal do eminente Ministro Relator, não a opinião majoritária da Corte, o conteúdo semântico geral do acórdão traduz, na inteligência sistemática dos votos, o mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional, não chegando sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, § 1º, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva, que alguns votos tomaram como *reserva legal qualificada*.

Basta recordar as decisivas manifestações que relevaram a necessidade de ponderação, tendentes a conduzi-los a uma concordância prática nas particularidades de cada caso onde se lhes revele contraste teórico, entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade, como intimidade, honra e imagem, para logo por em evidência o desacordo externado sobre a tese da absoluta prevalência hierárquica da liberdade de expressão frente aos demais direitos fundamentais.

O saudoso Ministro **Menezes Direito**, por exemplo, sobre reconhecer tal necessidade de ponderação no caso de colisão de direitos fundamentais (p. 86-87), afirmou:

> a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. **Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história**.
> (**ADPF 130**, Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJE* de 6-11-2009, p. 91, grifos nossos.)

O Ministro **Ricardo Lewandowski** reconheceu a coexistência teórica, enquanto situados no mesmo plano de eficácia plena e aplicabilidade imediata,

dos direitos de liberdade de expressão, pensamento e informação, previstos nos arts. 5º, incisos IV e IX, e 220 da Constituição da República, e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, garantida no art. 5º, incisos V e X, concluindo pela mesma necessidade de a decisão do caso concreto guiar-se pelo princípio da proporcionalidade (fls. 102 e 103), donde, por implicitude, haver negado caráter absoluto e irrestrito à liberdade de imprensa:

> Com efeito, de um lado, a Constituição, nos arts. 5º, incisos IV e IX, e 220, garante o direito coletivo à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, independentemente de licença e a salvo de toda restrição ou censura.
>
> De outro, nos art. 5º, incisos V e X, a Carta Magna garante o direito individual de resposta, declarando, ainda, inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação.
>
> São direitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata – para usar a consagrada terminologia do professor José Afonso da Silva – como foi acentuado pelo deputado Miro Teixeira da tribuna, quando mais não seja, por força do que dispõe o art. 5º, § 1º, do texto magno.
>
> Não impressiona, *data venia*, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação.
>
> É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo", vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário.
>
> Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução.
>
> Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia a dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos.

O Ministro **Joaquim Barbosa**, abeberando-se na doutrina de Owen Fiss, também advertiu:

> No seu voto, o eminente Relator optou por uma posição radical e preconizou para o nosso País uma imprensa inteiramente livre de qualquer regulamentação ou de qualquer tipo de interferência por parte dos órgãos estatais. Aparentemente, se não fiz uma leitura errada do posicionamento de Sua Excelência, **até mesmo a intervenção do Poder Judiciário seria vista como suspeita**.
>
> **Eu, contudo,** a exemplo do pensamento sobre a matéria do eminente professor Owen Fiss, da Universidade de Yale, em quem me inspiro, **penso que nem sempre o Estado exerce uma influência negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação**.

> O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns.
> (**ADPF 130**, Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJE* de 6-11-2009, p. 109, grifos nossos.)

Não foi diversa a postura da Ministra **Ellen Gracie**, ao deixar nítido que a vedação constitucional de norma que constitua, *a priori*, embaraço à liberdade de expressão e de imprensa, concebida no mesmo nível constitucional dos outros direitos fundamentais, não preexclui a análise casuística que compete ao Poder Judiciário:

> (...) **não enxergo**, com a devida vênia, **uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais**.
>
> Entendo, com todo respeito e admiração à visão exposta pelo eminente Relator, Ministro Carlos Britto, que **a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente Relator, num "estado de momentânea paralisia" para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado**. **A ideia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Excelência, representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros**. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àquele de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício.
>
> **Caberá sempre ao Poder Judiciário apreciar se determinada disposição legal representou verdadeiro embaraço ao livre exercício de manifestação**, observadas as balizas constitucionais expressamente indicadas, conforme disposto no art. 220, § 1º, da Constituição, nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do seu art. 5º.
>
> Em conclusão, Senhor Presidente, acredito que o art. 220 da Constituição Federal, quando assevera que nenhum diploma legal conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho, obstáculo ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação.
> (**ADPF 130**, Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJE* de 6-11-2009, p. 127 e seguintes – Grifos nossos.)

Definindo a questão, de ângulo que sobremodo interessa ao caso, onde também se acha em jogo a incidência de regras de natureza penal, sustentou o Ministro **Celso de Mello**:

> **O fato** é que a liberdade de expressão **não pode amparar comportamentos delituosos** que tenham, **na manifestação** do pensamento, um de seus meios de exteriorização, **notadamente** naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente **encontra repulsa** no próprio texto da Constituição, **que não admite** gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, **como**

o da dignidade da pessoa humana, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.

É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, **impregnada** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger **qualquer** pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, **impedindo** que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, **qualquer** tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, **pois todos hão de ser livres** para exprimir ideias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

Isso não significa, contudo, **que a prerrogativa** da livre manifestação do pensamento **ampare** exteriorizações contrárias à própria lei penal comum, **pois** o direito à liberdade de expressão, **que não é absoluto**, não autoriza condutas sobre as quais **já haja incidido**, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal **que se revele em tudo compatível** com os valores cuja intangibilidade a **própria** Constituição da República **deseja ver preservada**.

É por tal razão que esta Suprema Corte **já acentuou que não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público **ou** exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, **ao delinear** o regime jurídico a que estas estão sujeitas – **e considerado o substrato ético** que as informa – **permite** que sobre elas **incidam** limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, **a proteger** a integridade do interesse social **e**, de outro, **a assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum** direito **ou** garantia pode ser exercido **em detrimento ou com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros.

(...)

Torna-se importante salientar, neste ponto, **presente** o contexto em exame, **que a superação dos antagonismos** existentes **entre** princípios constitucionais – **como aqueles** concernentes à liberdade de informação, de um lado, **e** à preservação da honra, de outro – **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 **em cada** 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.

(**ADPF 130**, Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJE* de 6-11-2009, p. 160 e seguintes – Grifos no original.)

Na ocasião, manifestei-me da seguinte forma:

A mim me parece, e isso é coisa que a doutrina, tirando – ou tirante – algumas posturas radicais, sobretudo no Direito norte-americano, é pensamento universal que, além de a Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unímoda.

Quando a Constituição Federal se refere à plenitude desse direito, ela, evidentemente, não apenas pressupõe as suas próprias restrições literais que constam do *caput* do art. 220 do § 1º e das outras normas a que se remete, como estabelece que se trata de uma plenitude atuante nos limites conceitual-constitucionais.

Noutras palavras, **a liberdade da imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que adota, segundo as suas concepções ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana.**

(**ADPF 130**, Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJE* de 6-11-2009, p. 122 e seguintes – Grifos nossos.)

Em longo e erudito voto, o Ministro **Gilmar Mendes**, após proceder a larga reconstituição das concepções constitucionais da liberdade de imprensa na tradição jurídica norte-americana e na germânica, não hesitou em assentar-lhe, diante do cânone do art. 220 da nossa Constituição, o cunho de relatividade, que a faz suscetível de restrição, não apenas pelo Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário (fls. 225-227):

O constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo.

Ao contrário do disposto em alguns dos mais modernos textos constitucionais (Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1) e do estabelecido nos textos constitucionais que a antecederam (Constituição brasileira de 1934, art. 113, 9; Constituição brasileira de 1946, art. 141, § 5º; Constituição brasileira de 1967-69, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 não contemplou, diretamente, na disposição que garante a liberdade de expressão, a possibilidade de intervenção do legislador com o objetivo de fixar alguns parâmetros para o exercício da liberdade de informação.

Não parece correta, todavia, essa leitura rasa do texto constitucional, pelo menos se se considera que a liberdade de informação mereceu disciplina destacada no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220-224 da CF/1988).

Particularmente elucidativas revelam-se as disposições constantes do art. 220 da Constituição:

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente."

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional – "Nenhuma lei conterá dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" – parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, como também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1º, segundo a qual "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV".

Como se vê, **a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa**, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa.

Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.

Que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa é o próprio texto que o afirma explicitamente, ao conferir à lei federal a regulação das diversões e dos espetáculos públicos (natureza, faixas etárias a que se não recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada), o estabelecimento de mecanismos de defesa contra programas e programações de rádio e de televisão

que, *v.g.*, sejam contrários a valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, arts. 220, § 2º, e 221, IV).

Essas colocações hão de servir, pelo menos, para demonstrar que o tema não pode ser tratado da maneira simplista ou até mesmo simplória como vem sendo apresentado, até por alguns juristas.

Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a qual pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais* (*Grundrechtskollision*).

7. É, em suma, patente que ao acórdão da **ADPF 130** não se lhe pode inferir, sequer a título de motivo determinante, uma posição vigorosa e unívoca da Corte que implique, em algum sentido, juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade – tais como intimidade, honra e imagem – por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa.

Tal afirmação não significa, nem quer significar, que toda e qualquer interdição ou inibição judicial a exercício da liberdade de expressão seja constitucionalmente admissível, o que constituiria rematado absurdo. Pretende apenas sublinhar que se não descobre, à leitura atenta de todos os votos componentes daquele acórdão, assim no *iudicium*, como nas *rationes decidendi*, nenhuma pronúncia coletiva de vedação absoluta à tutela jurisdicional de direitos da personalidade segundo as circunstâncias de casos concretos, como supõe a tese o reclamante, e que, como tal, seria a única hipótese idônea para autorizar o conhecimento do mérito desta reclamação.

E convém não esquecer que a decisão ora impugnada não tangencia sequer aspectos normativos da revogada lei de imprensa, que foi o objeto exclusivo do pedido da **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cujo acórdão não se presta, pois, a desconstituí-la nesta via excepcional, a título de ofensa à autoridade de decisão desta Corte, porque o não permite a própria Constituição da República ao delimitar o âmbito objetivo que define a serventia da reclamação.

Não há identidade entre a questão jurídica discutida nos autos da reclamação e a decidida nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental, de modo que, não obstante compreensível e justo o propósito de ver logo julgada sua relevantíssima pretensão jornalística, o reclamante recorreu a via imprópria para lográ-lo, o que, à evidência, não o impede de valer-se dos remédios jurídico-processuais adequados para tanto.

8. De todo modo, não me escuso, na oportunidade, de enfatizar a parcimônia, senão o rigor e precisão, com que deve acolhida, entre nós, a teoria da chamada *transcendência dos motivos determinantes*, à vista do singular modelo deliberativo historicamente consolidado neste Supremo Tribunal Federal.

É que aqui, diferentemente do que sucede em outros sistemas constitucionais, não há, de regra, tácita e concordância necessária entre os argumentos adotados pelos Ministros, que, em essência, quando acordes, assentimos aos termos

do capítulo decisório ou parte dispositiva da sentença, mas já nem sempre sobre os fundamentos que lhe subjazem. Não raro, e é coisa notória, colhem-se, ainda em casos de unanimidade quanto à decisão em si, públicas e irredutíveis divergências entre os fundamentos dos votos que a compõem, os quais não refletem, nem podem refletir, sobretudo para fins de caracterização de paradigmas de controle, a verdadeira o*pinion of the Court*.

9. Em que pesem o merecido prestígio do jornal *O Estado de São Paulo*, do qual sou assinante há décadas e que, ao longo de gloriosa história, tem sido poderoso instrumento da sociedade na luta pela preservação das liberdades públicas e da democracia, contra as forças do arbítrio, da prepotência e dos desmandos públicos, a gravidade e a urgência do caso, o evidente interesse público no resguardo do desenho constitucional das liberdades públicas, em especial da liberdade de imprensa, no seu conspícuo e insubstituível papel institucional na estrutura, vivência e aprimoramento do regime democrático, a aparência de lesão a preceito fundamental e, até, as peculiaridades processuais observadas na causa de origem, não é apta esta ação constitucional para tutelar o eventual direito da reclamante.

10. Diante do exposto, com fundamento no art. 38 da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, art. 21, § 1º, do RISTF, e art. 267, inciso VI, do CPC, **extingo o processo da reclamação**, sem resolução do mérito e sem prejuízo de recomendar, enfaticamente, ao juízo *a quo* que dê a necessária prioridade para decisão de questão tão relevante. Oportunamente, arquivem-se.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, como eu fui Relator da ADPF 130, peço vênia aos eminentes Ministros para participar do debate e até antecipar o meu voto.

Antes de tudo, é preciso lembrar que nós julgamos, originariamente, uma ADPF, ou seja, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental. Essa ADPF foi julgada procedente por maioria. Por que foi julgada procedente? Porque o juízo de recepção da lei adversada, que era a Lei 5.250, autodenominada Lei de Imprensa, violava preceitos fundamentais. Não se trata aqui de aplicar a teoria da transcendência dos princípios, não. Não há necessidade disso.

Nós julgamos procedente a ação de descumprimento de preceito fundamental porque muitos preceitos fundamentais se contrapunham à recepção da Lei 5.250. Entre esses preceitos fundamentais que nos levaram à não recepção – ou como prefere o Ministro Eros Grau –, ao não recebimento da Lei 5.250, entre esses preceitos figuram na Constituição os que vedam a censura prévia à imprensa. Os que vedam a censura prévia, as manifestações, as publicações, as edições, as reportagens, as atividades de imprensa, enfim, por que a liberdade de imprensa, nos termos da Constituição Federal, não pode sofrer restrição, não pode sofrer censura, não pode sofrer embaraço.

Essa linguagem é a linguagem explícita, expressa, literal do art. 220. Então havia uma contraposição invencível, insuperável entre – concluímos assim – a totalidade dos dispositivos da Lei 5.250 e os preceitos constitucionais versantes sobre a liberdade de imprensa.

Depois é preciso lembrar que a discussão sobre a ADPF 130 se deu em quatro momentos, em quatro sessões de julgamento, aliás, em três sessões de julgamento, mas compreendendo duas discussões e três decisões. Primeiro, eu decidi, monocraticamente, suspendendo vinte e dois dispositivos da Lei de Imprensa. Entre esses dispositivos suspensos, monocraticamente, pelo Relator figuravam quais? Os arts. 61 a 64, constantes da petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Quatro dispositivos, repito, de 61 a 64, que tratavam de quê? Vamos relembrar. Da censura judicial prévia à liberdade de imprensa. Esses quatro dispositivos autorizavam juízes e tribunais a fazer censura prévia à liberdade de imprensa ou liberdade de informação jornalística. Isso constou da petição inicial e do meu relatório.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, só um esclarecimento: este caso não é de censura judicial, mas de confronto entre direitos da personalidade e direito de liberdade de imprensa e normas penais de caráter penal.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu vou chegar lá. Perfeito. Eu estou resgatando a etiologia da arguição de descumprimento de preceito fundamental que nós discutimos em vários momentos e que foi objeto de mais de uma decisão.

A petição inicial dizia:

> 76. O simples fato de se tratar [como esclarece *Cretella Neto*] de dispositivos autoritários é o bastante para que seja declarada a não recepção dos artigos 61, 62, 63 e 64, que prevêem a apreensão e destruição de impressos, em face de sua incompatibilidade com o próprio Estado Democrático de Direito, art. 1º, e com os arts. 5º, IV, IX, 220, § 1º, 2º e 6º da Constituição Federal.
>
> (...)
>
> 78. Não se diga que a apreensão de impressos não constitui censura prévia quando determinada por ordem judicial.

Logo, a questão judicial da censura prévia já figurava da petição inicial e foi objeto da minha decisão. Para que não se diga, aqui, que a questão da censura prévia de caráter judicial não foi objeto de discussão, que todos passaram ao largo desse tema... Absolutamente! O arbítrio de que trata a petição inicial também pode ser praticado pelo Judiciário, como demonstrado abaixo, no pedido de liminar.

À época – os Senhores devem se lembrar da propositura da ação –, vários jornais do País – e até grandes jornais – estavam sofrendo censura por parte do Poder Judiciário, em vários Estados da Federação.

Sobreveio a sessão de referendo da liminar do Relator, suspendendo vinte e dois dispositivos da Lei de Imprensa, entre eles os que tratavam de censura prévia judicial. Com o referendo, foram suspensos os dispositivos que autorizavam o Poder Judiciário a fazer censura. Olhem os dispositivos:

Art. 61. Estão sujeitos à apreensão os impressos que:

I – contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social.

II – ofenderem a moral pública e os bons costumes.

§ 1º A apreensão prevista neste artigo será feita por ordem judicial, a pedido do Ministério Público, que o fundamentará e o instruirá com a representação da autoridade, se houver, e o exemplar do impresso incriminado

(...)

Art. 62. No caso de reincidência da infração prevista no *Art. 61, inciso II*, praticada pelo mesmo jornal ou periódico, pela mesma empresa, ou por periódicos ou empresas diferentes, mas que tenham o mesmo diretor responsável, o juiz, além da apreensão regulada no *Art. 61*, poderá determinar a suspensão da impressão, circulação ou distribuição do jornal ou periódico.

(...)

a) reconhecendo a sentença final a ocorrência dos fatos que justificam a suspensão, serão extintos os registros da marca comercial e de denominação da empresa editora e do jornal ou periódico em questão, bem como os registros a que se refere o *Art. 9º* desta Lei, mediante mandado de cancelamento expedido pelo juiz da execução;

(...)

Art. 64. Poderá a autoridade judicial competente, dependendo da natureza do exemplar apreendido, determinar a sua destruição.

Ou seja, o principal móvel do ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi a censura judicial, que – vou falar numa linguagem talvez demasiadamente coloquial ou prosaica – pipocava nos Estados brasileiros, atingindo até grandes jornais deste País.

A questão da censura judicial está na origem, na etiologia de tudo.

Sobreveio a decisão de mérito, mas esta passou por duas sessões, e os debates foram alongados, os votos foram proferidos e objeto de intensos debates. Em um primeiro momento, sem desdouro para ninguém, devo dizê-lo, ficou projetada uma visão reducionista da liberdade de imprensa – num primeiro momento, não no momento final.

Que visão reducionista? Como se a liberdade de imprensa fosse, digamos, uma bolha normativa e não tivesse nenhum conteúdo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não por parte do autor do voto divergente, que é um arauto da liberdade de expressão e da liberdade de informação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência tem um voto, que me permiti trazer, brilhante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, imagine só...

O Sr. Ministro Carlos Britto: De profissão de fé em torno da liberdade de imprensa. Vossa Excelência não admite censura nenhuma, nem mesmo a judicial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Muito menos por parte do Judiciário, se já não admito a censura administrativa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Hoje não se fala mais em censura administrativa. Isso é coisa do passado. O que preocupa é a censura judicial. Aliás, isso nos remete para os pródromos, o próprio início da Revolução Francesa.

Por que o nosso sistema jurídico não é o judicialista ou judiciarista, baseado sobretudo nos precedentes judiciais, na prevalência do Judiciário sobre o legislador?

O nosso sistema jurídico não é o anglo-saxão, judiciarista por excelência; é o romano-germânico, legalista ou legalitário, porque os revolucionários franceses desconfiavam dos juízes, diferentemente da Revolução Inglesa, liberal, que se deu cem anos antes da Revolução Francesa. Lá os juízes não se mancomunavam propriamente com os governantes coroados, mas na França, sim. Então, como os juízes não eram confiáveis, porque – vou incidir outra vez na coloquialidade – eram da copa e da cozinha dos governantes, os revolucionários franceses instituíram um sistema jurídico legalista ou legalitário, de prevalência da lei sobre as decisões judiciais. É o sistema romano-germânico, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – regime de preponderância da lei sobre as sentenças e os acórdãos –, porque jurisdizer não é nem mesmo dizer o direito; é dizer o que seja de direito, isto é, o que seja conforme a lei, porque é a lei que diz o que seja o direito propriamente dito.

Então, foi por isso que a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi ajuizada, por desconfiança do Poder Judiciário. Nós discutimos o tempo todo aqui se era possível a prevalência da censura judicial prévia. Por isso que, no meu voto, a todo instante eu dizia que a imprensa mantém com a sociedade civil uma linha direta que não passa pela mediação do Estado em assuntos nuclearmente de imprensa. A mediação estatal somente se dá em temas laterais ou reflexamente de imprensa.

A partir da produção do direito-lei, o Estado não pode intervir no núcleo duro das relações de imprensa. Mas claro que, na expressão "a partir do direito-lei" – quantas vezes eu disse isso – desemboca na atuação do Poder Judiciário, que é órgão igualmente estatal.

Mas a visão reducionista a que me referi foi a seguinte: falava-se de liberdade de imprensa como se liberdade de imprensa fosse uma fórmula prescritiva oca, vazia de conteúdo. Ou como se fosse uma bolha normativa, volto a dizer, quando, na verdade, liberdade de imprensa tem conteúdo.

Quais são os conteúdos da liberdade de imprensa? São três: Liberdade de manifestação do pensamento; liberdade de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional – isso está na Constituição, art. 5º; e liberdade de informação. São três os conteúdos desse continente chamado liberdade de imprensa.

O que se está protegendo com essa expressão "liberdade de imprensa" é direito fundamental. A visão reducionista também se manteve, de início, porque alguns Ministros, peço vênia para dizê-lo, ficavam falando de uma falsa dicotomia. De um lado, os direitos fundamentais: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem; bens de personalidade; emanação dos direitos humanos.

De outro lado, liberdade de imprensa. Como se liberdade de imprensa, pelo seu conteúdo – manifestação do pensamento, liberdade de expressão científica, artística e comunicacional, liberdade de informação –, não fosse direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana. Não fosse direito fundamental. O Ministro Marco Aurélio fez essa distinção perfeita e a Ministra Cármen Lúcia também – ainda naquele momento.

Em verdade as coisas não brigam. Não há contraposição. Estamos diante de bens de personalidade. Tudo é bem de personalidade: manifestação do pensamento, direito à informação, direito à imagem – são bens de personalidade, todos. Direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Todos estão no art. 5º, mas com uma diferença, pois a discussão foi clareando, foi projetando luzes sobre essa compreensão, e alguns Ministros mudando de opinião.

Em matéria dos bens jurídicos que dão conteúdo à liberdade de imprensa, a Constituição se fez muito mais enfática. Ela usou de uma técnica não comum às Constituições: a técnica da exaustão normativa. Quero dizer, a Constituição repete o seu discurso, dando até uma aparência de redundância; repete o seu discurso, correndo o risco de incidir na redundância, para que nada fique do lado de fora da rede de proteção que ela estendeu sobre tais bens, porque são sobredireitos. São bem mais direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana do que os outros.

A Constituição fez essa técnica de exaustão normativa nos arts. 5º e 220. Por que a técnica de exaustão normativa? Porque, se uma norma jurídica não entrar em ignição, a outra entra. É a razão de ser da redundância vernacular da Constituição – que vou me permitir lembrar aos Senhores: "IV – é livre a manifestação do pensamento [é o bônus; mas tem o ônus] sendo vedado o anonimato". É a primeira vez que a palavra "censura" é usada pela Constituição; voltará a ser usada no art. 220:

> independentemente de censura ou licença.

Para quem é essa censura? É só para o Poder Legislativo? É só para o Poder Executivo? Ou para todos os Poderes do Estado?

E, achando pouco, a Constituição consagra:

> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte (...)

Resguardado o sigilo da fonte para proteger a informação, para que o acesso à informação se dê ainda com mais desembaraço e com plenitude.

Essa técnica da exaustão normativa volta a ser usada no art. 220. Nele, a Constituição também se faz praticamente repetitiva, e retoma esse discurso do art. 5º.

Isto está no meu voto: Os direitos à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade estão no art. 5º, são bens de personalidade, são emanações diretas da

dignidade da pessoa humana, são direitos fundamentais, mas não foram retomados pela Constituição. No art. 220, sim, a Constituição retoma os direitos à liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de comunicação, liberdade de informação e criação. Para quê? Para reforçá-los na sua densidade, no seu conteúdo significante, na sua operacionalidade.

Diz aqui:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo [ou seja, processo judicial, processo legislativo, processo administrativo] ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Ou seja, observado o direito à intimidade, observado o direito à honra, observado o direito à imagem, observado o direito à vida privada, sim, mas isto num segundo momento. Depois que a liberdade de imprensa é desfrutada; está isso no voto do Ministro Marco Aurélio também. E eu fui encontrar essa proposição no famoso "Caso Spiegel", da Alemanha, em que a precedência do direito à imprensa é reconhecida, pois se trata de assegurar a livre circulação das ideias, das opiniões e das informações.

E vem a técnica de exaustão normativa:

> § 1º Nenhuma lei conterá (...) [nem a lei, nem o direito-lei, quanto mais a sentença, porque sentença é a aplicação da lei. O nosso sistema não é o anglo-saxão, o nosso sistema é o romano-germânico, é o legalitário, é o legalista. Retomo a citação:]
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística [o que era livre passou a ser pleno] em qualquer veículo de comunicação social.

E, finalmente, no § 2º:

> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Todo esse repetido discurso normativo para que nada fique do lado de fora da enfática proteção das ideias, das opiniões, das informações, das notícias e das percepções, ainda que físicas. É como dizia Hegel: Não basta o sistema jurídico assegurar personalidade ao ser humano nativivo. O princípio da dignidade da pessoa humana não se esgota no reconhecimento da personalidade ao nativivo. É preciso que o indivíduo mais e mais seja sujeito de direitos, protagonize situações jurídicas ativas, porque somente assim é que a ele se agrega a virtude da cidadania. Aliás, isso está muito bem expresso no livro recentíssimo de Maria Cristina Peduzzi, Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, cujo nome é *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito com integridade.*

Muito bem, essa falsa dicotomia, uma vez desfeita, levou alguns Ministros a mudarem de opinião. Eu me lembro que o próprio Ministro Joaquim Barbosa, depois que eu lhe prestei algumas explicações, disse o seguinte:

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Vossa Excelência não exclui a ponderação de valores, tais como os abundantemente citados no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito?

E eu disse: "Há matérias perifericamente de imprensa ou lateralmente de imprensa", e que essas, sim, podem ser objeto de lei. Por exemplo, o direito de resposta, o direito à indenização, a composição do conselho de imprensa, a participação de estrangeiros no capital de empresas nacionais de imprensa, a regulação de diversões e espetáculos públicos, a reserva legal qualificada. Está aqui, em matérias reflexamente de imprensa. Agora, em matéria nuclearmente de imprensa, não pode haver lei porque as matérias nuclearmente de imprensa dizem qual o tamanho da manifestação do pensamento, o tamanho da liberdade. A lei pode dizer qual o tamanho da liberdade de manifestação do pensamento? A lei pode dizer qual o tamanho da liberdade de expressão artística, científica, comunicacional e intelectual. Não tem como. É um dever de inação para o Estado.

O fato de não legislar é o modo natural de o Estado se dobrar à imperatividade da Constituição. O Estado não pode dispor sobre o seu próprio modo de se omitir. E, aqui, o Estado tem que se omitir, ele não pode regular. O tamanho da liberdade não pode ser medido com a trena da lei, do direito-lei. Agora, as matérias perifericamente de imprensa podem ser objeto de lei. E aí se preserva a ideia de reserva legal qualificada.

E o Ministro Joaquim disse:

Eu estou inteiramente de acordo com o voto proferido pelo eminente Relator. A não ser em relação a pouquíssimas questões.

Fiz apenas essa pequena introdução, porque acho que nós estamos examinando essa lei, estamos vendo a imprensa apenas sob a ótica institucional e especialmente não estamos vendo a imprensa quando confrontada com o Estado.

E concluiu dizendo:

(...)

Apenas com essas observações, concordo com o voto do eminente Relator, a não ser com relação a esses arts. 20 e 21, que versam exatamente sobre o tratamento específico da questão penal quando veiculada através da imprensa.

O Ministro Menezes Direito, que trouxe um voto muito bonito, um voto longo, bem estudado, próprio de Sua Excelência, ao final, respondendo a uma pergunta da Ministra Cármen Lúcia, disse:

Então, Vossa Excelência, em última análise, concorda com o eminente Relator?

E o Ministro Menezes disse que sim.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, apenas para esclarecer, estamos, portanto, em que o eminente Ministro Menezes Direito, que acaba de proferir esse belíssimo voto, acompanha integralmente o Ministro Relator, não é isso, ministro?

E ante o silêncio, o aceno, o assentimento do Ministro Menezes Direito, o Ministro Gilmar Mendes disse:

> Quanto ao resultado, quando à fundamentação; obviamente, é isso.

O Ministro Lewandowski disse:

> Com efeito, de um lado, a Constituição, nos arts. 5º, incisos IV e IX, e 220, garante o direito coletivo à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, independentemente de licença e a salvo de toda restrição ou censura.
>
> De outro, nos art. 5º, incisos V e X , a Carta Magna garante o direito individual de resposta, declarando, ainda, inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano moral, material, decorrente de sua violação.
>
> São direitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata – para usar a consagrada terminologia do Professor José Afonso da Silva – como foi acentuado pelo Deputado Miro Teixeira da tribuna, quando mais não seja, por força do que dispõe o art. 5º, § 1º, do Texto Magno.
>
> Observo, finalmente, que, nos países onde a imprensa é mais livre, onde a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre, a exemplo do que ocorre nos EUA, no Reino Unido e na Austrália, sem que seja submetida a qualquer disciplina legal.

Evidentemente que o Ministro Lewandowski estava falando da insubmissão da imprensa à regulação por lei quanto às coordenadas de conteúdo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Britto, Vossa Excelência me permite uma pequena observação?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pois não. Eu estou me alongando.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria, Presidente, interessante partirmos para o exame da questão sob o ângulo da instrumentalidade, porque não estamos a julgar incidente de uniformização da jurisprudência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, exatamente. E nem vamos uniformizar os votos.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Porque constou do voto do eminente Ministro Peluso a opinião, a convicção de Sua Excelência, que eu respeito, de que parte da ementa que eu redigi do acórdão refletiu apenas a minha opinião isolada, e não a opinião majoritária da Corte. Então, eu estou demonstrando que não foi bem assim. À medida que a discussão se aprofundava, alguns Ministros iam mais e mais se chegando para o núcleo do voto proferido pelo Relator; ou seja, por mim.

Eu tenho aqui, também, a opinião do Ministro Eros Grau, do Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A questão que está posta e que nós precisamos realmente decidir é aquela sobre o que consta da decisão da

arguição de descumprimento de preceito fundamental, portanto, coberto com o efeito vinculante para os fins de eventualmente se admitir ou não a reclamação. Esse é o objeto da discussão, porque nós agora teremos que encaminhar a questão à luz do cabimento da reclamação. Os votos aqui foram uniformes no sentido da importância, da relevância, do destaque que a Constituição emprestou à imprensa, com divergências eventualmente de fundamentos.

Eu me lembro, por exemplo, que, quando se colocou a questão sobre a forma como o Ministro Direito o acompanhava, ele disse claramente que admitia a disciplina legal sobre o tema.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A Ministra Ellen também.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Eu excepcionei, e também o Ministro Joaquim Barbosa, que, posteriormente, retrocedeu dessa posição que Vossa Excelência referiu e adotou a minha posição, preservando alguns artigos da lei.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Aí eu expliquei que, no fundo, não estávamos divergindo, porque eu só estava dizendo que era irregulamentável o núcleo da liberdade, apenas isso. Mas, Ministro, tudo isso vem, sobre a questão que interessa, que é de ordem processual.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência, me permite, o problema é simples: todos nós estamos de acordo com a importância da liberdade da imprensa, etc. Todos nós votamos, com exceção do Ministro Marco Aurélio, que julgou a ação totalmente improcedente...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto à liberdade de imprensa, não. Ao contrário, penso que há um princípio no art. 220, ou seja, existe, diria até mesmo, o dever de informar da imprensa. É um direito subjetivo público do cidadão ter a informação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Nós todos achamos isso também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A premissa de meu voto foi outra.

Já ouvi que se tem um vácuo legislativo no que se fulminou uma lei que estava em vigor, cansada de ser tão acionada, há mais de quarenta anos, vinte dos quais sob a égide da Constituição Federal de 1988.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Presidente, só para voltar aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Só para não ficar a dúvida quanto ao meu pensamento a respeito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): A questão da reclamação é uma coisa, a meu ver, com o devido respeito, mais simples. O que nós temos? Temos uma decisão que, diante do dispositivo constitucional que assegura a liberdade de imprensa, aplicou outros dispositivos constitucionais, não leis revogadas, mas outros dispositivos constitucionais, que protegem a honra, a vida privada, a intimidade, etc, e normas de caráter penal, para limitar a publicação. A pergunta que se propõe é: esse tema, tal como foi posto na reclamação, foi objeto de decisão da Corte da arguição de descumprimento de preceito fundamental? Não. Nem podia

sê-lo, porque este é um caso concreto, e lá não havia caso concreto nenhum! O que se discutia lá era apenas se a lei era, ou não, compatível com a Constituição. E todos concordamos em que a lei era incompatível com a Constituição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, mas a partir de casos concretos, a partir de numerosos casos concretos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sim, mas ali não se julgava caso concreto nenhum. Nós temos aqui um caso concreto que foi decidido. Queremos saber, não é se a decisão está certa ou se está errada; pode até ser que esteja errada e que o Plenário venha a dizê-lo. Isso não está em jogo. O que está em jogo é: se a mesma questão foi decidida imperativamente na arguição de descumprimento de preceito fundamental e, por isso, se a decisão ora impugnada viola aquela outra decisão? Só isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu concluo, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Essa óptica prevaleceu, contra o meu voto, no dia de ontem.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A minha manifestação coincide com a de Vossa Excelência. Realmente, precisamos nominar o que foi objeto de decisão e aquilo que está coberto pelo efeito vinculante, sem dúvida nenhuma. Até porque houve considerações do Ministro Britto que, com certeza, não mereceram o apoio da maioria. Por exemplo, a afirmação de Sua Excelência segundo a qual não poderia haver lei regulando a imprevisibilidade nesse sentido.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas eu não afirmei isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A reclamação passa a ser polivalente e faz as vezes até de um incidente de uniformização da jurisprudência?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É importante que haja o debate. Agora, vem a questão – desculpe, Ministro Britto, por esse aparte se alongar, porque houve tantas participações, mas isso é necessário para o esclarecimento, por isso estamos debatendo: é o conceito de censura prévia, que Vossa Excelência foca dentro da unicidade intelectual que marca o seu caráter, definindo que a censura prévia constitui não só a eventual intervenção legislativa, como a intervenção administrativa, como também a eventual intervenção judicial.

O Ministro Peluso já coloca de outra maneira e eu já havia também colocado quando fiz no meu voto, entendendo que essa matéria era passível de proteção judicial efetiva, porque esse é um princípio elementar. Inclusive quando nós lemos e debatemos aqui a cláusula do art. 220, nós ressaltávamos esse aspecto:

> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Aí, vem todos os dispositivos que tratam da preservação da intimidade, da honra. Mas, então, Vossa Excelência coloca um adendo nesse seu pensamento dizendo "primeiro se publica e depois se busca a proteção", o que resulta apenas

em indenização. Quando o texto constitucional – e essa é uma regra central do sistema – diz que nenhuma lesão ou ameaça de lesão ficará imune à proteção judicial, é isso que resulta.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pois, é, lesão, depois de lesionado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, ou ameaça.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, depois de lesionado, já não há inviolabilidade alguma do direito. Já foi este violado, Ministro!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não tem ameaça não, Excelência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Isso foi focado, na época. Eu pelo menos procurei deixar muito claro. Se é inviolável a honra, a intimidade, a vida privada das pessoas e se o sistema tem esse modelo de proteção judicial efetiva, não apenas para lesão, mas para ameaça a lesão, é preciso que isso tenha alguma consequência, não que se banalize esse tipo de prática.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, se Vossa Excelência me permite, e novamente interrompendo o Ministro Carlos Britto, apenas gostaria de relembrar que, quando discutimos a questão na arguição de descumprimento de preceito fundamental, optou-se por examinar a lei como um todo, e não artigo por artigo, como havia sido a proposta inaugural. Então, adotamos uma postura na linha das nossas crenças democráticas, pela liberdade de expressão, pela liberdade de imprensa, pelo direito do cidadão de obter a informação correta. De modo que, até aí, não há divergência nenhuma. Creio que agora se coloca algo diverso do que se colocou nas discussões extensas havidas no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ali nós estávamos contrastando a liberdade de imprensa com direitos individuais, direitos da privacidade, e ao que me parece aqui nós devemos contrastar a liberdade de imprensa com os poderes da jurisdição. São poderes previstos no Código de Processo Penal, como a decretação do sigilo e do segredo de justiça. A questão não foi enfocada certamente sob esse prisma quando examinamos a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Esta matéria não foi discutida e faz parte, é ingrediente da questão. Em outras palavras, estamos perante questão sobre a qual o Tribunal não se pronunciou.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Por isso é que eu quero concluir.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exceto o voto do Ministro Celso de Mello, a que fiz referência, o qual, esse, sim, se remeteu expressamente a leis de caráter penal. Foi o único voto. Fora isso, ninguém discutiu o alcance das normas de caráter penal em relação à liberdade de imprensa, que é o que está em jogo aqui na reclamação. Ora, se o Tribunal não se manifestou sobre isso, a reclamação é inviável.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro, eu quero concluir dizendo o seguinte: o ato atacado, vale dizer, a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios aplicou a Lei de Imprensa. Não falou expressamente, mas aplicou de fato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Qual foi o artigo?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Um momento. Ele silenciou quanto à base legal. Qual foi a base legal?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Está aqui. Já falei.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ele se investiu num poder de censura.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não, ele invocou normas constitucionais, Ministro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que outro dispositivo dá aos juízes o poder de censura senão a Lei de Imprensa?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, a decisão impugnada invoca normas constitucionais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que normas?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): O art. 5º.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas o art. 5º não habilita o Judiciário a fazer censura.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Na opinião de Vossa Excelência. Esse é que é o problema.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência falou em ameaça. O substantivo "ameaça" não está no art. 5º, IX.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, não vamos alterar-nos. Vossa Excelência está dizendo que ele aplicou a Lei de Imprensa. Vossa Excelência fez afirmação de que a decisão ora impugnada aplicou a Lei de Imprensa. Eu estou dizendo a Vossa Excelência que o que ela aplicou foram normas constitucionais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Claro que nenhum juiz, nenhum tribunal, vai dizer, quando quiser impor censura à Imprensa, que estará aplicando a Lei de Imprensa. Mas não há outra base legal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, isso aqui não é julgamento de paranormalidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto: No Direito brasileiro somente a Lei de Imprensa conferia esse poder de censura prévia à judicatura. Não há nenhum outro dispositivo legal que o faça.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É só ver se o Tribunal se manifestou sobre essa questão posta à decisão impugnada. Não se manifestou.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A meu sentir, o ato agora impugnado, viola a autoridade da nossa decisão. Foi por isso que eu fiz uma exposição longa, mas necessariamente longa para resgatar os fundamentos da nossa decisão. Nós estávamos decidindo em arguição de descumprimento de preceito fundamental e demonstramos aqui colegiadamente que diversos preceitos fundamentais foram

violados ou continuariam violados a prevalecer a antiga Lei de Imprensa. Não há, Ministro, no Direito brasileiro nenhuma norma constitucional nem legal que chancele o poder de censura à magistratura. Não existe. Só existia a antiga Lei de Imprensa, porque mesmo a lei que cuida de interceptação telefônica, por exemplo, e o Código de Processo Penal quando fala de investigação, sigilo necessário à elucidação do fato exigido pelo interesse da sociedade e mesmo o Código de Processo Civil, quando fala em segredo de justiça, nada autoriza o juiz a exercer esse juízo prévio de censura a nenhum jornal, a nenhum órgão de comunicação social.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Só que o Tribunal não disse isso por enquanto.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Por isso estou achando, antecipando meu voto, que a reclamação é de ser conhecida e julgada procedente quanto ao mérito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Se Vossa Excelência me permite, eu faço uma ressalva.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É cautelar. A cautelar é de ser deferida.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É que o Ministro Relator trouxe apenas porque ele votou no sentido de não conhecer. Se for para continuar, não se pode julgar agora procedente ou improcedente, porque aí teria de tomar os votos para se chegar à conclusão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É a questão da cautelar apenas. O Ministro Relator trouxe a liminar para ser decidida no Plenário.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu conheço da reclamação e defiro a cautelar pedida na reclamação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu queria trazer uma questão ao eminente Relator.

Estou vendo dos memoriais que recebi. A questão de fundo, ao que parece, está centrada no art. 8º da Lei 9.296.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Arts. 8º e 10. O art. 10 é que prevê como crime.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sigilo decretado pela autoridade judicial. Quer dizer, agora estou realmente meditando sobre a questão ora suscitada em Plenário. Se essa matéria foi ou não discutida nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada por nós.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Nem foi mencionada longinquamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Judiciário. Esse é o ponto.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vossa Excelência me permite uma observação? Estou quieto até agora.

Um autor do século IX que escreveu sobre liberdade de imprensa e diz o seguinte, que me parece fundamental: o juiz está limitado pela lei, o censor não

está limitado por lei nenhuma. Exatamente aí se coloca uma afirmação que me parece razoável: é descabível, no caso, falar-se em censura judicial. Porque aí não há censura, há ação de aplicação da lei.

Esse mesmo autor diz mais: se a lei se aplicasse sozinha não precisava, não seriam necessários os tribunais. A imprensa precisa de uma lei – a Lei de Imprensa –, mas não a lei do censor. Então, na verdade – e eu quero, Ministro Peluso, exatamente seguir o voto de Vossa Excelência –, nós não estamos falando aqui em censura. Do que estamos tratando é da aplicação da lei, mais do que da lei, da Constituição, pelo Poder Judiciário. Isso não é censura. Na verdade, é exatamente o inverso da censura. Porque é a aplicação da lei, e não censura, o que, volto a dizer, de acordo com esse velho autor, é exatamente o arbítrio fora da lei, sem nenhuma limitação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sabe o nome desse autor?

O Sr. Ministro Eros Grau: Carlos Marques. Karl Marx, numa monografia sobre liberdade de imprensa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso tudo vai de encontro ao que tem decidido a Suprema Corte americana, por exemplo, no Caso The New York Times *v.* Sullivan e tantos outros autores. Eu tenho um argentino aqui.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, não vamos discutir se essa decisão ofendeu decisão da Corte norte-americana!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu citei o Caso Sullivan quando do meu voto, entendeu? E citei também o Caso Spiegel, em cima exatamente de precedentes judiciais e censura judicial.

O Sr. Ministro Eros Grau: Até as Cortes americanas leem Karl Marx, não sou apenas eu.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Eros Grau, até mesmo por osmose, o Ministro Carlos Ayres Britto ouviu.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Britto, Vossa Excelência, portanto, encaminha o voto no sentido de conhecer da reclamação?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Conhecer da reclamação e deferir a cautelar nela requerida.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, eu vou pedir licença ao Tribunal para me pronunciar antecipadamente, porque devo, daqui a pouco, viajar.

Entendo que será cabível sempre a reclamação quando, inequivocamente, houver a possibilidade de afronta às disposições constantes do acórdão do caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Não há nenhuma

dúvida em relação a isso. Portanto, como disse o Ministro Britto: se houver aplicação da Lei de Imprensa, mesmo que seja uma aplicação disfarçada, certamente caberá a reclamação. Também não há nenhuma dúvida em relação a isso. Portanto, nós estamos de acordo nesse ponto. Não se trata de afirmar que não cabe a reclamação nesse tipo de matéria.

Todavia, a minha dúvida, no caso específico, em função dos vários votos proferidos – fiz aqui um levantamento sobre essa questão –, eu entendo que, de fato, no que diz respeito a esse tipo de entendimento, nós temos valores, e o Tribunal tem grande dificuldade – na verdade todas as cortes têm grande dificuldade – de estabelecer uma hierarquia de direitos fundamentais.

Nós sabemos que há um sobrevalor, no que diz respeito à liberdade de imprensa, não só como direito individual, mas até como um direito marcante do próprio processo democrático. A crítica aos governos, a forma de comunicação é, portanto, um elemento fundamental da própria democracia. Por outro lado, nós não podemos também olvidar – tenho chamado à atenção, já, em artigos antigos – da necessidade de se fazer essa compatibilização, que já foi objeto de discussão desta Corte, naquele célebre caso multicitado, a cautelar na Pet 2.702, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, já agora também aqui referido, o caso *O Globo versus* Garotinho.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Só que ali foi diferente, ali a quebra do sigilo foi ilegal. O caso não tem prestimosidade para essa solução.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): só para dizer que era um caso – inclusive relembro aqui, o Ministro Peluso também já destacou – de ponderação complexa, não estava apenas o direito à intimidade colocado em face da liberdade de imprensa, mas ainda havia a conotação de o interessado e requerido, naquele processo, estar participando de um pleito eleitoral presidencial e dizia-se, claro, e era visível isso, prejudicado, altamente afetado pela divulgação de uma matéria cuja origem era discutível. Supunha-se que era uma gravação clandestina.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Clandestina. Não havia autorização judiciária.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, nesse contexto é que se colocou. Só para dizer que nesse caso não foi qualquer tribunal ou juiz, foi o próprio Supremo Tribunal Federal que entendeu de estabelecer aquela limitação à empresa jornalística.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas o pressuposto era outro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O pressuposto não era e nunca foi a Lei de Imprensa, mas as disposições constitucionais que se colocavam e que eventualmente estavam em rota, ou aparente rota de colisão.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ali não havia sigilo quebrado legalmente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu ainda não estou focando o caso concreto, só mostrando que, independentemente da aplicação da Lei de Imprensa, aplicando apenas as normas constitucionais, foi o Supremo Tri-

bunal Federal, pelo seu Plenário, que entendeu, naquele caso, haver risco de reversibilidade, portanto fez um juízo de ponderação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Maioria de votos, porque fui voto vencido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É verdade. Vencido o Ministro Presidente, que era o Ministro Marco Aurélio, portanto todos os demais acompanharam o Relator.

Mas eu quero mostrar que, à luz do próprio texto constitucional, esses casos ocorrem, essa situação pode de fato se manifestar. Por isso, no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, eu ponderava que tanto a regra relativa ao art. 5º, inciso XXXV, quanto à regra que baliza a proteção à intimidade, à honra, e que também está incorporada, depois, no art. 220, § 1º, deveriam ser contempladas para permitir que, em casos específicos, a proteção judicial se desse.

Não acredito que essa posição tenha sido isolada e que tenhamos afirmado a total e absoluta prevalência do direto de imprensa sobre qualquer outro valor constitucional, e nem também afirmamos a ideia de que primeiro se publica e, depois, se busca a proteção, até porque – também já tive a oportunidade de me manifestar sobre isso – é o próprio texto constitucional que diz que esses valores são invioláveis, e o que é inviolável é para não ser violado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Então, se isso ocorre, temos realmente uma situação complicada. É claro, tem razão o Ministro Carlos Britto: não podemos banalizar esse tipo de intervenção.

Já participei de seminários sobre esse assunto, como, por exemplo, a preocupação com a liberdade de imprensa, em São Paulo, e havia uma outra preocupação da própria imprensa, em geral, que é outra forma, inclusive, de coarctar a liberdade de imprensa, que era a dimensão excessiva das indenizações que se impunham aos órgãos de mídia. É um outro debate que se coloca e, obviamente, deve ser objeto de discussão. Mas tudo isso não foi objeto, a meu ver, com todas as vênias e com todo o respeito, de decisão para efeito do cabimento da reclamação e tão somente isso. Parece-me que não foi. Até posso achar – e talvez até ache – que haja excesso nas medidas que restringem, *in concreto,* a publicação da matéria. Mas a questão posta aqui é exatamente a adequação do tema tendo em vista o debate que travamos. Não houve a definição. Se tivéssemos definido claramente que a intervenção judicial é censura prévia, não teria nenhuma dúvida em dizer: Claro. Mas parece-me que a toda hora vamos ser confrontados com esse tipo de situação. Amanhã uma notícia bombástica pode deflagrar uma guerra entre os países. Não pode ser legítimo um tipo de intervenção que proíba essa divulgação.

O Ministro Celso de Mello, inclusive, foi vítima injusta – diga-se de passagem – de uma polêmica, ao citar Holmes, quando dizia que a liberdade de expressão não pode permitir que alguém grite, de forma indevida, o vocábulo "fogo" num teatro abarrotado de gente.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Não diria**, Senhor Presidente, que me foi dirigida uma "***crítica injusta***", **pois** o jornalista, em sua matéria, reproduziu,

equivocadamente, a frase de Holmes **por mim corretamente referida** no voto **que proferi** no julgamento **da ADPF** 130/DF.

Salientei, então, nesse meu voto, que o Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., em pronunciamento memorável, em 1919, **no julgamento** do caso Schenck *v.* United States (249 U.S. 47, **52**), ao pronunciar-se **sobre o caráter relativo** da liberdade de expressão, **tal como protegida** pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **acentuou** que "*A mais rígida proteção da liberdade de palavra **não protegeria** um homem **que falsamente gritasse fogo num teatro** e, assim, causasse pânico*", **concluindo**, com absoluta exatidão, que "*a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas **em tais** circunstâncias e são **de tal** natureza que envolvem perigo evidente e atual ('**clear and present danger**') de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau*".

O jornalista em referência, Senhor Presidente, **tão logo** informado do teor **dessa passagem** de meu voto, **reconheceu o equívoco** em que ele incidira **e**, na semana seguinte, **retificou** a matéria, **nesta assinalando que a minha transcrição** da frase de Holmes estava **inteiramente** correta.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Aí não é liberdade de expressão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Estou dizendo que Vossa Excelência foi vítima de uma polêmica, de um ataque, de uma crítica injusta. Mas isso é só para dizer que é o insuspeito Holmes quem está a dizer, portanto, que esse direito comporta limitações.

Naquele próprio julgamento, eu lembrava o deplorável, lamentável caso da escolinha-base de São Paulo. E chamava a atenção dizendo que, se tivesse havido naquele caso – infelizmente não houve – uma intervenção judicial que impedisse aquele delegado, mancomunado com órgãos de imprensa, de divulgar aquele fato, aquela estrutura toda, a escolar e a familiar, teria sido justamente preservada. E não o foi.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro, há exagero. Respeito muito o ponto de vista de Vossa Excelência.

A imprensa comete erros e o Judiciário comete erros. Nós cometemos erros e nem por isso deixamos de decidir livremente. A própria Constituição, no art. 5º, inciso LXXV, trata de indenização por erro judiciário. Então, não é pelo temor do abuso que se vai se proibir o uso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É só para dizer que, como estamos a lidar com valores que eventualmente podem estar em contraposição, isso permite, sim, um juízo de ponderação.

Por isso, louvando mais uma vez a manifestação de Vossa Excelência, que, na verdade, recoloca o brilhante voto proferido na arguição de descumprimento de preceito fundamental, por todos nós reconhecido, peço vênia para acompanhar o Relator. Eu só não vou acompanhar Sua Excelência no que diz respeito à extinção do processo. Vou me limitar a indeferir a liminar, para que o assunto possa, eventualmente, ser objeto de discussão, mas, portanto, me manifesto nesse sentido.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, gostaria de destacar, tal como já fiz no caso, que não há justificativa para que se defira a liminar porque não vislumbro a presença da violação à decisão. Mais do que isto: eu afirmei que isso não foi objeto de decisão por parte do Tribunal, tendo em vista as premissas assentes.

Lembro-me do julgamento que fizemos, aquele complexíssimo, com múltiplas manifestações, eu estava destacando-as. O próprio Ministro Menezes Direito, no julgamento da liminar – o Ministro Britto há de se lembrar –, se posicionava no sentido da total não recepção da Lei de Imprensa, ele dizia, mas desta Lei. Não se trata de repudiar qualquer Lei de Imprensa. E, no que diz respeito a este tópico específico, que são as medidas judiciais, creio que, realmente, não há base para se afirmar que aqui se cuida de censura prévia. O risco dessa tese, inclusive, parece-me enorme. Fico a imaginar as múltiplas situações que podem surgir e que demandem uma intervenção judicial específica diante de cláusula constante do art. 5º, inciso XXXV. Na verdade, acho que se há uma cláusula que, de fato, nós podemos dizer definidora do Estado de Direito, é esta: da proteção judicial efetiva.

Tem uma passagem que eu sempre cito de um autor alemão, professor de Colônia, hoje já aposentado, professor Martin Kriele. Ele diz que pode se dispensar até catálogos de direitos fundamentais, mas não a proteção judicial efetiva, não a existência de um juízo independente. Ele citava, por exemplo, o modelo soviético em que havia catálogo de direitos fundamentais, mas eles não eram observados, exatamente porque não havia Justiça independente. O professor Kriele dizia ainda que, ao contrário, os ingleses, aqui já citados pelo Ministro Britto, lograram construir um modelo de estado de direito, pelo menos de *rule of law*, sem a existência de catálogo de direitos fundamentais, pelo menos com nível de hierarquia superior. Exatamente porque reconheciam a independência judicial.

Então, tendo em vista essa premissa, me parece que devo inclusive avançar não só para indeferir a cautelar solicitada, mas até mesmo para me manifestar também no que diz respeito à própria admissibilidade da reclamação. E, aí sim, tendo em vista essa premissa, afirmando, portanto, que essa matéria não foi objeto de decisão, acompanhar às inteiras o voto do eminente Ministro Cezar Peluso que, ao não conhecer da reclamação, estendia a própria ação.

Portanto, manifesto-me nesse sentido.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas esse substantivo, ameaça, não consta do dispositivo que fala de intimidade nem de inviolabilidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas nós estamos tratando de direito específico, não direito geral.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas, quando Vossa Excelência fala de ameaça, é preciso lembrar: ameaça a quê? A direito. Não existe direito de impedir a

imprensa de funcionar, então não há ameaça. Aliás, quem diz isso magnificamente é o professor Sergio Monte Alegre. Não cabe falar de ameaça se não há o direito de impedir a imprensa de funcionar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência pode dizer qual foi o artigo da lei?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Porque o art. 10 diz outra coisa completamente diferente.

> Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas (...).

O Estadão não interceptou comunicação telefônica.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas o art. 8º também não tem aplicabilidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência tem todo o direito de concluir.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, começo por louvar o brilhantíssimo voto de Vossa Excelência, que perpassou todo o julgamento da ADPF 130. Lembro que cada um de nós enfatizou determinados pontos objetos daquele questionamento e conclusão, mas peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência iniciada pelo eminente Ministro Carlos Britto.

Tenho voto muito pequeno – inclusive vou fazer a juntada –, mas vou apenas justificar o seguimento que faço à divergência iniciada, uma vez que aqui se vai por ponto nuclear da discussão de um único debate se haveria pertinência ou não entre o paradigma apontado e o ato reclamado. Para mim, realmente o que se contém no ato reclamado afronta, pelo menos à primeira vista, não para fins de procedência ou improcedência, mas para fins de cabimento ou não cabimento, a ADPF 130 e o que nela se contém.

Rigorosamente, se tomarmos tanto a ementa, os votos realçados em alguns pontos por Vossa Excelência, Relator, quanto a contradita do Ministro Carlos Britto, põe-se de maneira muito clara que ali se fixou que, fora as restrições que a Constituição faz para o Estado de Direito, art. 139, qualquer outra forma de obstar e inibir – para usar uma expressão usada no ato reclamado – a atuação da imprensa, cuja liberdade é assegurada, é inconstitucional. Penso que aqui ninguém está a discutir isso, realmente, estamos todos de acordo com o fato de que a liberdade de imprensa está amplamente assegurada, mas para efeito de ficar apenas na preliminar de cabimento e de se dever, ou não, garantir ou deferir a liminar, tenho para mim que realmente, nas palavras do Ministro Celso de Mello, por exemplo, naquela ocasião, ficou taxativo que a coibição a abuso não poderia acontecer, no caso da liberdade de imprensa, e que a censura governamental, emanada de qualquer um dos Três Poderes, seria expressão odiosa da face autoritária do Poder Público.

Com isso, na longuíssima ementa elaborada pelo eminente Ministro, ficou claro que nós estávamos tratando da liberdade de imprensa e da impossibilidade de se fixar, tal como afirmado pelo Ministro Celso de Mello e enfatizado na ementa, que qualquer forma de inibição poderia desconfigurar a liberdade de imprensa, que é um dos núcleos centrais de todas as formas de liberdade previstas pela Constituição, razão pela qual eu tenho que o paradigma é valido para efeito de recebimento da reclamação.

Por essa razão peço vênia, mais uma vez – faço juntar o meu voto então na parte específica, só do cabimento e não na outra parte, já de mérito, porque não é o momento oportuno –, para acompanhar a divergência, mais uma vez pedindo desculpas a Vossa Excelência e àqueles que o seguem e já votaram, que foram, basicamente, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Conheço da reclamação e defiro a liminar.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, trago um longo voto quanto ao mérito da questão em debate, mas, ao longo das discussões, verifiquei que existe uma questão preliminar que precisa ser superada.

Sensibilizei-me pela corrente que pugna pelo não conhecimento da reclamação. E o faço porque tenho me manifestado reiteradamente no sentido de que o conhecimento da reclamação, ou para o conhecimento da reclamação, é preciso que haja uma estrita correspondência entre o ato reclamado e a decisão paradigma.

É por essa razão que, na sessão de ontem, quando se discutia uma reclamação que dizia respeito ao Tribunal Regional Federal de São Paulo, manifestei-me pela improcedência daquela reclamação porque entendi que o ato reclamado, ou seja, a eleição que se procedeu naquela Corte, nada tinha a ver diretamente com a decisão paradigma, com a decisão que servia de fundamento para a reclamação.

Na presente reclamação, vejo que a decisão reclamada baseou-se nos arts. 8º e 10º da Lei 9.296, de 1996, que trata do sigilo das investigações judiciais. E verifico, analisando a ADPF 130, do Distrito Federal, tão bem relatada pelo eminente Ministro Carlos Britto, que o que se decidiu foi exatamente a não recepção da Lei de Imprensa pelo atual ordenamento constitucional. E mais: remeteu-se o trato da matéria à legislação ordinária substantiva e adjetiva, civil e penal.

Por essa razão, Senhor Presidente, sem adentrar no mérito – e meu voto, no mérito, adianto desde logo, coincide com o pensamento de Sua Excelência, o eminente Ministro Relator, Carlos Britto, no sentido de que se deve assegurar a mais ampla liberdade de imprensa, independentemente de censura –, pois não consigo, *data venia*, ultrapassar a questão preliminar do conhecimento desta reclamação. Acompanho Vossa Excelência quanto ao não conhecimento ou à improcedência da reclamação, como fizeram alguns outros Colegas.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente já me manifestei rapidamente e tenho breves anotações; quero afirmar alguns pontos.

O primeiro é que a censura é a contradição da liberdade de imprensa, mas também é certo, por outro lado, que liberdade e legalidade caminham juntas. Ninguém luta contra a liberdade; no máximo luta-se contra liberdade do outro. E quando a luta é contra a liberdade, é necessária a lei. É isso que faz com que ambas caminhem juntas: a liberdade e a legalidade. É a lei que interfere quando a liberdade está em perigo. Por isso tenho afirmado, aqui neste Tribunal, que a legalidade é o último instrumento de defesa dos oprimidos e das classes subalternas.

De qualquer modo, é também necessário dizer que a liberdade de imprensa coexiste com a proteção de intimidade. Por essa razão, embora se repudie sob todas as formas a censura, ao juiz incumbe decidir, em cada caso, sobre a relatividade da liberdade de imprensa e da proteção da intimidade. Nenhuma é superior à outra, não há nenhuma absoluta e ao juiz incumbe, caso a caso, limitado pela lei, decidir a situação. Por isso cada caso há de ser examinado individualizadamente.

Vou citar:

> A lei é universal. O caso que deve ser decidido através da lei é individual. Para submeter o indivíduo ao universal é necessário o julgamento. O julgamento é problemático. O juiz também faz parte da lei. Se as leis fossem aplicadas por si mesmas os tribunais seriam supérfluos.

Esse mesmo autor que eu citei antes, do século XIX, fazia essa observação exatamente para apontar a importância da lei como fundamento, como sustentação da liberdade de imprensa. Aqui, no caso, estamos diante de um caso concreto que não reclama ponderação nenhuma. Porque a ponderação é o subjetivismo. Não estamos falando em ponderação, mas em decisão judicial.

E é por isso – porque o que se reclama, no caso concreto, é uma decisão judicial para o caso concreto – que eu entendo, como Vossa Excelência, que a reclamação é a via inadequada.

Por isso eu não conheço da reclamação.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, já tive oportunidade de manifestar anteriormente, com a devida vênia ao eminente Ministro Carlos Britto, Relator da ADPF 130. Parece-me que, naquele caso, nós tratamos de um aparente conflito entre a liberdade de imprensa e direitos individuais à privacidade. Recordo também que, juntamente com o Ministro Joaquim Barbosa, excepcionava aqueles artigos da lei que cuidavam da tarifação das indenizações devidas.

Neste caso, o que eu verifico é uma contradição que se coloca entre a liberdade de imprensa e os poderes da jurisdição e a abrangência dos seus ditames.

De modo que se trata de matéria que, seguramente, não foi objeto de discussão nem de deliberação na ADPF 130. Portanto, dentro do estreito limite que é posto pelo instrumento processual utilizado – a reclamação – entendo que não é ela cabível.

A eventual erronia da decisão judicial atacada será corrigida pela via recursal própria mas não na via da reclamação, que o Tribunal inúmeras vezes já afirmou não ser uma espécie recursal.

Nesse sentido é o meu voto. Acompanho Vossa Excelência para não conhecer da reclamação.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Preliminarmente**, **reconheço** **admissível**, no caso em exame, o instrumento constitucional da reclamação.

Todos **sabemos** **que** **a** **reclamação**, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua – **ação** (PONTES DE MIRANDA, "**Comentários ao Código de Processo Civil**", tomo V/384, Forense), **recurso** **ou** **sucedâneo** **recursal** (MOACYR AMARAL SANTOS, **RTJ** 56/546-548; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "**O Poder Judiciário e a Nova Constituição**", p. 80, 1989, Aide), **remédio** **incomum** (OROSIMBO NONATO, "*apud*" Cordeiro de Mello, "**O processo no Supremo Tribunal Federal**", vol. 1/280), **incidente** **processual** (MONIZ DE ARAGÃO, "**A Correição Parcial**", p. 110, 1969), **medida** **de** **direito** **processual** **constitucional** (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**Manual de Direito Processual Civil**", vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) **ou** **medida** **processual** **de** **caráter** **excepcional** (Min. DJACI FALCÃO, **RTJ** 112/518-522) –, **configura** instrumento de extração constitucional **destinado** **a** **viabilizar**, na concretização **de** **sua** **dupla** **função** de ordem político-jurídica, **a preservação** da competência **e** **a** **garantia** **da** **autoridade** **das** **decisões** **do** **Supremo** **Tribunal** **Federal** (**CF**, art. 102, I, "**l**"), **consoante** **tem** **enfatizado** a jurisprudência desta Corte Suprema (**RTJ** **134/1033**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Vale **referir**, neste ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem** **enfatizado** **que** **a** **reclamação** reveste-se de idoneidade jurídico-processual, **quando** utilizada, **como** **na** **espécie**, com o objetivo **de** **fazer** **prevalecer** a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, **notadamente** quando impregnados de eficácia vinculante, **como** **sucede** com aqueles proferidos **em** **sede** de fiscalização normativa abstrata (**RTJ** 169/383-384 – **RTJ** 183/1173-1174):

> ***O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO.***
>
> ***– O descumprimento**, por **quaisquer** juízes **ou** Tribunais, de decisões proferidas **com efeito vinculante**, pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em sede** de ação direta de inconstitucionalidade **ou** de ação declaratória de constitucionalidade, **autoriza** a utilização da via reclamatória, **também** vocacionada, em sua*

específica *função processual, a resguardar* ***e*** *a fazer prevalecer,* ***no que concerne*** *à Suprema Corte, a* ***integridade****, a* ***autoridade*** *e a* ***eficácia subordinante*** *dos comandos que emergem de seus atos decisórios.* ***Precedente****:* ***Rcl 1.722/RJ****, Rel. Min. CELSO DE MELLO (****Pleno****).*
(**RTJ 187/151**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

A destinação constitucional da via reclamatória, portanto – **segundo acentua**, em autorizado magistério, JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Instituições de Direito Processual Civil**", vol. IV/393, 2. ed., Forense) –, **além de vincular** esse meio processual à preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, **prende-se** ao objetivo específico **de salvaguardar** a extensão **e** os efeitos dos julgados **desta** Suprema Corte.

Esse saudoso e eminente jurista, **ao justificar a necessidade da reclamação** – enquanto meio processual **vocacionado à imediata restauração** do "*imperium*" **inerente** à decisão desrespeitada –, **destaca**, em tom de grave advertência, **a própria razão de ser** desse especial **instrumento de defesa** da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal ("**Manual de Direito Processual Civil**", vol. 3/199-200, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva):

O Supremo Tribunal*, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu,* ***não pode ter seus julgados desobedecidos*** *(por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência.* ***Trata-se*** *(...) de medida de Direito Processual Constitucional,* ***porquanto*** *tem como* ***causa finalis*** *assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República.*
(**Grifei**.)

Não é por outra razão que a Lei 9.882/1999 – **que dispõe** sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – **prescreve**, em seu art. 13, que "***Caberá reclamação*** *contra o descumprimento de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno*" (**grifei**).

Isso porque a decisão proferida **em sede** de arguição de descumprimento de preceito fundamental (**como aquela** que julgou a ADPF 130/DF) **apresenta-se** impregnada de efeito vinculante **e** de eficácia geral ("*erga omnes*"), **suscetível** de legitimar, **quando** eventualmente descumprida, **o ajuizamento** de reclamação, **tal como assinala**, em obra monográfica ("**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**", p. 314/316, item n. 3, 2007, Saraiva/IDP), **o eminente** Ministro GILMAR MENDES:

Os vários óbices à aceitação do instituto da reclamação *em sede de controle concentrado* ***parecem ter sido superados****,* ***estando agora o STF*** *em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.*

Com o advento *da Lei n. 9.882/99,* ***que estendeu*** *o reconhecimento do efeito vinculante* ***aos demais*** *órgãos do poder público,* ***a questão assume relevo prático****, em razão, especialmente, do objeto amplo da ARGUIÇÃO DE*

*DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, **que envolve** até mesmo o direito municipal.*

***Não há dúvida** de que a decisão de mérito **proferida** em ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL **será dotada** de efeito vinculante, **dando azo**, por isso, **à reclamação** para assegurar a autoridade da decisão do STF.*

(...)

***Da mesma forma, cabível a reclamação** para assegurar a autoridade da decisão proferida em ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, **não há razão para não reconhecer também o efeito vinculante da decisão proferida em cautelar na ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** (art. 5º, § 3º, da Lei n. 9.882/99), **o que importa**, igualmente, **na admissão da reclamação** para garantir o cumprimento de decisão adotada pelo Tribunal **em sede de cautelar**.*

(...)

***Tal como já explicitado** em relação à ADI e à ADC, **a não observância de decisão concessiva de cautelar em ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL poderá dar ensejo também à reclamação** nos expressos termos do art. 13 da Lei 9.882/1999.*

***É que** a decisão **concessiva** de liminar na ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL **será**, igualmente, **dotada de efeito vinculante**.*

***Assim, reconhecida** que a decisão de mérito (**bem como a decisão concessiva de liminar**) **é dotada** de efeito vinculante, **ter-se-á de admitir que**, em caso de descumprimento, **será cabível a reclamação**.*

***Nesses termos, qualquer pessoa** cujos interesses jurídicos tenham sido afetados por ato judicial **ou** administrativo **contrário** a decisões proferidas em caráter definitivo **ou cautelar** em ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL **poderia propor** reclamação perante o STF.*

(**Grifei**.)

Mostra-se irrecusável concluir, desse modo, **que o descumprimento**, por **quaisquer** juízes **ou** Tribunais, **de decisões** proferidas pelo Supremo Tribunal Federal **autoriza a utilização** da via reclamatória, **vocacionada**, em sua **específica** função processual, a resguardar **e** a fazer prevalecer, **no que concerne** à Suprema Corte, **a integridade**, **a autoridade e a eficácia** dos comandos que emergem de seus atos decisórios, **na linha** do magistério jurisprudencial **consagrado** por este Tribunal (**RTJ 187/150-152**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Cabe reconhecer, de outro lado, que, **mesmo** terceiros – **que não intervieram** no processo objetivo de controle normativo abstrato – **dispõem** de legitimidade ativa **para o ajuizamento** da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, **quando promovida** com o objetivo de fazer restaurar o "*imperium*" **inerente** às decisões emanadas desta Corte, **proferidas em sede** de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade **ou**, como no caso, **de arguição de descumprimento de preceito fundamental**.

É inquestionável, pois, sob tal aspecto, **nos termos** do julgamento plenário **de questão de ordem** suscitada nos autos da **Rcl 1.880-AgR/SP**, Rel. Min.

MAURÍCIO CORRÊA, **que se revela plenamente viável** a utilização, na espécie, **do instrumento reclamatório**, **razão pela qual assiste**, à parte ora reclamante, **legitimidade ativa** "*ad causam*" para fazer instaurar a **presente** medida processual.

Impende registrar, por oportuno, que esse entendimento **tem prevalecido** em sucessivos julgamentos proferidos por esta Suprema Corte:

> *(...)* ***LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE****.*
>
> *–* ***Assiste*** *plena legitimidade ativa,* ***em sede*** *de reclamação,* ***àquele –*** *particular* ***ou*** *não –* ***que venha a ser afetado****, em sua esfera jurídica,* ***por decisões*** *de* ***outros*** *magistrados ou Tribunais que se revelem* ***contrárias*** *ao entendimento fixado,* ***em caráter vinculante****, pelo Supremo Tribunal Federal,* ***no julgamento*** *dos processos objetivos de controle normativo abstrato* ***instaurados*** *mediante ajuizamento,* ***quer*** *de ação direta de inconstitucionalidade,* ***quer*** *de ação declaratória de constitucionalidade.* ***Precedente****. (...)*
>
> (**RTJ 187/151**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

Plenamente justificável, assim, **a utilização**, no caso, do instrumento constitucional da reclamação, **motivo pelo qual peço vênia** para acompanhar, **no que concerne** a essa questão preliminar, **o voto divergente proferido** pelo eminente Ministro AYRES BRITTO.

Feitas estas considerações, passo ao exame do pedido formulado nesta sede processual. **E**, ao fazê-lo, **verifico** que a decisão ora questionada **nesta** sede reclamatória **diverge**, em seus aspectos essenciais, do entendimento **que o Plenário** desta Suprema Corte **firmou** no julgamento **da ADPF 130/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO.

Entendo assistir razão ao eminente Ministro AYRES BRITTO **quando observa** que o Supremo Tribunal Federal, **no julgamento final** da ADPF 130/DF, **examinou** a questão pertinente à censura.

A abordagem desse tema **transpareceu**, de modo claro e inequívoco, **do conteúdo de diversos** votos – **como** o do Ministro AYRES BRITTO **e** o meu próprio – **proferidos** no curso **daquele** julgamento.

Lembro-me, claramente, **que iniciei** o meu voto, **no julgamento** da ADPF 130/DF, **rememorando** que se realizou, em 1994, **no Castelo de Chapultepec**, **situado** no centro da Cidade do México, **a Conferência Hemisférica** sobre liberdade de expressão, **que elaborou** uma importantíssima Carta de Princípios, **fundada** em postulados, que, **por essenciais** ao regime democrático, **devem** constituir objeto **de permanente** observância **e** respeito **por parte** do Estado **e** de suas autoridades e agentes.

Acentuei, então, **que a Declaração de Chapultepec** – **ao enfatizar** que ***uma imprensa livre é condição fundamental*** *para que as sociedades* ***resolvam*** *seus conflitos,* ***promovam*** *o bem-estar* ***e protejam*** *sua liberdade,* **não devendo** existir, por isso mesmo, ***nenhuma*** *lei ou ato de poder* ***que restrinja*** *a liberdade de expressão ou de imprensa,* ***seja qual for*** *o meio de comunicação* – **proclamou**, dentre **outros** postulados básicos, **os que se seguem**:

***I – Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa**. O exercício dessa **não é** uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.*

***II – Toda pessoa tem o direito** de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. **Ninguém pode restringir ou negar esses direitos**.*

(...)

***V – A censura prévia**, as restrições à circulação dos meios **ou** à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo **e** as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas **se opõem**, **diretamente**, **à liberdade de imprensa**.*

***VI – Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações** ou favores **em função** do que escrevam ou digam.*

(...)

***X – Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado** por difundir a verdade, criticar **ou** fazer denúncias contra o poder público.*

(**Grifei**.)

Destaquei, ainda, em meu voto, **quando** do julgamento da ADPF 130/DF, **na linha** de outras decisões por mim proferidas no Supremo Tribunal Federal (**AI 505.595/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **que o conteúdo** da Declaração de Chapultepec **revela-nos** que **nada** mais nocivo, **nada** mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão (**ou** de ilegitimamente interferir em seu exercício), **pois o pensamento há de ser livre** – **permanentemente** livre, **essencialmente** livre, **sempre** livre**!!!**

Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que, **sob a égide** da vigente Constituição da República, **intensificou-se**, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, **a liberdade** de informação **e** de manifestação do pensamento.

Todos sabemos, Senhor Presidente, **que o exercício concreto**, pelos profissionais da imprensa, **da liberdade de expressão**, cujo fundamento **reside** no próprio texto da Constituição da República, **assegura**, ao jornalista, **o direito de expender crítica**, ainda que desfavorável **e** em tom contundente, **contra** quaisquer pessoas **ou** autoridades (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Ninguém ignora que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão estatal ao pensamento, **ainda mais** quando a crítica – **por mais dura** que seja – **revele-se inspirada** pelo interesse coletivo **e decorra da prática legítima**, como sucede na espécie, **de uma liberdade pública** de extração **eminentemente** constitucional (**CF**, art. 5º, IV, **c/c** o art. 220).

Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, **enquanto** projeção da liberdade de manifestação de pensamento **e** de comunicação, **reveste-se** de conteúdo abrangente, **por compreender**, **dentre outras prerrogativas** relevantes que lhe são inerentes, (**a**) o direito **de** informar, (**b**) o direito **de buscar** a informação, (**c**) o direito **de** opinar **e** (**d**) o direito **de** criticar.

A crítica jornalística, desse modo, **traduz** direito **impregnado** de qualificação constitucional, **plenamente oponível** aos que exercem **qualquer** atividade de interesse da coletividade em geral, **pois** o interesse social, **que legitima** o direito de criticar, **sobrepõe-se** a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas.

É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social **dirigem** às pessoas públicas, **por mais acerba**, dura e veemente que possa ser, **deixa de sofrer**, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas **que ordinariamente resultam** dos direitos da personalidade.

Lapidar, sob tal aspecto, a **decisão** emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas**, e é fundamental **que se garanta** não só ao povo em geral **larga margem de fiscalização e censura** de suas atividades, **mas sobretudo à imprensa**, ante a **relevante utilidade** pública da mesma.*
> (**JTJ 169/86**, Rel. Des. MARCO CESAR – **Grifei**.)

É importante acentuar, bem por isso, **que não caracterizará** hipótese de responsabilidade civil **a publicação** de matéria jornalística cujo conteúdo **divulgar** observações em caráter mordaz **ou** irônico **ou**, então, **veicular** opiniões em tom de crítica severa, dura **ou**, até, impiedosa, **ainda mais se** a pessoa a quem tais observações forem dirigidas **ostentar** a condição **de figura pública**, **investida**, ou não, de autoridade governamental, **pois**, em tal contexto, **a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica**, **apta a afastar o intuito doloso** de ofender.

Com efeito, **a exposição** de fatos **e a veiculação** de conceitos, **utilizadas** como elementos materializadores **da prática concreta** do direito de crítica, **descaracterizam** o "*animus injuriandi vel diffamandi*", **legitimando**, assim, em plenitude, **o exercício** dessa particular expressão da liberdade de imprensa.

Expressivo dessa visão **pertinente** à plena legitimidade do direito de crítica, **fundado** na liberdade **constitucional** de comunicação, **é o julgamento**, que, **proferido** pelo E. Superior Tribunal de Justiça – **e em tudo aplicável** ao caso ora em exame –, **está assim ementado**:

> ***RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL** – (...) – **DIREITO DE INFORMAÇÃO** – **"ANIMUS NARRANDI"** – **EXCESSO NÃO CONFIGURADO** (...).*
> *(...)*
> ***3. No que pertine à honra**, **a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão somente ante a ocorrência deliberada** de injúria, difamação **e** calúnia, **perfazendo-se imperioso demonstrar** que o ofensor **agiu com o intuito específico** de agredir moralmente a vítima. **Se** a matéria jornalística **se ateve a tecer críticas** prudentes ('animus criticandi') **ou** a narrar fatos de interesse coletivo ('animus narrandi'), **está sob o pálio das 'excludentes de ilicitude'** (...),*

***não se falando** em responsabilização civil **por ofensa** à honra, **mas em exercício regular do direito de informação**.*"
(**REsp 719.592/AL**, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI – **Grifei**.)

Não é por outro motivo que a jurisprudência dos Tribunais – **com apoio em magistério expendido pela doutrina** (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Manual de Direito Penal**", vol. 2/147 e 151, 7. ed., 1993, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código Penal Anotado**", p. 400, 407 e 410/411, 4. ed., 1994, Saraiva; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, "**Direito Penal – Crimes contra a pessoa**", p. 236/240, 2. ed., 1973, RT, **v.g.**) – **tem ressaltado que a necessidade de narrar ou de criticar** (tal como sucedeu na espécie) **atua como fator de descaracterização** *da vontade consciente e dolosa* **de ofender a honra** de terceiros, **a tornar legítima** a crítica a estes feita, **ainda** que por meio da imprensa (**RTJ** 145/381 – **RTJ** 168/853 – **RT** 511/422 – **RT** 527/381 – **RT** 540/320 – **RT** 541/385 – **RT** 668/368 – **RT** 686/393), **eis** que – **insista-se** – "***em nenhum caso** deve afirmar-se que o dolo **resulta da própria** expressão objetivamente ofensiva*" (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "**Lições de Direito Penal – Parte especial**", vol. II/183-184, 7. ed., Forense – **grifei**), **valendo referir**, por oportuno, **decisão que proferi**, a propósito do tema, **neste** Supremo Tribunal Federal:

> ***LIBERDADE DE IMPRENSA** (**CF**, ART. 5º, IV, **C/C** O ART. 220). **JORNALISTAS**. **DIREITO DE CRÍTICA**. **PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL** CUJO SUPORTE LEGITIMADOR **REPOUSA** NO PLURALISMO POLÍTICO (**CF**, ART. 1º, V), **QUE REPRESENTA** UM DOS FUNDAMENTOS **INERENTES** AO REGIME DEMOCRÁTICO. **O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA** INSPIRADO **POR RAZÕES** DE INTERESSE PÚBLICO**: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL** DE LIBERDADE **A SER PRESERVADA** CONTRA ENSAIOS **AUTORITÁRIOS** DE REPRESSÃO PENAL. **A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS**. **A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO** POR EXCELÊNCIA.*
> (**RTJ 200/277**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Entendo relevante destacar, no ponto, **analisada** a questão **sob a perspectiva** *do direito de crítica* – **cuja prática** se mostra apta **a descaracterizar** o "*animus injuriandi vel diffamandi*" (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, "**A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**", p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, "**A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**", p. 88/89, 1997, Editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, "**Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**", p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, **v.g.**) –, **que essa prerrogativa** *dos profissionais de imprensa* **revela-se** particularmente expressiva, **quando** a crítica, **exercida** pelos "*mass media*" **e justificada pela prevalência** do interesse geral da coletividade, **dirige-se a figuras notórias ou a pessoas públicas**, **independentemente** de sua condição oficial.

Daí a existência de diversos julgamentos, que, **proferidos** por Tribunais judiciários, **referem-se à legitimidade** da atuação jornalística, **considerada**, para tanto, **a necessidade do permanente escrutínio social** a que se acham

sujeitos aqueles que, **exercentes**, **ou não**, de cargos oficiais, **qualificam-se** como figuras públicas:

Responsabilidade civil – Imprensa – Declarações que não extrapolam os limites do direito de informar e da liberdade de expressão, em virtude *do contexto a que se reportava* ***e por relacionar-se à pessoa pública – Inadmissibilidade de se cogitar do dever de indenizar – Não provimento***.
(**Apelação 502.243-4/3**, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI **– TJSP – Grifei**.)

Indenização por dano moral. Matéria publicada, apesar de deselegante, não afrontou a dignidade da pessoa humana, tampouco colocou a autora em situação vexatória. *Apelante era vereadora,* ***portanto, pessoa pública sujeita a críticas mais contundentes. Termos deseducados utilizados pelo réu são insuficientes para caracterizar o dano moral pleiteado. Suscetibilidade exacerbada*** *do polo ativo* ***não dá*** *supedâneo à verba reparatória pretendida.* ***Apelo desprovido***.
(**Apelação Cível 355.443-4/0-00**, Rel. Des. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA **– TJSP – Grifei**.)

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA QUE TRADUZ CRÍTICA JORNALÍSTICA. AUTORA QUE, NO EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO, NÃO PODE SE FURTAR A CRÍTICAS QUE SE LHE DIRIGEM. CASO EM QUE FERIDA MERA SUSCETIBILIDADE, *QUE* ***NÃO*** *TRADUZ DANO.* ***AUSÊNCIA DE ILICITUDE DO COMPORTAMENTO DOS RÉUS. DIREITO DE CRÍTICA QUE É INERENTE À LIBERDADE DE IMPRENSA. VERBA INDEVIDA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO, PREJUDICADO*** *O APELO ADESIVO. (...)*
(**Apelação Cível 614.912.4/9-00**, Rel. Des. VITO GUGLIELMI **– TJSP – Grifei**.)

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. PUBLICAÇÃO DE ARTIGO EM REVISTA COM REFERÊNCIAS À PESSOA DO AUTOR. INFORMAÇÕES COLETADAS EM OUTRAS FONTES JORNALÍSTICAS *DEVIDAMENTE INDICADAS.* ***AUSÊNCIA DE CONOTAÇÃO OFENSIVA. TEOR CRÍTICO QUE É PRÓPRIO DA ATIVIDADE DO ARTICULISTA. AUTOR,*** *ADEMAIS,* ***QUE É PESSOA PÚBLICA*** *E QUE ATUOU EM FATOS DE INTERESSE PÚBLICO.* ***SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO***.
(**Apelação Cível 638.155.4/9-00**, Rel. Des. VITO GUGLIELMI **– TJSP – Grifei**.)

(...) ***03. Sendo o envolvido pessoa de vida pública****, uma autoridade, eleito para o cargo de Senador da República após haver exercido o cargo de Prefeito do Município de Ariquemes/RO,* ***condição que o expõe à crítica da sociedade*** *quanto ao seu comportamento,* ***e levando-se*** *em conta que* ***não*** *restou provado* ***o*** *"****animus*****" de ofender, tenho que o Jornal não pode ser condenado*** *ao pagamento de indenização por danos morais.*

***04. Deu-se provimento** ao recurso. **Unânime**.*
(**Apelação Cível 2008.01.5.003792-6**, Rel. Des. ROMEU GONZAGA NEIVA **– TJDF – Grifei**.)

> ***A notoriedade** do artista, **granjeada** particularmente em telenovela de receptividade popular acentuada, **opera por forma a limitar sua intimidade pessoal**, **erigindo-a** **em personalidade de projeção pública**, ao menos num determinado momento. **Nessa linha de pensamento**, **inocorreu iliceidade** ou o propósito de locupletamento para, **enriquecendo** o texto, **incrementar** a venda da revista. (...) **cuida-se** **de** **um** **ônus** **natural**, **que suportam** quantos, em seu desempenho **exposto** ao público, **vêm a sofrer** na área de sua privacidade, **sem** que se aviste, no fato, **um gravame** **à** **reserva pessoal** da reclamante.*
> (**JTJ/Lex 153/196-200**, **197/198**, Rel. Des. NEY ALMADA **– TJSP – Grifei**.)

Vê-se, pois – **tal como tive o ensejo** de assinalar (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** 398/2005) –, **que a crítica jornalística**, quando **inspirada** pelo interesse público, **não importando** a acrimônia **e** a contundência da opinião manifestada, **ainda mais** quando dirigida **a figuras públicas** com alto grau de responsabilidade na condução dos interesses de certos grupos da coletividade, **não traduz nem se reduz**, em sua expressão concreta, **à dimensão** do abuso da liberdade de imprensa, **não se revelando suscetível**, por isso mesmo, **em situações de caráter ordinário**, de sofrer **qualquer** repressão estatal **ou** de se expor a **qualquer** reação hostil do ordenamento positivo.

Não é menos exato afirmar-se, de outro lado, **que o direito de crítica encontra suporte legitimador no pluralismo político**, que representa **um dos fundamentos** em que se apoia, **constitucionalmente**, o próprio Estado Democrático de Direito (**CF**, art. 1º, V).

É por tal razão, **como assinala** VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR ("**A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**", p. 87/88, 1997, Editora FTD), **que o reconhecimento da legitimidade** do direito de crítica – **que constitui** "*pressuposto do sistema democrático*" – **qualifica-se**, por efeito de sua natureza mesma, **como verdadeira** "*garantia institucional da opinião pública*":

> *(...) **o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável**, porém adquire um **caráter preferencial**, desde que a crítica veiculada se refira **a assunto de interesse geral**, **ou** que tenha **relevância pública**, **e guarde pertinência** com o objeto da notícia, **pois** tais aspectos é que fazem a **importância da crítica** na formação da **opinião pública**.*
> (**Grifei**.)

Não foi por outra razão – **e aqui rememoro** anterior decisão por mim proferida nesta Suprema Corte (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – **que o Tribunal Constitucional espanhol**, **ao veicular as Sentenças nº 6/1981** (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE), **nº 12/1982** (Rel. Juiz LUIS DÍEZ-PICAZO), **nº 104/1986** (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) **e nº 171/1990** (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), **pôs em destaque a necessidade**

essencial de preservar-se a prática da liberdade de informação, **inclusive o direito de crítica** que dela emana, **como um dos suportes axiológicos** que informam **e** que conferem legitimação material **à própria** concepção do regime democrático.

É relevante observar, ainda, **que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos** (**TEDH**), em mais de uma ocasião, **também advertiu que a limitação** do direito à informação **e** do poder-dever de informar, **mediante** (**inadmissível**) **redução** de sua prática "*ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, **não se mostra** constitucionalmente aceitável **nem compatível** com o pluralismo, a tolerância (...), **sem os quais** não há sociedade democrática (...)*" (**Caso Handyside**, Sentença do TEDH, de 7-12-1976).

Essa **mesma** Corte Européia de Direitos Humanos, **quando do julgamento do Caso Lingens** (**Sentença** de 8-7-1986), **após assinalar** que "*a **divergência** subjetiva de opiniões **compõe** a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação*", **acentua** que "*a imprensa **tem a incumbência**, por ser essa a sua missão, **de publicar** informações **e ideias** sobre as questões que se discutem no terreno político **e em outros setores de interesse público** (...)*", **vindo a concluir**, em tal decisão, **não ser aceitável** a visão daqueles **que pretendem negar**, à imprensa, **o direito de interpretar** as informações **e de expender as críticas** pertinentes.

Não custa insistir, neste ponto, **na asserção** de que a Constituição da República **revelou hostilidade** extrema **a quaisquer** práticas estatais **tendentes** a restringir **ou** a reprimir **o legítimo** exercício da liberdade de expressão **e** de comunicação de ideias e de pensamento.

É preciso advertir, bem por isso, **notadamente** quando se busca promover, **como no caso**, **a repressão à crítica jornalística**, mediante condenação judicial ao pagamento de indenização civil, **que o Estado** – inclusive o Judiciário – **não dispõe** de poder algum **sobre a palavra**, **sobre as ideias e sobre as convicções** manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social.

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como **precedentemente** assinalado, **representa**, em seu próprio e essencial significado, **um dos fundamentos** em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma** autoridade, **mesmo** a autoridade judiciária, **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política, **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, **nem estabelecer** padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento. **Isso**, porque "*o direito de pensar, falar e escrever livremente, **sem** censura, **sem** restrições **ou sem** interferência governamental*" **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, "***o mais precioso privilégio dos cidadãos** (...)*" ("**Crença na Constituição**", p. 63, 1970, Forense).

Vale rememorar, por relevante, **tal como o fiz** em anterior decisão **neste** Supremo Tribunal Federal (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **fragmento expressivo** da obra do ilustre magistrado federal SÉRGIO FERNANDO

MORO ("**Jurisdição Constitucional como Democracia**", p. 48, item n. 1.1.5.5, 2004, RT), **no qual esse eminente Juiz põe em destaque** um "*landmark ruling*" da Suprema Corte norte-americana, **proferida** no caso "*New York Times **v.** Sullivan*" (1964), **a propósito** do tratamento que esse Alto Tribunal **dispensa** à garantia constitucional da liberdade de expressão:

> *A Corte **entendeu** que a liberdade de expressão **em assuntos públicos** deveria de todo modo ser **preservada**. Estabeleceu que **a conduta do jornal estava protegida** pela liberdade de expressão, **salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou** com desconsideração negligente em relação à verdade. **Diz o voto condutor** do Juiz William Brennan:*
>
> > *"(...) **o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições**, **robusto**, **amplo**, **e pode incluir ataques veementes**, **cáusticos e**, **algumas vezes**, **desagradáveis** ao governo **e** às autoridades governamentais."*
>
> (**Grifei**.)

Essa **mesma** percepção **em torno** do tema **tem sido manifestada** pela jurisprudência dos Tribunais, **em pronunciamentos que se orientam em sentido favorável** à postulação da empresa jornalística ora reclamante, **que agiu**, na espécie, **com o ânimo** de informar **e** de expender crítica, **em comportamento** amparado pela liberdade **constitucional** de comunicação, **em contexto** que claramente **descaracteriza** qualquer imputação, **a ela**, de responsabilidade civil **pelas matérias que publicou**:

> ***RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA PUBLICADA EM REVISTA SEMANAL. VIÉS CRÍTICO SOBRE TERAPIAS ALTERNATIVAS. LIBERDADE DE IMPRENSA. INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS.***
>
> ***1. A liberdade de imprensa**, garantia **inerente** a qualquer Estado que se pretenda democrático, **autoriza** a publicação de matéria **que apresente críticas** a quaisquer atividades.*
>
> (**REsp 828.107/SP**, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – **Grifei**.)

> ***Críticas – inerentes** à atividade jornalística.*
>
> ***Estado Democrático – cabe à imprensa** o dever de informar.*
>
> ***Art. 5º**, IV **e** X, da Constituição. **Ideias e opiniões pessoais são livres**. **Garantia constitucional**.*
>
> ***Vida pública – todos** estão sujeitos a críticas favoráveis **ou** desfavoráveis.*
>
> *(...)*
>
> ***Exercício da crítica não produz lesão moral**.*
>
> (**Apelação Cível 2006.001.21477/RJ**, Rel. Des. WANY COUTO – **Grifei**.)

> ***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – LIBERDADE DE IMPRENSA – DIVULGAÇÃO DE FATOS ENVOLVENDO O AUTOR – AUSÊNCIA DE DESVIRTUAMENTO.***
>
> ***1 – A liberdade de imprensa deve ser exercida** com a necessária responsabilidade, para que não resulte em prejuízo à honra, à imagem e ao direito de intimidade da pessoa abrangida na notícia.*

*2 – **Não tendo as matérias** publicadas **ultrapassado os limites legais e constitucionais** do direito de informação, **afasta-se** a ocorrência de dano moral, eis que ausente a intenção de lesar ou prejudicar outrem.*
(**Apelação Cível 2004.01.1.063638-4/DF**, Rel. Des. HAYDEVALDA SAMPAIO – **Grifei**.)

Impõe-se reconhecer que esse entendimento **tem o beneplácito** do magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte, que, em hipótese assemelhada à ora em exame, **proferiu decisão** consubstanciada em acórdão assim ementado:

***Direito à informação** (**CF**, art. 220). **Dano moral**. **A simples reprodução**, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, **objeto** de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, **não constitui abuso de direito**. **Dano moral indevido**. **Recurso extraordinário** conhecido **e** provido.*
(**RE 208.685/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.)

Não constitui demasia insistir na observação **de que a censura**, **por incompatível** com o sistema democrático, **foi banida** do ordenamento jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental – **reafirmando** a repulsa à atividade censória do Estado, **na linha** de anteriores Constituições brasileiras (**Carta Imperial** de 1824, art. 179, nº 5; **CF/1891**, art. 72, § 12; **CF/1934**, art. 113, nº 9; **CF/1946**, art. 141, § 5º) – **expressamente vedou** "*(...) qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*" (**CF/1988**, art. 220, § 2º).

Cabe observar, ainda, Senhor Presidente, **que a repulsa à censura**, além de haver sido **consagrada** em nosso constitucionalismo democrático, **representa expressão** de um compromisso que o Estado brasileiro **assumiu** no plano internacional.

Com efeito, o Brasil, dentre **tantos outros** instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, **subscreveu** a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, **promulgada** pela III Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, **há exatos 61 anos**, em 10 de dezembro de 1948.

Esse estatuto contempla, **em seu Artigo XIX**, previsão do direito à liberdade de opinião e de expressão, **inclusive** a prerrogativa de procurar, de receber **e** de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, **independentemente** de fronteiras.

O direito fundamental à liberdade de expressão, **inclusive** à liberdade de imprensa, **é igualmente assegurado** pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 19), **adotado** pela Assembleia Geral da ONU em 16-12-1966 **e incorporado**, formalmente, ao nosso direito positivo interno, em 6-12-1992 (**Decreto** 592/1992).

Vale mencionar, ainda, **por sumamente relevante**, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, **promulgada** pela IX Conferência Internacional Americana, **realizada** em Bogotá, em abril de 1948, **cujo texto assegura**, a todos, **a plena** liberdade de expressão (Artigo IV).

O Sr. Ministro Carlos Britto: Inclusive o Pacto de São José da Costa Rica.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Esse, **precisamente**, é o outro documento internacional **que eu**, **agora**, irei mencionar.

Com efeito, a Convenção Americana de Direitos Humanos, **também denominada** Pacto de São José da Costa Rica, **garante**, às pessoas em geral, **o direito** à livre manifestação do pensamento, **sendo-lhe absolutamente estranha** a ideia de censura governamental.

Eis o que proclama, em seu Artigo 13, esse pacto fundamental:

> ***Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão***
> ***1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão****. Esse direito* ***inclui*** *a liberdade de procurar, receber* ***e*** *difundir informações e ideias de* ***qualquer*** *natureza,* ***sem*** *considerações de fronteiras, verbalmente* ***ou*** *por escrito,* ***ou*** *em forma impressa ou artística, ou por* ***qualquer*** *meio de sua escolha.*
> ***2. O exercício do direito*** *previsto no inciso precedente* ***não pode estar sujeito à censura prévia****, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:*
> *"****a****) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;*
> ***b****) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*"
>
> (**Grifei**.)

É interessante assinalar, neste ponto, **até mesmo** como registro histórico, **que a ideia** da incompatibilidade da censura com o regime democrático **já se mostrava presente** nos trabalhos **de nossa primeira** Assembleia-Geral Constituinte e Legislativa, **reunida** em 3-5-1823 **e dissolvida**, por ato de força, em 12-11-1823.

Com efeito, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, **ao longo** dessa Assembleia Constituinte, **apresentou proposta que repelia**, de modo veemente, **a prática da censura**, no âmbito do (**então**) nascente Estado brasileiro, **em texto** que, **incorporado** ao projeto da Constituição, **assim dispunha**:

> ***Artigo 23****. Os escritos* ***não são sujeitos*** *à censura* ***nem antes nem depois*** *de impressos.*
>
> (**Grifei**.)

A razão dessa proposta de Antonio Carlos Ribeiro de Andrada **prendia-se ao fato** de que D. João VI **editara**, há pouco mais de dois anos, em 2 de março de 1821, **um decreto régio que impunha** o mecanismo da censura, **fazendo-nos recuar ao nosso passado colonial**, **período em que prevaleceu** essa **inaceitável** restrição às liberdades do pensamento.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ou seja, o passado está adiante de nós, hoje.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **E o passado deve ser respeitado** por esta Corte, pelos magistrados **e** pelos Tribunais em geral. **Devo registrar**, no entanto, Senhor Presidente, que, **embora lamentando**, **não posso deixar de**

reconhecer que **o exercício**, por alguns juízes e Tribunais, **do poder cautelar geral transformou-se** em inadmissível instrumento de censura estatal, **com grave comprometimento** da liberdade de expressão, **aí compreendida** a liberdade de imprensa. **Ou**, em uma palavra: ***o poder cautelar geral é***, ***hoje***, ***o novo nome da censura*****!**

Todas as observações que venho de fazer **evidenciam** que a decisão **objeto** da presente reclamação **transgrediu** a autoridade do julgamento plenário ora invocado, **pela parte reclamante**, **como paradigma de confronto**, eis que o tema da censura foi **efetivamente** abordado **e plenamente** examinado **quando** do julgamento plenário da ADPF 130/DF.

Enfatizo, Senhor Presidente, **que eu próprio**, no voto **que proferi** na ADPF 130/DF, **fiz expressa referência** à censura estatal, **qualquer** que tenha sido o órgão **ou** Poder de que tenha emanado esse ato (**inadmissível**) de cerceamento da liberdade de expressão.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Como está na ADPF 130, nos debates e no voto, na relação de pertinência.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Antes de concluir o meu voto**, Senhor Presidente, **devo relembrar que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento final** da ADI 869/DF, **ao declarar a inconstitucionalidade** de determinada expressão normativa **constante** do § 2º do art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, **advertiu**, em decisão **impregnada** de efeito vinculante, que a cláusula legal **que punia** emissoras de rádio **e** de televisão, **bem assim** empresas jornalísticas, **pelo fato** de exercerem o direito de informar, **mostrava-se formalmente colidente** com o texto da Constituição da República (art. 220, § 2º).

O julgamento em questão **restou consubstanciado** em acórdão assim ementado:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8.069/1990. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO.***
>
> ***1. Lei 8.069/1990. Divulgação total ou parcial****, por qualquer meio de comunicação, de nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial* ***relativo*** *à criança* ***ou*** *adolescente* ***a que se atribua*** *ato infracional.* ***Publicidade indevida. Penalidade****:* ***suspensão*** *da programação da emissora* ***até*** *por dois dias,* ***bem como da publicação*** *do periódico* ***até*** *por dois números.* ***Inconstitucionalidade****. A Constituição de 1988* ***em seu art. 220*** *estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo,* ***não sofrerá*** *qualquer restrição,* ***observado o que nela estiver disposto****.*
>
> ***2. Limitações à liberdade de manifestação*** *do pensamento, pelas suas variadas formas.* ***Restrição*** *que há de estar explícita* ***ou*** *implicitamente* ***prevista na própria*** *Constituição.*
>
> *Ação direta de inconstitucionalidade* ***julgada procedente****.*
>
> (**ADI 869/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei**.)

O fato, Senhor Presidente, **é que não podemos retroceder** neste processo de conquista **e** de reafirmação das liberdades democráticas. **Não se trata** de preocupação retórica. **Ao contrário**, cuida-se de preocupação de um Juiz do Supremo Tribunal Federal, **preocupação** de um cidadão desta República, ***pois o peso da censura é algo insuportável, absolutamente intolerável***.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro, se Vossa Excelência permite? Rui Barbosa, tão enfático quanto Vossa Excelência, e incidindo intencionalmente na profissão de fé pela liberdade de imprensa, disse:

> *Sou pela liberdade total da imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limites que os do Direito comum, os do Código Penal e os da Constituição em vigor. A Constituição não a queria menos livre, e se o Império não se temeu dessa liberdade, vergonha será que a República a não tolere.*

E arrematou:

> A liberdade de imprensa, devemos a ela exclusivamente não ser hoje o Brasil, em toda a sua extensão, um vasto charco de lama.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Vossa Excelência faz uma abordagem que me parece inteiramente pertinente. **Lembro-me** do historiador TOBIAS MONTEIRO, **que costumava dizer** que os brasileiros **devem sempre recorrer** "*à botica de Rui Barbosa quando se agravem os males públicos que afligem o país*". O grande político baiano, o grande jurisconsulto brasileiro, o grande Advogado que forjou, nesta Corte, a consciência do novo regime que então se iniciava entre nós **versou o tema** da liberdade de expressão, **fazendo-o** em precioso opúsculo denominado "*A Imprensa e o Dever da Verdade*", a que Vossa Excelência fez expressa menção **no curso** do julgamento da ADPF 130/DF, **ora invocado** como paradigma de confronto pela parte reclamante.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu mencionei no meu voto.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Rui Barbosa**, em texto no qual registrou as suas considerações **sobre a atuação** do Marechal Floriano Peixoto **durante** a Revolução Federalista **e** a Revolta da Armada ("*A Ditadura de 1893*"), **após acentuar** que a "*rule of law*" **não podia** ser substituída **pelo *império da espada***, assim se pronunciou sobre a questão da censura governamental:

> *A Constituição **proibiu** a censura **irrestritamente**, **radicalmente**, **inflexivelmente**. **Toda lei** preventiva **contra** os excessos da imprensa, **toda lei** de tutela à publicidade, **toda** lei de inspeção policial sobre os jornais **é**, por consequência, **usurpatória e tirânica**. **Se** o jornalismo se apasquina, o Código Penal proporciona aos ofendidos, particulares, ou funcionários públicos, os meios de responsabilizar os verrineiros.*
> (**Grifei**.)

O Sr. Ministro Eros Grau: Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Pois não.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vou pedir licença a Vossa Excelência só para fazer uma pequena observação, que me parece oportuna. Embora me sinta um pouco como se estivesse pronunciado, lembrando Roberto Schwarz, não uma ideia fora do lugar, mas um discurso fora do lugar.

Tudo que Vossa Excelência disse a respeito da censura, eu vivi, Ministro. Eu estava ao lado de Aldo Lins e Silva e Israel Febrot, impetrando mandados de segurança para tentar liberar peças de teatro. Depois, Ministro, eu vivi outras coisas ainda, em tempos mais duros e sofridos, que só eu sei. Agora, veja bem, o meu discurso não é fora do lugar, porque, realmente, acho que até ganhei legitimidade para isso, lutando contra a censura e pagando caro, viu Ministro. Mas aqui não estamos falando em censura, estamos falando na aplicação da lei e da Constituição. Perdoem-me – Vossa Excelência sabe do respeito profundo que tenho por Vossa Excelência –, eu sei que Vossa Excelência se entusiasma, mas é que eu comecei a me sentir meio oprimido.

O Sr. Ministro Celso de Mello: De modo algum.

O Sr. Ministro Eros Grau: Veja, Ministro, perdoe-me esse desabafo, mas não defendi a censura, muito pelo contrário. O que afirmei foi a liberdade. E aqui continuo a insistir em que a censura é a ausência de lei. E isso que se está a fazer aí é a aplicação da lei. Quero discutir isso, mas não no âmbito da reclamação. Porque, se eu admitir, amanhã a reclamação vai ser usada para oprimir também. E é contra isso tudo, é contra a opressão, sob qualquer das suas formas, que nós estamos aqui, Ministro.

O meu discurso não é um discurso fora do lugar. Perdoem-me.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Ministro EROS GRAU, antes de mais nada quero observar que a minha crítica **não se dirige** a qualquer dos eminentes Juízes desta Corte. A minha crítica dirige-se **a certas** práticas judiciais, de que a decisão ora reclamada **constitui** – a meu juízo – **perigoso exemplo**. A minha crítica dirige-se a esses magistrados que parecem **não ter** consciência **dos novos** tempos **que estamos vivendo**.

Por todas essas razões, Senhor Presidente, **peço vênia** ao eminente Relator, **para acompanhar** o voto do eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, **deferindo**, em consequência, **a medida cautelar** ora requerida pela empresa jornalística.

É o meu voto.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, só gostaria de reiterar meu voto no sentido do não conhecimento da reclamação, de que todo esse debate a respeito da questão da liberdade de imprensa, liberdade de expressão e de censura não foi trazido em meu voto, porque entendo que esse não é o meio processual adequado para essa discussão nesse caso concreto.

Não teria nenhuma dificuldade em aderir a praticamente tudo que foi dito, tanto pelo Ministro decano, **Celso de Mello**, quanto pelo Ministro **Ayres Britto**, que abriu a divergência, e pela Ministra **Cármen Lúcia**, que acompanhou a abertura de divergência, mas o fato é que entendo que a posição tomada majoritariamente pela Corte – Vossa Excelência está prestes a proclamar o resultado – foi a de que essa via instrumental, essa via processual, não é adequada para todo esse debate.

Nesse sentido, reitero o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Segundo Montesquieu, "as Leis têm responsabilidade para punir as ações externadas".

Benjamin Constant (in *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*, ed. Top Books, 2007) comentando esta assertiva diz que "A demonstração dessa verdade pode parecer desnecessária. Contudo, o governo, com frequência, não entende assim. Por vezes ele quis dominar o próprio pensamento" (*op. cit*., p. 189/190).

Diz ele ainda:

> (...)
> Todas as defesas – civil, política ou judicial – tornam-se ilusórias sem liberdade de imprensa. A independência dos tribunais pode ser violada com escárnio desdenhoso nas constituições mais bem formuladas. Se a publicação ostensiva não for garantida, essa violação não poderá ser controlada, pois ficará coberta por um véu. Os próprios tribunais podem prevaricar nos seus julgamentos e subverter o devido processo. A única salvaguarda para tal processo é, mais uma vez, a publicação ostensiva. A inocência pode ser posta em grilhões. Se a publicação ostensiva não alertar os cidadãos sobre o perigo que paira sobre todas as cabeças, as masmorras, favorecidas pelo silêncio generalizado, reterão indefinidamente suas vítimas. A perseguição pode ser contra opiniões, crenças ou dúvidas, e quando ninguém possui o direito de chamar a atenção pública para si mesmo, a proteção prometida pela lei é apenas uma quimera, um outro perigo. Nos países em que existem Assembleias representativas, a representação nacional pode ser escravizada, mutilada e caluniada. Se as gráficas são instrumentos só nas mãos do governo, todo o país ressoará com calúnias, sem que a verdade encontre uma única voz a seu favor. Sintetizando, a liberdade de imprensa, mesmo que não venha acompanhada de consequências legais, ainda apresenta vantagens em uma série de casos, como aqueles em que os elementos seniores do governo ignoram os desmandos que estão sendo cometidos e, noutros, em que tais elementos possam achar conveniente dissimular essa ignorância. A liberdade de imprensa resolve essas duas dificuldades: ilustra o governo e evita que ele, deliberadamente, feche seus olhos. Forçado a saber dos fatos que desconhecia e a admitir que agora tem conhecimento, o governo não ousará tanto a legitimação de abusos que achava conveniente permitir, supostamente por ignorá-los.
> Todas essas ideias que acabei de apresentar aos leitores aplicam-se somente às relações do governo com a publicidade de opiniões. Os indivíduos ofendidos por tais opiniões, seja nos seus interesses seja na sua honra, sempre guardam o direito

> de demandar reparações. Todo homem tem o direito [137] de invocar a lei para repelir o dano a ele infligido, quaisquer que sejam as armas que empregue. As campanhas individuais contra a calúnia não têm nenhuma das desvantagens da intervenção governamental. Ninguém tem interesse em alegar que foi atacado nem de recorrer a interpretações exageradas para agravar as acusações feitas contra ele.
> (p. 202/203.)

Benjamin Constant publicou esta obra em 1815, no ocaso da era napoleônica. Suas palavras continuam atuais, tendo em vista serem de caráter universal e substancial ao Estado Democrático de Direito.

Mas o que estamos a julgar aqui hoje é se houve alguma afronta, algum descumprimento de decisão emanada deste Supremo Tribunal Federal, que teria sido praticada pela autoridade reclamada.

Em outras palavras, o objeto de julgamento posto na reclamação **não é o fato em si da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da vedação prévia de divulgação de matéria jornalística pela imprensa**, no caso, pelo jornal reclamante.

O que se julga no presente caso é se a autoridade reclamada desafiou e descumpriu alguma decisão emanada desta Suprema Corte e apta a fulminar, **de antemão**, a decisão proferida contra o reclamante.

No caso concreto, o que se deve perquirir é se houve descumprimento por parte da autoridade reclamada do quanto decidido na ADPF 130, Relator o eminente Ministro **Carlos Britto**.

A parte dispositiva do acórdão da referida arguição de descumprimento de preceito fundamental, constante do voto vencedor do Relator originário, está assim redigida:

> (...)
> 71. Em conclusão, voto, inicialmente, pela confirmação do recebimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Quanto ao mérito, encaminho o meu voto no sentido de sua total procedência (dela arguição de descumprimento de preceito fundamental), para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, nele embutido o de natureza penal (compreensivo dos preceitos definidores de crime, impositivos de penas e determinantes de responsabilidades).

Por sua vez, a decisão que se ataca como tendo afrontado tal aresto desta Suprema Corte não se fundou na malfadada Lei de Imprensa, já extirpada de nosso ordenamento jurídico.

Neste passo, entendo que a decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental foi, em sua parte dispositiva, apenas e tão somente acerca do entendimento da não recepção da Lei de Imprensa e da aplicabilidade consequente da lei comum, seja civil, penal ou administrativa, sempre de acordo com os princípios e normativos constitucionais.

Ora, os fundamentos e as razões que levaram a esta conclusão do STF na referida arguição de descumprimento de preceito fundamental têm origem, por óbvio, no texto constitucional, como não poderia ser diferente.

Portanto, se entendermos que caberá a reclamação, mesmo fora das hipóteses constantes da parte dispositiva, qual seja, caso o fundamento da decisão reclamada seja lei ou dispositivo outro que não a finada Lei de Imprensa, passará o STF a julgar diretamente, afrontando o sistema processual recursal, toda causa cuja matéria seja a liberdade de imprensa ou de expressão, como se o decidido na ADPF 130 tivesse esgotado a análise de compatibilidade de toda e qualquer norma infraconstitucional que trate do tema da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão, quando, na verdade, aquele julgado analisou apenas a validade da Lei de Imprensa em face da Constituição de 1988.

Sendo uma ação própria, a reclamação, se conhecida, **abrirá ao STF a obrigatoriedade de analisar todas as ações sobre a temática da liberdade de imprensa em trâmite no Brasil**.

Estaríamos atraindo para esta Corte Suprema a competência originária dada aos juízes e tribunais do país para o julgamento dos litígios interpessoais e intersubjetivos. Seria uma usurpação de competência às avessas, barateadora do papel desta Suprema Corte

Assim, que fique claro que não se recusa ao reclamante remédio processual, sequer se recusa o acesso ao STF. **O que entendo é que a via da reclamação não é cabível diante do caso concreto em discussão**.

Acaso a decisão reclamada estivesse fundada na Lei de Imprensa, não teria dúvida nenhuma em conhecer da reclamação como ação constitucional apta a fazer valer o quanto decidido pelo STF na ADPF 130.

Mas, se disso não se trata, não cabe reclamação.

E, no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, todo juiz e Tribunal têm competência para analisar a compatibilidade de uma lei em face do ordenamento constitucional vigente, aplicando-se ao caso concreto a lei, desde que compatível com a Constituição, ou afastando-a, caso incompatível.

Trata-se, como todos sabemos, nessa hipótese, do controle difuso de constitucionalidade, que é feito diante de uma demanda concreta e subjetiva, posta em juízo por alguma parte interessada.

Não havendo concordância com a decisão proferida, qualquer das partes poderá fazer a matéria chegar ao STF pela via do recurso extraordinário. Comprovado tratar-se de tema de repercussão geral, a Corte irá analisar o mérito do recurso extraordinário e, verificando que o acórdão recorrido esteja de acordo com a CF/1988, irá mantê-lo. Caso contrário, irá reformá-lo.

Este é o sistema.

Por outro lado, não desconheço a jurisprudência desta Corte de dar efeito vinculante não só à parte dispositiva de uma decisão, mas também às suas razões ou fundamentos determinantes.

Nesse sentido, veja a verdadeira lição que se nos dá o quanto contido no voto proferido pelo Presidente da Corte, eminente Ministro **Gilmar Mendes**, na Rcl 2.363/PA.

Mas, na hipótese do julgamento da ADPF 130, houve nos diversos votos proferidos fundamentos múltiplos. Muito embora a conclusão majoritária seja em dado sentido, isso não significa que as "razões" ou "fundamentos" tenham obtido a maioria, muito menos que foram elas submetidas a escrutínio.

A segurança jurídica e a responsabilidade devem pautar e ser características a todo o Poder Judiciário. Tratando-se de uma Suprema Corte, que julga em última instância, a cautela, a responsabilidade e a segurança jurídica devem ser ainda mais presentes.

O tema de fundo traz questões concretas e subjetivas que não podem ser trazidas à delibação desta Suprema Corte para a análise na via da ação estreita e de caráter bem específico que é a ação constitucional reclamatória.

Em conclusão, tenho que o tema poderá chegar ao STF pelas vias recursais próprias do sistema constitucional processual, mas não mediante a ação constitucional da reclamação. É como voto. Não conheço da reclamação.

EXTRATO DA ATA

Rcl 9.428/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Reclamante: S. A. O Estado de S. Paulo (Advogados: Manuel Alceu Affonso Ferreira e outros). Reclamado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Interessado: Fernando José Macieira Sarney (Advogados: Marcelo Leal de Lima Oliveira e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu do pedido, julgando extinto o processo sem julgamento de mérito, contra os votos dos Ministros Carlos Britto, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Marco Aurélio por ter-se ausentado ocasionalmente. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

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

Brasília, 10 de dezembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

MANDADO DE SEGURANÇA 27.260 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Relatora para o acórdão: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Impetrante: Cláudia Gomes — Impetrado: Procurador-Geral da República

Concurso público. Procurador da República. Prova objetiva: modificação do gabarito preliminar. Reprovação de candidata decorrente da modificação do gabarito. Atribuições da banca examinadora. Mérito das questões: impossibilidade de revisão judicial. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Recurso ao qual se nega provimento.

1. A modificação de gabarito preliminar, anulando questões ou alterando a alternativa correta, em decorrência do julgamento de recursos apresentados por candidatos não importa em nulidade do concurso público se houver previsão no edital dessa modificação.

2. A ausência de previsão no edital do certame de interposição de novos recursos por candidatos prejudicados pela modificação do gabarito preliminar não contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3. Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas (RE 268.244, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, *DJ* de 30-6-2000; MS 21.176, Rel. Min. Aldir Passarinho, Plenário, *DJ* de 20-3-1992; RE 434.708, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 9-9-2005).

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, em indeferir o mandado de segurança. Vencidos os Ministros Carlos Britto (Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes (Presidente). Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski, ambos com votos proferidos em assentada anterior.

Brasília, 29 de outubro de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de mandado de segurança, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado por Cláudia Gomes,

contra ato do Procurador-Geral da República. Ato consubstanciado no Edital 7/2008, pelo qual se alterou o gabarito das questões n. 8 e 12 da prova objetiva do 24º concurso público para provimento de cargos de Procurador da República.

2. Alega a autora ser candidata regularmente inscrita no 24º concurso público para provimento de cargos de Procurador da República. Afirma haver prestado a primeira prova do certame em 24-2-2008 e obtido, em cada grupo da prova objetiva, conforme o gabarito preliminar, percentuais de acerto que lhe garantiriam acesso à segunda fase do concurso.

3. Sucede que – prossegue a impetrante –, após a análise dos recursos, foi publicado um segundo gabarito, *"que registrou alterações nas respostas de duas questões pertencentes ao Grupo I, bem como anulações de uma questão referente ao Grupo II e de três questões do Grupo III da prova objetiva"*. E foi exatamente com a mudança das respostas das duas questões pertencentes ao grupo I que se deu a eliminação da impetrante, por não alcançar a nota mínima exigida pelo § 3º do art. 6º da Resolução 93, de 4-9-2007, do Conselho Superior do Ministério Público Federal.[1]

4. Reclama a autora, então, de ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, "uma vez que houve reforma prejudicial à impetrante no primeiro gabarito oficial", sendo-lhe vedada a interposição de recurso contra o gabarito definitivo. Aduz violação ao princípio da isonomia, dado que, enquanto no grupo I as respostas foram alteradas, nos grupos II e III as questões foram anuladas. Daí requerer a concessão da segurança para que lhe sejam atribuídos "os pontos relativos às questões 8 e 12 do primeiro Grupo da prova objetiva do 24º Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador da República".

5. Pois bem, em decisão de fls. 55-57, deferi a liminar para que a impetrante pudesse realizar a segunda fase do concurso, "sem prejuízo de u'a mais detida análise após a prestação das informações e quando do exame do mérito".

6. Continuo neste reavivar das coisas para dizer que solicitei informações ao impetrado. Informações que foram prestadas às fls. 67/138.

7. Já em 11-6-2008, a autora, ao tempo que noticiou sua aprovação na segunda etapa do certame, pleiteou nova liminar, agora para que pudesse realizar a inscrição definitiva no concurso e participar da prova oral. Deferi, uma vez mais, a liminar (fls. 143/144).

8. Avanço para anotar que, na petição 157.835, protocolada no Supremo Tribunal Federal no dia 10-11-2008, volta a impetrante a noticiar alteração no quadro fático do certame para requerer nova liminar. Desta feita, informa sua aprovação na etapa derradeira do concurso (prova oral), pleiteando que lhe fosse garantido "o direito de concorrer na escolha da lotação, segundo a classificação que conquistou com tanto esforço, e também que seja nomeada e que lhe seja

---

[1] "§ 3º Será eliminado o candidato que não obtiver em cada grupo de disciplinas em que dividida a prova objetiva (art. 28), em cada prova subjetiva e em cada uma das disciplinas da prova oral nota mínima de 50 (cinquenta), na escala de 0 (zero) a 100 (cem)."

concedido o direito de tomar posse juntamente com os demais candidatos aprovados no certame". Liminar que foi deferida parcialmente "para que: a) a autora [participasse] da escolha de lotação, segundo sua classificação no concurso; b) [fosse] reservada sua vaga, na lotação obtida no processo de escolha" (fls. 187-190).

9. Por fim, anoto que o Procurador-Geral da República opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Em seus arts. 30, 31, 32 e 59, assim dispõe a Resolução 93, de 4-9-2007, emanada do Conselho Superior do Ministério Público Federal, veiculando "normas sobre o concurso para ingresso na carreira do Ministério Público Federal":

> Art. 30. O Procurador-Geral da República fará divulgar, até 15 (quinze) dias após a realização da prova objetiva, o respectivo gabarito oficial com a indicação das respostas corretas para cada questão, ficando disponível na Internet, a partir da mesma data, o quadro das alternativas assinaladas pelo candidato na folha de respostas, apurado na respectiva leitura ótica.
>
> Art. 31. Caberá recurso, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da divulgação referida no artigo anterior, da definição do gabarito oficial, devendo o candidato nesta oportunidade, sob pena de preclusão, arguir a nulidade de questões, por deficiência na sua elaboração, a incorreção das alternativas apontadas como acertadas e quaisquer divergências entre as alternativas indicadas na folha de respostas e aquelas constantes do quadro apurado na leitura ótica.
>
> Art. 32. Apreciados os recursos pela Comissão Examinadora, o Procurador-Geral da República fará publicar o gabarito oficial com as modificações decorrentes do eventual acolhimento de impugnações bem como o resultado da prova objetiva, com a relação dos candidatos classificados.
>
> Art. 59. Além dos recursos previstos nas disposições antecedentes desta Resolução, caberá recurso à Comissão Examinadora dos resultados das provas subjetivas e das provas orais bem como do resultado final do concurso, sempre no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação respectiva.
>
> § 1º Em nenhuma hipótese caberá recurso de decisão que apreciar outro recurso.

12. Conforme visto, o transcurso do certame se dá pela seguinte maneira: após a realização da prova objetiva, o Procurador-Geral da República divulga um gabarito oficial preliminar (art. 30); desse gabarito cabe recurso, no prazo de 5 (cinco) dias, "sob pena de preclusão" (art. 31); apreciados os recursos pela comissão examinadora – e sem que caiba outro recurso contra essa decisão (§ 1º do art. 59) –, o Procurador-Geral da República divulga o gabarito oficial definitivo e a lista dos classificados na primeira fase do concurso.

13. Muito bem. O que ocorreu no presente caso? As questões de n. 8 e 12 do grupo I da prova objetiva receberam, na publicação do gabarito oficial preliminar, a indicação das respostas *c* e *b* como corretas, respectivamente. Respostas

que coincidiam com as respostas da impetrante. Sucede que, por efeito de recursos de outros candidatos, a comissão examinadora alterou as alternativas corretas para, respectivamente, as letras *d* e *a*. Daí a publicação do Edital 7/2008, contendo o gabarito oficial definitivo e a lista dos aprovados, nos termos art. 32 da resolução já transcrita. Lista de que não constava o nome da impetrante, por não haver obtido o mínimo de 50% de acertos no grupo I da prova objetiva.

14. A violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa consistiria no seguinte: como as respostas da autora às questões de n. 8 e 12 eram as mesmas apontadas no gabarito preliminar, não teria ela – impetrante – interesse de recorrer. E não poderia fazê-lo após a publicação do gabarito definitivo, por expressa vedação do ato regulamentar do certame.[2]

15. Pois bem, tenho que assiste razão à impetrante. Considerando que ela havia marcado em sua folha de respostas as letras indicadas no gabarito preliminar como corretas, não tinha o menor interesse em recorrer administrativamente desse resultado parcial. Equivocado, *data venia*, o Procurador-Geral da República, para quem a autora, "em face do princípio da precaução (...), deveria ter apresentado os recursos que entendesse cabíveis, com vistas a obter uma nota mais segura". É que, se tal interpretação fosse levada a cabo, todos os candidatos deveriam recorrer de todas as questões, inviabilizando totalmente o concurso público.

16. Dessa forma, se a comissão examinadora, ao apreciar recursos de outros candidatos, optou pela mudança de resposta da questão, deveria, a princípio, conceder prazo de recurso para aqueles que assinalaram as respostas anteriormente havidas como corretas. Isso para que todos tivessem a mesma possibilidade de expor suas razões. O § 1º do art. 59 da Resolução 93, de 2007, do Conselho Superior do MPF, é de ser interpretado, portanto, como vedação de manejo recursal contra decisão que analisa recurso do próprio candidato. A rigor, não é disso que se trata nos autos. A irresignação da impetrante não tem por objeto nova análise de um recurso por ela mesma interposto.

17. Com efeito, nas hipóteses em que a comissão examinadora altera a resposta antes indicada como correta, é razoável que se abra novo prazo para recurso daqueles que haviam "acertado" a questão. Como o órgão público assim não procedeu, deveria, pelo menos, anular as questões ao final retificadas. Quero dizer: se a própria comissão examinadora "errou" ao indicar as letras *c* e *b* como corretas no gabarito preliminar, é de se supor que as questões de n. 8 e 12 do grupo I da prova objetiva eram controvertidas. E eram mesmo, no caso concreto, pois a simples leitura de seus enunciados faz aflorar temas jurídicos ainda não pacificados no próprio âmbito do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a atuação fiscalizadora do Banco Central, o compartilhamento de registros bancários, a validade de escuta ambiental, as atribuições do Ministério Público, entre outros (fls. 99/100).

---

[2] "Art. 59. (...)
§ 1º Em nenhuma hipótese caberá recurso de decisão que apreciar outro recurso."

18. Nessa contextura, percebe-se que não se está diante de simples erro material ou de erro de digitação na indicação do gabarito, mas de escolha de resposta mais correta, em tese. Resposta, essa, somente indicada após recurso de outros candidatos. Tudo a sinalizar que o mais razoável seria a anulação de tais questões. Mesmo procedimento, por sinal, adotado pela banca examinadora em outra questão do Grupo II e outras três do Grupo III da referida prova objetiva.

19. Realço ainda que, não obstante a falta de previsão regulamentar, a autora "impugnou" o gabarito definitivo e teve sua impugnação conhecida e desprovida. Esse fato, porém, não afasta o vício aqui apontado. É que a "impugnação" não cuidou do mérito das questões da prova, mas tão somente "visou a alertar a Comissão do Concurso para a (...) violação a princípios constitucionais" (palavras da autora). Demais disso, nesse específico certame, a chancela de tese jurídica sustentada pela autora não implicaria desclassificar nenhum outro candidato, pois o concurso chegou ao seu final sem que todas as vagas ofertadas fossem devidamente preenchidas. Sem falar que a impetrante foi aprovada, sem contestação, em todas as subsequentes fases da competição; ou seja, cuida-se de candidata intelectualmente apta à investidura no cargo efetivo de Procuradora da República.

20. Atento, portanto, às peculiaridades do caso, **concedo** a segurança. Determino seja a candidata empossada no cargo de Procuradora da República, ocupando, assim, a vaga que lhe foi reservada em sede de medida liminar.

21. É como voto.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Desculpe, Ministro, a questão que Vossa Excelência está enfatizando não é nem por causa desse erro material, não é isso?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Estou dizendo que, se fosse simples erro material, acho que bastaria retificar, mais adiante vou tratar disso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Só para deixar claro que isso não significa que Vossa Excelência estaria substituindo a questão.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Não, não estou substituindo a resposta. Até porque não cabe ao Judiciário e tudo mais.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mantém-se essa jurisprudência.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Mantenho. E era o mesmo no caso concreto, pois a simples leitura de seus enunciados faz aflorar temas jurídicos, ainda não pacificados no próprio âmbito deste Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a atuação fiscalizadora do Banco Central, o compartilhamento de registros bancários, a validade de escuta ambiental, as atribuições do Ministério Público para fins de investigação criminal, entre outros temas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Vossa Excelência está ingressando no mérito do concurso. Nós não podemos fazer isso.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Não, eu concordaria com Vossa Excelência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Por isso eu perguntei.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Eu concordaria com Vossa Excelência. Não quero me substituir aos examinadores.

Eu estou apenas dizendo que concordaria que os gabaritos fossem, por efeito de concurso de outros candidatos, apenas retificados e não anulados – as questões apenas retificadas e não anuladas – se os erros fossem simplesmente de caráter material, apenas isso, o Judiciário não pode se substituir.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, o critério é da banca.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É da banca examinadora. Por isso que eu fiz a pergunta inicial.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Na verdade a impetrante errou as respostas; foi isso que aconteceu. Basicamente, o caso versa sobre isto: a candidata deu respostas erradas. O problema de a comissão examinadora ter aplicado gabarito errado não altera nem remedeia o erro das respostas, ela errou as respostas;

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque, senão, inclusive outros que teriam acertado a primeira ficam prejudicados.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que aconteceu foi que o gabarito para corrigir é que estava errado. A resposta estava errada, mas o gabarito de correção considerou-a certa, quando, na verdade, estava errada. Trocou as letras.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Se fosse apenas isso, eu aderiria sem nenhuma dificuldade, mas é que, para outros grupos de questões, a comissão anulou.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, porque aí era caso de respostas que geravam dúvidas. Não, aqui.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Essas eu estou dizendo que geram tremendas dúvidas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Agora, Vossa Excelência estará se substituindo à banca examinadora.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Mas é porque a desculpa foi de que os erros eram de caráter material. Erro de caráter material, por exemplo, é dizer, quantos Ministros tem o Supremo Tribunal Federal? Aí uma letra diz dezesseis, quando devia dizer onze. Aí é erro material.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Segundo esclareceu muito bem a Procuradora-Geral, o erro material consistiu em quê? A resposta correta deveria ter sido, digamos "c" e constou "a". Isso é erro material.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Havia a resposta correta?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim. Havia resposta correta. É só o gabarito que estava errado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O gabarito estava errado. E aí ela teria acertado quanto ao gabarito preliminar, mas não quanto ao definitivo.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): É, ela se irresigna, a impetrante, porque não foi o critério adotado para outros grupos de respostas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Porque nos outros grupos de respostas há, segundo o critério da banca, no qual nós não podemos entrar, erro nas respostas. As respostas constantes da prova estavam erradas, ou porque essa não permitia nenhuma resposta certa, ou porque todas poderiam ser consideradas certas.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Eu me dei ao trabalho de ler as perguntas anuladas. Ela respondeu, a impetrante, às perguntas corretamente, segundo o gabarito oficial. Mas era um gabarito preliminar, não há dúvida.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas era errado esse gabarito. Então, ela errou a pergunta.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas nós não podemos examinar porque isso é prerrogativa da banca.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Com os recursos dos outros candidatos os gabaritos foram republicados, e aí as letras certas foram indicadas como outras, não as da candidata.

Mas acontece que eu fui ler, também, as perguntas que foram anuladas. E o mesmo grau de indeterminabilidade das respostas, eu não quero me substituir à banca, o mesmo grau foi verificado, existia. Então, ela entende que as questões deviam ser anuladas tanto quanto as outras foram anuladas.

E me pareceu que, nesse particular, ela tinha razão. É verdade que nesses concursos do Ministério Público eu sempre tenho me pronunciado a favor, pelo menos em linhas gerais, dos impetrantes, pode ser que eu esteja influenciado pelo seguinte fato: nesses concursos do Ministério Público sobram vagas, as vagas não são preenchidas, porque são tão difíceis os concursos que o número de candidatos, muito numeroso, não consegue preencher as vagas oferecidas. E o candidato termina concorrendo consigo mesmo, ele não está concorrendo com ninguém, senão consigo mesmo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Conceder, abrir uma exceção e acrescentar uma candidata a uma lista, como sustentado pelo Dr. Aristides Junqueira, é violar o princípio da isonomia.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque teve gente que não passou, inclusive, passou segundo o primeiro, por exemplo, na substituição do gabarito tem gente que também deixou de entrar, ou o contrário, gente que tinha entrado e que acabou entrando. Haveria era nulidade.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): A classificação da candidata por efeito do deferimento desse mandado de segurança não vai implicar a desclassificação de ninguém.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas vai acrescentar uma pessoa a uma lista de aprovados que já era definitiva.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Princípio da legalidade administrativa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Uma pessoa que não foi aprovada.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Eu já fui assegurando a ela, por efeito de liminares, o direito de prosseguir no certame.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas prosseguir no certame não significa que aquela primeira fase a qual ela teria perdido foi convalidada, porque, aí, seria uma ratificação de um ato inválido.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): A tese minha é essa, não vou nem prosseguir na leitura, porque já está claro. Entendo que assiste razão à impetrante, estou deferindo a segurança.

DEBATE

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Eu defendo também aqui no voto o ponto de vista de que, nesses casos, é de se conceder prazo para a candidata recorrer, e não proibir o recurso, como estava no edital.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas, no caso, ela pôde recorrer.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Podia. Mas o edital proibia o recurso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Proibia, mas, mesmo assim, ela recorreu.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A Procuradora-Geral disse que, depois de todos os recursos, não havia mais prazo. Senão, seria interminável, ia eternizar o certame.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A impugnação foi apreciada como recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A candidata conhecia e aderiu às regras do concurso, que previam a possibilidade de modificação do gabarito preliminar.

Por que esse gabarito era preliminar? Era preliminar, precário, portanto, em consequência do fato de que o concurso admitia uma fase de recursos. Pois bem, outros candidatos interpuseram recurso. Em decorrência desses recursos, foram constatados erros materiais que levaram à nulificação, à modificação daquele gabarito preliminar. Em consequência dessa nulificação, a impetrante, que, num primeiro momento, lograra aprovação, porque respondera erroneamente de acordo com aquele gabarito que foi anulado, num segundo momento, foi declarada reprovada. Não há nenhuma ilegalidade nisso.

Peço vênia ao Ministro Relator para dele divergir e denegar a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Também vou pedir vênia ao eminente Relator.

Realmente, a candidata errou as duas respostas e, por isso, foi reprovada. Aconteceu simplesmente que o gabarito de correção continha erro material. Corrigido o erro material, verificou-se que as respostas que a candidata havia dado estavam erradas.

Com o devido respeito, denego a ordem.

DEBATE

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu adoto o seguinte critério nessas matérias: rigor absoluto na hora de examinar a liminar, porque, uma vez concedida a liminar, cria-se uma expectativa difícil de reverter.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, Ministro, mas é porque o Ministro Relator tem razão: como ela continuaria nas fases subsequentes, podendo-se chegar a uma conclusão? O único cuidado que acho que nós temos tido é dizer que essa liminar não dá direito.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não estou criticando o Ministro Relator, estou dizendo qual é o meu método. Esse momento, para mim, é crucial, o momento ali do exame da liminar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O que impressionou o Ministro Carlos Ayres Britto, certamente, foi o fato de que ela, neste primeiro grupo, alcançou praticamente 50%, ficou só por 5%, e, nos demais grupos, ela teve uma pontuação que sobejava o mínimo.

Dentro desse contexto, esse percentual de 5%, aquém do mínimo, realmente poderia ser considerado do ponto de vista da proporcionalidade e razoabilidade.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): E, muitas vezes, negar a liminar é perder o objeto no mandado de segurança.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E até porque ela passou nas demais provas; ela venceu e acabou sendo aprovada nas outras provas mais difíceis.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Até a prova oral.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu já proferi o meu voto, infelizmente, mas eu fiquei inclinado a acompanhar Vossa Excelência por essas razões.

E como ficou assentado que a candidata, de fato, errou a questão, nós estamos diante de um dado objetivo que eu não consigo superar. Mas compreendo o voto de Vossa Excelência, certamente, motivado por essas circunstâncias todas.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Aliás eu digo isso no voto, que atento às peculiaridades do caso é que estou deferindo o mandado de segurança.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu entendo também perfeitamente o eminente Relator, é que o edital – como dizia na celebérrima lição de Hely Lopes Meirelles – é

a lei interna do concurso. Essa feliz expressão do Hely faz com que a pessoa, ao cumprir o edital, se tratada com uma deferência especial, prejudique aquele que, acreditando que a administração iria ser rigorosa no edital, sequer se inscreve. Essa a razão pela qual eu tenho cuidado com esse tipo de situação. Mas, também, entendo, perfeitamente, e, por isso, pedi vênia para divergir do eminente Relator.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Essa questão, realmente, da produção judicial efetiva em caráter cautelar, é uma questão muito sensível, até porque a negativa da concessão da liminar envolve, na verdade, não só negar o direito subjetivo que está sendo postulado, mas a própria ideia de proteção judicial efetiva.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Negação de jurisdição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Esse, Ministro, me parece ser o típico caso do inciso III, do art. 7º, da Lei 12.016/2009, que era o art. 7º na Lei 1.533/1951, ou seja, torna-se ineficaz a medida depois que acabou o concurso, então a liminar é necessária.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quer dizer, são aqueles casos em que a concessão da cautelar é quase compulsória, sob pena de prejudicar o próprio concurso.

O Sr. Aristides Junqueira Alvarenga (Advogado): Senhor Presidente, uma questão de ordem.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Por favor.

O Sr. Aristides Junqueira Alvarenga (Advogado): É a respeito do *quorum*. Dois Ministros estavam presentes no relatório, e não estão presentes agora; eu não sei se Vossa Excelência vota, por não se tratar de matéria constitucional, e nós temos apenas cinco julgadores.

Era só para levantar essa questão.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): O Presidente vota nesse mandado de segurança, aqui?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas eu, *data venia*, entendo que é razoável a ponderação do nobre advogado, porque nós tínhamos dois Ministros presentes e assistiram à sustentação oral, eles não ouviram as ponderações do eminente Ministro Relator, que são muito substanciais.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acho que, talvez, pudéssemos suspender, com esses votos, e aguardar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Podemos aguardar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro Carlos Britto, acho que podemos aguardar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vamos aguardar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas eu só queria fazer essa ponderação: o concurso público é um exemplo emblemático da necessidade, muitas vezes, de concessão da liminar, sob pena de se ter um prejuízo que, quando

muito vai se resolver, depois, em perdas e danos e em responsabilidade civil. Nós temos visto isso em muitos casos.

Por outro lado, recentemente, eu via uma regra de edital de concurso, em matéria de psicotécnico, que dizia que só poderia haver uma prova, e que se o candidato, eventualmente, não fosse assim reconhecido, estaria eliminado. E não é razoável, nós sabemos pela precariedade mesmo do critério, mas isto estava no edital. Mas, hoje, já existe jurisprudência de vários tribunais em outro sentido. Isto é, a rigor, nós temos também, eventualmente, que aprimorar essa lei do concurso, o edital, sob pena de conferir poder arbitrário à própria administração.

Creio que, colhidos os votos, a questão poderá ser retomada na próxima sessão, se for o caso, ou na outra.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Então, Vossa Excelência vai retomar os votos, novamente, ou já ficam consignados, provisoriamente, porque podem surgir novos argumentos, eventualmente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, retomar o julgamento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Os votos já tomados.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Os votos ficam consignados.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ficarão consignados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Os votos ficam consignados, se alguém achar por bem mudar, muda.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Se alguém achar por bem reajustar, faz o reajuste.

EXTRATO DA ATA

MS 27.260/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Impetrante: Cláudia Gomes (Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outros e Lia Raquel Rodrigues de Araújo). Impetrado: Procurador-Geral da República.

Decisão: O Tribunal adiou o julgamento atendendo ao pedido do advogado, para efeito de sustentação oral. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e a Ministra Ellen Gracie. Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 15-4-2009.

Decisão: Após o voto do Ministro Carlos Britto (Relator), deferindo o mandado de segurança, e os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, indeferindo-o, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Eros Grau e, neste julgamento, os Ministros Marco Aurélio e Ellen Gracie. Falaram, pela impetrante, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos e, Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 10 de setembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Confirmação)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu já votei na esteira da jurisprudência predominante, no sentido de que, na verdade, aqui, está-se diante de uma situação, como o eminente Ministro Relator acaba de acentuar, em que há realmente a fixação por uma banca examinadora de um gabarito que, quando instado por outrem – no caso, pelos recursos –, seja pela verificação de que houve erro, ele tem de fazer com que se remeta à correção.

De toda sorte, isso fica na linha da atuação discricionária – não arbitrária, acho que não houve arbítrio, mas discrição – da própria banca examinadora. Aí seria realmente entrarmos na matéria e na formulação de questões, em como elas foram formuladas, o que a jurisprudência é pacífica no sentido da impossibilidade.

Então, pedi vênia e volto a pedir vênia ao eminente Ministro Relator, mas denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu me sinto esclarecido para votar sobre a matéria, inclusive recebi memoriais do ilustre advogado Aristides Junqueira Alvarenga.

Analisei o caso e, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, Ministro **Carlos Ayres Britto**, acompanho a divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, vou pedir vênia, também, ao eminente Ministro Carlos Britto para acompanhar a divergência, não sem observar que a hipótese é extremamente complexa; e é por isso mesmo que a ela não caberia mandado de segurança.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, só para recordar, também estou acompanhando a divergência, com o devido respeito.

Na verdade, o que houve aqui foi erro de furo, isto é, os gabaritos de duas questões estavam errados, depois foram corrigidos, e verificou-se que as respostas da impetrante estavam erradas. Apenas isso. Noutras palavras, ela quer ser aprovada por resposta errada. Não é possível, com o devido respeito.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Mas me impressionou mais o fato de não haver um critério objetivo uniforme. Para outras questões também erradas, o que fez a comissão? Anulou, pura e simplesmente; mas nessa não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas isso é economia da comissão julgadora. Controlar todas as perguntas e respostas, isso não nos seria possível.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, acho que é indispensável que as comissões examinadoras tenham esta margem de discrição necessária para levar a cabo os concursos, sem o que estes se prolongarão indefinidamente, envolvendo os tribunais na correção eventual de questões duvidosas.

Verifico também – e vários Colegas já o fizeram – que houve, por parte da impetrante, um equívoco em relação a duas respostas necessárias para que alcançasse a pontuação mínima para a aprovação.

Portanto, com vênia do eminente Ministro Relator, eu também denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, mesmo fora do Tribunal, acompanho a vida da Corte. Assim o fiz mediante veículo de comunicação importantíssimo – a Rádio Justiça.

Quando ouvi o voto do Relator e as ponderações formalizadas por Sua Excelência, concluí que esse voto se mostrava mais afinado com o trinômio: lei, direito e justiça. Agora, esse convencimento está robustecido.

Em primeiro lugar, não tinha a impetrante, ante o quadro primeiro, interesse jurídico em interpor recurso administrativo contra o gabarito, porque acertara as respostas dadas.

Houve realmente recurso, ou recursos, de outros candidatos, e chegou a Comissão – que, evidentemente, não posso reprovar no julgamento deste mandado de segurança – à conclusão de que errara ao anunciar, aos quatro ventos, o referido gabarito. Então, adotou outra óptica quanto ao que seria mais acertado em relação às colocações ditas pelo Relator – e subscrevo – ambíguas, porquanto não pacíficas na jurisprudência.

Qual o objetivo maior do concurso, Presidente? É selecionar candidatos pelo mérito e, aqui, temos que o número de aprovados, entre os quais a impetrante, não seria suficiente ao preenchimento das vagas.

Há mais: não se está diante de simples erro material, mas de erro interpretativo da própria douta banca examinadora, ou comissão de concurso. A administração pública acabou por adotar dois pesos e duas medidas no que caminhou para a anulação das questões do grupo I e atribuição dos pontos a todos os candidatos. Aqui, não. Aqui, simplesmente – gerando insegurança incompatível com o que se quer no tocante à administração pública na realização de concurso –, substituiu o gabarito inicial. Quem acertara pelo primeiro perdeu os pontos e os que erraram os ganharam!

Acompanho Sua Excelência o Relator, salientando a parte final – e vem o lado humanístico – de um romance a que já me referi neste Plenário, de John Steinbeck, *O inverno da nossa desesperança*: "Quando uma luz se apaga, é muito mais escuro do que se ela jamais houvesse brilhado".

A impetrante percorreu uma via-crúcis e logrou, a meu ver, a aprovação, tendo em conta as perguntas veiculadas.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também pedirei vênia à maioria já formada para acompanhar o eminente Relator.

Entendo que o caso é marcado por peculiaridades que o singularizam. E aqui há realmente elementos de segurança jurídica que justificam a opção feita, portanto, nessa linha também da manifestação do voto do Ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

MS 27.260/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Impetrante: Cláudia Gomes (Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outros e Lia Raquel Rodrigues de Araújo). Impetrado: Procurador-Geral da República.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu o mandado de segurança, vencidos os Ministros Carlos Britto (Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski, ambos com votos proferidos em assentada anterior.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 29 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS 91.610 — BA

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Paciente: Ulisses Cesar Martins de Sousa — Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil — Coatora: Relatora do Inq 544 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus.* Busca e apreensão fundamentada. Verificação de que no local funcionava escritório de advocacia. Necessidade de fundamentação específica. Ausência de comunicação ao magistrado antes da execução da medida. Impossibilidade de execução em situação distinta daquela determinada na ordem judicial. Nulidade das provas colhidas. Ordem concedida.**

1. O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. 2. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. 3. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes. 4. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do Inq 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação.

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, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 8 de junho de 2010 — Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela *Ordem dos Advogados do Brasil* (Advogados: *Alberto Zacharias Toron e Carla Vanessa T. H. de Domenico*), em favor de *Ulisses Cesar Martins de Sousa*, Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Impugna decisão da lavra da Ministra Eliana Calmon do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do Inquérito 544/BA, que deferiu busca e apreensão em imóvel de propriedade do paciente. Sustenta que já à época dos fatos tratava-se de escritório de advocacia, e não de imóvel residencial como indicado na decisão impugnada (fl. 54).

Noticia que, em 8 de maio de 2007, a Polícia Federal, ao apresentar relatório sobre as investigações da denominada "Operação Navalha", representou à relatora do Inquérito 544/BA, Ministra Eliana Calmon, pela realização de diligência correspondente à busca e apreensão na "residência" (fl. 54) do ora paciente, a fim de colher novos elementos de convicção para a investigação (doc. 6, fls. 37-64).

Informa que, em 16 de maio de 2007, a autoridade apontada como coatora, além de decretar a prisão preventiva de uma série de investigados, deferiu o pedido de busca e apreensão (doc. 7, fls. 65-129) referido, nos seguintes termos:

> *Defiro o pedido de busca e apreensão* requerido pela autoridade policial e endossado pelo Ministério Público Federal, nos termos do art. 240 e seguintes do CPP, da forma pleiteada nos autos da representação, nos locais indicados pela autoridade policial em seu relatório (fls. 12/20), podendo proceder à arrecadação dos elementos de prova, ainda que se trate de material em meio óptico, agendas, celulares, HDs, disquetes, CDs, DVDs, etc., bem como dos bens ou materiais que se apresentem como produtos de crime.
> (Fl. 128.)

Lança pedido final nos seguintes termos:

> Dessa forma, diante da ilegalidade que se hostiliza, aguarda-se o deferimento da medida liminar para se determinar a **lacração** dos documentos, arquivos, HDs, CDs, DVDs, bens e materiais apreendidos no escritório do paciente, até o julgamento final deste *writ*, quando se espera ver reconhecida a ilegalidade da diligência realizada que contamina a colheita da prova, determinando-se a sua devolução ao paciente, sem que possa ser utilizada na investigação, como medida de *justiça*!
> (Fl. 18.)

Constam do auto de apreensão complementar e análise de dados apresentado pela Polícia Federal (fls. 387-393) os seguintes materiais do ora paciente:

> Item 1 – Um dossiê com cópias referentes ao "Processo n. TC 004.920/2001-9", do "Tribunal de Contas da União", cuja segunda página contém a inscrição: "Processo Italius – Histórico – Processo n. TC 004.920/2001-9 – Plano Especial de Auditoria de Obras Públicas – Fiscobras 2001".
> (...)

Item 2: Um dossiê com cópias do "Contrato GEINFRA N. 045/2001 – ASSJUF – Restauração da Rodovia MA – 106 – Trecho Cujupe/Três Marias e Pinheiro/Santa Helena – Processo Administrativo n. 735/2001 – GEINFRA de 11.04.2001"

(...)

Item 03 – Um CD-R 700 MB – 80 Min, com a seguinte inscrição: "Edital BR – 402/MA". Contem um arquivo de texto de texto com o modelo do aviso de licitação e do edital de licitação da *Secretaria de Estado de Infra-Estrutura do Maranhão* para a realização de obras na BR – 402/MA. (...) A última modificação deste documento data de 14/06/2006.

(...)

Item 04: Um disquete Maxwell 2 HD, com a seguinte inscrição: "Edital BR – 402/MA". Contem um arquivo de texto com o modelo do aviso de licitação e do edital de licitação da *Secretaria de Estado de Infra-Estrutura do Maranhão* para a realização de obras na BR – 402/MA. Um arquivo de excel intitulado "Planilha de orçamento-data base nov 2005" contendo uma planilha com Clique para visualizar o documento: planilha anexos/planilha de orçamento/edital. A última modificação deste documento data de 17/06/06.

(...)

Item 05 – Uma pasta intitulada "Pinheiro Neto Advogados" contendo diversos documentos, separados por assuntos, dizendo, o primeiro, respeito à "Ação de Procedimento Ordinário", impetrada pela "Construtora Noberto Odebrecht" em face de "Estado do Maranhão (Fazenda Pública)".

Cópia do processo n. 001.98.000664-4, ação ordinária movida pela Construtora Noberto Odebrecht contra o Estado do Maranhão. Ação Judicial envolvendo construtora e o Estado do Maranhão.

Necessita de conjugação com outros meios de prova para a verificação de pertinência com o foco das investigações.

Item 06 – Um envelope pardo, contendo cópias de 11 (onze) peças de documentos grampeados, a seguir discriminados:

06.1 – Cópia da apelação interposta pelo Governo do Maranhão relativa ao processo n. 001.98.000663-6 – Ação Ordinária de Cobrança que a Construtora *Noberto Odebrecht S.A.* promove contra o antigo *Depertamento de Estradas de Rodagem do Maranhão*. Ação Judicial envolvendo construtora e o Estado do *Maranhão*. Necessita de conjugação com outros meios de prova para a verificação de pertinência com o foco das investigações.

06.2 – Documento referente à ação ordinária 663/1998 em que o requerente é a Construtora *Norberto Oderbrecht* e o requerido, o *Estado do Maranhão*. Ação judicial envolvendo construtora e o Estado do Maranhão. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

06.3 – Cópia de documento, com 03 páginas, endereçado a *José Reinaldo Carneiro Tavares, Governador do Maranhão*, em 26 de abril de 2005 pela construtora *Noberto Odebrecht*, cobrando o pagamento das parcelas em cumprimento da transação celebrada nos autos do processo 663/1998. Ação Judicial envolvendo construtora e o Estado do *Maranhão*. Necessita de conjugação com outros meios de prova para a verificação de pertinência com o foco das investigações.

06.4 – Documento da Construtora *Noberto Odebrecht*, datado em 09 de fevereiro de 2006, endereçado ao *Procurador Geral do Estado*, informando que o Estado foi condenado a pagar para a construtora o valor de R$ 1.749.761,38 pela ação de cobrança 664/1998 julgada procedente em 25/02/2002. neste documento,

a construtora demonstra interesse na realização da transação para extinção da obrigação e, para tanto, oferece um desconto de 10% no valor devido. Ação judicial envolvendo construtora e o Estado do Maranhão, em que o Procurador Geral do Estado é o investigado. Necessita de conjugação com outros meios de prova para a verificação de pertinência com o foco das investigações.

06.5 – "Contrato de Prestação de Serviçoes Jurídicos", que tem como "Contratante Construtora Noberto Odebrecht S/A" e como "Contratado Ulisses Sousa Advogados Associados", com 05 páginas. O objetivo do contrato é a prestação de serviços de assessoria jurídica de natureza negocial em apoio aos negócios, contratos e projetos a serem estabelecidos com a Mineração Onça Puma LTDA, no Estado do Pará. Verifica-se que o investigado Ulisses advogou para a Construtora (*Odebrecht*), em ação no Estado do Pará. Cabe ressaltar, no entanto, que a construtora *Odebrecht* possui obras e ação no Maranhão, onde *Ulisses* é o Procurador Geral do Estado.

06.6 – Cópia de documento da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão referente ao processo n. 001.98.00063-6, endereçado ao Senhor Juiz de Direito da 5ª vara da Fazenda Pública informando que o Estado se compromete a pagar a dívida com a construtora Norberto Odbrecht, conforme acordado entre as partes. Novamente documento oficial da Procuradoria Geral do Estado encontrado em imóvel particular do investigado, relativo a ação da Odebrecht.

06.7 – Cópia da decisão do processo n. 001.98.000663-6, da 5ª vara da Fazenda Pública do Estado do Maranhão, cuja autora é a Construtora Norberto Odbrecht e o réu, o Departamento de Estradas de Rodagem do Maranhão – DER/MA. A decisão, assinada pelo Juiz Douglas Airton Ferreira Amorim, julga procedente a ação principal e condena o réu a pagar à autora a quantia de 15.587.109,19 URVs atualizada monetariamente e acrescida de juros de 6% ao ano. Condena também o réu a pagar os honorários da autora no valor de 4.000 salários mínimos. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

06.8 – "Contrarrazões ao recurso de apelação – Juízo de origem da 5ª vara da Fazenda Pública", tendo como "Apelante Estado do Maranhão..." e como "Apelada Construtora Norberto Odbrecht", com 11 páginas. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

06.9 – Cópia do "Recurso Extraordinário" referente à "Apelação Cível n. 009970-2001", endereçada ao "Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça", proposto por "Estado do Maranhão". Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

06.10 – Cópia do relatório do Desembargador Raimundo Freire Cutrim referente a apelação cível n. 9970/2001, da segunda câmara cível do Estado do Maranhão, interposta pelo Estado do Maranhão contra a Construtora Norberto Odbrecht. Neste relatório, o desembargador nega provimento à apelação. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

06.11 – Cópia de documento da Construtora Norberto Odbrecht endereçado ao governador do Estado do Maranhão José Reinaldo Carneiro Tavares, datado de 223/07/2002, referente à Ação Ordinária de Cobrança 001.98 (5ª vara da Fazenda Pública de São Luis). Este documento é uma proposta da Construtora oferecendo um desconto de 5% sobre a quantia que está sendo executada judicialmente, condicionado ao pagamento imediato do débito. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

Item 07 – Um "Processo n. 013442/2002 – n. de ordem 1647", de "Embargos à Execução", tendo como autor "Estado do Maranhão" e réu "Construtora Norberto Odbrecht", numerado com 53 páginas. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

Item 08 – Um "Processo n. 008528/2002 – n. de ordem 1547", de "Execução provisória de sentença", tendo como autor "Construtora Norberto Odbrecht" e como réu "Estado do Maranhão", com 158 páginas numeradas. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

Item 09 – Uma cópia do "Proc. 1498/2002 – Data 16/10/2002 – Requerente Construções e Comércio Camargo Correa – SA", com 36 páginas, em que a Construtora Camargo e Correa solicita ao Governo do Maranhão o pagamento de débitos atrasados. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

Item 10 – Um envelope pardo, contendo cópias de 05 (cinco) documentos agrupados, a seguir descritos:

10.1 – Cópia de um parecer assinado por Lucia Valle Figueiredo respondendo duas questões propostas: a possibilidade de o Poder Público transacionar quando já proposta a ação judicial e; a possibilidade de a quantia devida no acordo a ser feito ser paga independentemente de expedição de precatórios. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

10.2 – Cópia de fax enviado para Luis Alberto Carvalho e Raymundo dos Santos, ambos da construtora Norberto Odbrecht, assinado por Marcelo Alfredo Bernardes e Eliana Cunha Marques Lino, informando que, após a análise da sentença proferida pelo juiz da 5ª vara da Fazenda Pública do Maranhão, na ação que figuram partes a CNO e o DER/MA, foi concluído que não existem argumentos suficientes para interpor recurso de apelação contra parte da sentença que determinou a equiparação de 1 URV / 1 Real. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

10.3 – Impressão de consulta a processo de 2º grau n. 0099702001 em que o Estado do Maranhão é o apelante e a Construtora Norberto Odbrecht, o apelado. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

10.4 – "Consulta a Processos de 1º grau", "Processo 6631998", com 04 páginas. Impressão de consulta a processo de 1º grau no 6631998 em que a Construtora Norberto Odbrecht é o requerente e o DER Departamento de Estradas e Rodagens do MA, o requerido. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

10.5 – Documento grampeado com 03 páginas, iniciado com as inscrições: "Em 28/05/02 foi aberta vista para a Procuradoria de Justiça. Aguarda-se manifestação da Procuradoria". Cópia de parte de documento com informações sobre o andamento de ação ordinária movida contra o Departamento de Estradas de Rodagem do Maranhão – DER/MA. Necessita de conjugação com outros meios de prova para verificação de pertinência com o foco das investigações.

Item 11 – Um gabinete de computador com as seguintes inscrições frontais: "WiseCase – Multimedia Computer System – Intel Celeron D inside – USB", na cor branca, com detalhes em azul, e com numeração serial posterior "S/NO: 060057733". Encaminhado ao INC – Instituto de Criminalística – para perícia." – (fls. 387-393)

Em 18 de junho de 2007, solicitei informações ao STJ acerca: a) da atual fase das investigações da denominada "Operação Navalha" (Inquérito n. 544/BA); b) da

persistência, ou não, da medida constritiva de busca e apreensão com relação a bens ou dados colhidos na "residência" do ora paciente; c) da efetiva ocorrência, ou não, de equívoco quanto à indicação do endereço residencial e/ou profissional do paciente; e, por fim, d) do rol dos objetos apreendidos pela autoridade policial, assim como da efetiva pertinência de cada um deles com as investigações da denominada "Operação Navalha".

Em 8 de agosto de 2007, as informações foram prestadas e lançadas às fls. 383-409 pela eminente Relatora perante o STJ, nos seguintes termos:

> Em resposta ao Ofício n. 4.480/R, datado de 21 de agosto último, o qual solicita informações para instruir o *Habeas Corpus* n. 91.610, em que figura, como paciente, *Ulisses Cesar Martins de Sousa*, sendo impetrante a Ordem dos Advogados do Brasil, encaminho a Vossa Excelência cópia do auto de apreensão que relaciona o material arrecadado na residência e/ou escritório do referido indiciado, constante do apenso 48 dos autos do Inquérito, fls. 189/195.
>
> Pelo fato de ainda não ter sido oferecida a denúncia, informo que esta relatora não pode avaliar a utilidade do material apreendido para a instrução. Estando o Ministério Público Federal a trabalhar com as provas, com vista à deflagração da ação penal, possivelmente, será o Órgão indicado a responder a esta indagação.
>
> Por fim, informo que a Polícia Federal requereu autorização para devolver aos seus proprietários todo o material apreendido na Operação Navalha que, a seu critério, não continha informações substanciais para utilização como meio de prova (cópia anexa), pedido deferido, por esta relatora (cópia anexa). Registro que apenas 02 (dois) itens apreendidos na residência do indiciado (itens 03 e 04: um CD-R e um disquete, respectivamente) estão neste Tribunal, compondo os autos do inquérito, e não fazem eles parte da relação do material já considerado dispensável pela autoridade policial.
>
> (Fl. 383.)

Em 16 de agosto de 2007 (fls. 367-377 – *DJ* de 23-8-2007), indeferi o pedido de medida liminar.

O parecer do Ministério Público Federal (MPF), da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, é pela denegação da ordem (fls. 411-414), nos seguintes termos, naquilo que importa:

> (...)
>
> 5 – Quanto à alegada falta de fundamentação da decisão que deferiu a medida constritiva, a arguição é improcedente, não havendo que se cogitar de ofensa à garantia constitucional prevista no art. 93, IX, CF/88, haja vista que o decreto de busca e apreensão, ao ser expedido, ateve-se às considerações delineadas pela autoridade policial por ocasião da requisição da medida e levou em conta, ainda, as ponderações elencadas pelo Ministério Público Federal acerca da necessidade da constrição.
>
> 6 – Por outro lado, questão relativa à realização da diligência no endereço profissional – escritório de advocacia –, quando consta do mandado o termo residência, não induz à nulidade pretendida pela Defesa.
>
> 7 – Isto porque no ato de realização da busca e apreensão a autoridade policial – não sabendo de antemão, como afirma a Defesa – constatando que o local "alvo" da diligência tratava-se, na realidade, do escritório de advocacia do Paciente (uma vez que constava do mandado tratar-se do endereço de sua "residência"),

de imediato procedeu à comunicação prévia à Ordem dos Advogados do Brasil – Secção MA, acerca do cumprimento da diligência (parágrafo único, art. 1º, Portaria n. 1.288/MJ). Ao que tudo indica, o equívoco decorreu do fato de o escritório do paciente estar situado em área eminentemente residencial.

8 – A ilustre Ministra Eliana Calmon esclareceu a questão nos seguintes termos (fls. 330/332):

"(...)

b) em referência às medidas constritivas de busca e apreensão de bens, a Polícia Federal apresentou, quando solicitou diligências, endereço que segundo levantamento feito era o endereço residencial do ora paciente, constatando-se, quando da diligência, ser o endereço do escritório, onde foram apreendidos documentos, HDs e CDS, os quais estão à disposição do paciente ao término das análises procedidas pela Polícia Federal, como tem ocorrido com os demais indiciados.

Em referência a outras apreensões, como por exemplo veículos, possivelmente está o paciente beneficiado com as decisões genéricas que adotei em relação a todos os indiciados (...).

No entanto, o paciente *Ulisses Cesar Martins de Sousa* nada requereu, nada pediu, conforme certidão desta Corte. (anexo 10)

c) em relação às buscas e apreensões realizadas pela Polícia Federal, teve este juízo conhecimento, pelo paciente, quando foi ouvido neste juízo, de que a busca se realizou no escritório, oportunidade em que o Delegado da Polícia Federal, presente no ato, disse que a diligência realmente foi realizada em um endereço residencial, mas constatou-se, na oportunidade da operação, que se tratava de um escritório.

Os documentos apreendidos, após examinados pela autoridade policial, seguiram quase que de imediato à Subprocuradoria-Geral da República, só sendo devolvido o material, quando pedido pela parte interessada, como prova o documento que segue por cópia (anexo 4).

Esclareço que, ao ter ciência, na oportunidade em que colhia o depoimento do ora paciente, que foram bloqueadas as contas bancárias de seu escritório, e de imediato liberei-as, conforme documento que segue por cópia (anexo 5).

(...)" – grifei.

9. Solicitadas novas informações sobre o andamento do feito, a eminente Ministra assim se manifestou, *in verbis*:

"(...) informo que a Polícia Federal requereu autorização para devolver aos seus proprietários todo o material apreendido na Operação Navalha que, a seu critério, não continha informações substanciais para utilização como meio de prova (cópia anexa), pedido deferido, por esta relatora (cópia anexa).

Registro que apenas 02 (dois) itens apreendidos na residência do indiciado (itens 03 e 04: um CD-R e um disquete, respectivamente) estão neste Tribunal, compondo os autos do inquérito, e não fazem eles parte da relação do material já considerado dispensável pela autoridade policial." (fls. 383)

10. Ante todo exposto e na ausência de constrangimento ilegal a ser sanado, opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

(Parecer do Ministério Público Federal – fls. 412-414.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Primeiramente, cumpre sintetizar as alegações da impetrante. A Ordem dos Advogados do Brasil sustenta:

a) nulidade do decreto de busca e apreensão proferido pela autoridade apontada como coatora, a Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora do Inquérito 544/BA, por alegada falta de fundamentação e excessiva generalidade;

b) nulidade do mandado de busca e apreensão, em razão da ausência de expressa referência ao fato de tratar-se de diligência a ser efetuada em escritório de advocacia do paciente; e

c) nulidade advinda da apreensão de documentos e de arquivos de clientes do paciente e da sociedade de advocacia que integra, sem qualquer pertinência ao objeto das investigações e sem que houvesse ordem expressa da autoridade coatora para tanto.

Primeiramente, observo que a decisão de busca e apreensão – que, em conjunto, também decretou a prisão do paciente – é confusa e tem fundamentação deficiente. Tanto é assim que essa mesma decisão já foi objeto de desconstituição em parte, por esta Corte Suprema, com a soltura de eventuais investigados presos preventivamente, inclusive do paciente deste *writ*.

Conquanto, naquilo que importa discutir nos presentes autos – fundamentação de decreto de busca e apreensão –, verifico que, embora vaga, ela seria suficiente para a manutenção do ato, não fossem outros vícios a atingirem. A decisão justifica a medida de busca e apreensão "residencial" na necessidade de coleta de provas e na existência de indícios trazidos aos autos pela autoridade policial, dando conta da presença de elementos a justificar a medida. Os argumentos trazidos pela autoridade policial foram *ipsis verbis* mantidos pelo Ministério Público Federal e pela Ministra Relatora.

Não é caso de se dar pela inexistência de fundamento da decisão de busca e apreensão, até porque, como já decidiu esta Corte, fundamentação deficiente não é ausência de fundamentação.

Todavia, verifico que a decisão de busca e apreensão é, de fato, assaz genérica, por não explicitar quais documentos e papéis se desejava buscar e juntar aos autos principais. Limitou-se a permitir o recolhimento de tudo o que viesse a ser reconhecido como de interesse para a conclusão das investigações. Isso seria possível se não fosse o caso de seu cumprimento não em residência, mas em escritório de advocacia.

Ao permitir a recolha de tudo o que viesse a ser de interesse para a investigação, a Ministra Relatora delegou ao policial federal executante da ordem o juízo de valor para aferir, caso a caso, se este ou aquele documento era, ou não, de importância para o objeto da investigação. Considerando que se tratava de processo que corria em sigilo, era no todo difícil, senão impossível, ao delegado

de Polícia executante e aos seus agentes saber se este ou aquele documento, CD ou HD era importante para a melhor compreensão dos fatos.

Aplicável a observação do Ministro Marco Aurélio no MS 23.454, *DJ* de 23-4-2004, acerca deste tema: "Os limites objetivos e subjetivos da busca e apreensão hão de estar no ato que a determine, discrepando, a mais não poder, da ordem jurídica em vigor delegar a extensão à autoridade policial."

Contudo, impende observar que é no todo impossível prever a amplitude da prova material que porventura será encontrada durante uma diligência. Não é razoável exigir do magistrado que especifique na decisão tudo o que poderá ser de interesse para o feito e que deve ser objeto de apreensão. Alguma generalidade será sempre necessária, sob pena de frustrar-se toda e qualquer medida desta natureza.

No caso concreto e, em que pese ao fato de que a decisão tenha fundamentado o deferimento do pedido de maneira geral, a especificidade mínima poderia ser observada. Esta é a redação da decisão, naquilo que importa: "(...) podendo proceder à arrecadação dos elementos de prova, ainda que se trate de material em meio óptico, agendas, celulares, HDs, disquetes, CDs, DVDs, etc., bem como dos bens ou materiais que se apresentem como produtos de crime".

É claro que a busca e apreensão que não especifica o objeto a ser encontrado restringe os direitos fundamentais de algum modo, mas não anula as garantias constitucionais envolvidas – princípio que garante a proteção da intimidade (art. 5º, X, da CF), da inviolabilidade do sigilo da comunicação de dados (art. 5º, XII, da CF) e da inviolabilidade domiciliar do paciente (arts. 5º, XI, e 93, IX, da CF). Parece-me claro que as restrições a este direito são justificáveis no caso da realização da busca e apreensão, quando se permite ao Estado restringir direitos fundamentais em razão do dever da segurança, e em virtude de sua função investigativa que se manifesta como consequencia do próprio poder do Estado.

O mesmo não se pode dizer das garantias relativas ao exercício da profissão. A não especificação do que deva ser recolhido em busca e apreensão, quando o advogado não é investigado, mas sim um determinado cliente, ofende a garantia constitucional que permite o livre exercício da profissão de advogado.

Dessa forma, não vejo como reconhecer a nulidade do decreto, haja vista inexistirem nulidades na pouca explicitação dos objetos a serem recolhidos durante a realização do ato, e por estar o decreto mal fundamentado, mas com alguma fundamentação.

Por outro lado, é fácil perceber a nulidade de sua execução, porquanto o endereço ali noticiado não era residencial, mas, sim, profissional, e a busca e apreensão em escritório de advocacia reclama uma especificidade muito maior, que não foi obedecida.

Não seria o caso de ver qualquer nulidade em razão da não especificidade do mandado de busca e apreensão, estivesse ele dirigido a um local específico – residência – e encartado no contexto mesmo da investigação que se realizava.

Não foi o caso, pois o local era espaço de exercício profissional e não houve, no mandado, a especificação necessária.

E nem poderia, pois ministra, Ministério Público e Polícia sequer sabiam que ali não se tratava da residência do paciente, e sim do seu local de trabalho.

Verifico que a busca e apreensão, não obstante constar do mandado judicial que o correspondente endereço seria "residencial", realizou-se em escritório de advocacia e sem as cautelas necessárias.

Analisando a alegada nulidade oriunda desse fato, assim manifestou-se a Relatora do Inquérito 544/BA, Ministra Eliana Calmon:

> b) em referência às medidas constritivas de busca e apreensão de bens, a Polícia Federal apresentou, quando solicitou diligências, endereço que segundo levantamento feito era o endereço residencial do ora paciente, constatando-se, quando da diligência, ser o endereço do escritório, onde foram apreendidos documentos, HDs e CDs, os quais estão à disposição do paciente ao término das análises procedidas pela Polícia Federal, como tem ocorrido com os demais indiciados.
>
> (...)
>
> c) em relação às buscas e apreensões realizadas pela Polícia Federal, teve este juízo conhecimento, pelo paciente, quando foi ouvido neste juízo, de que a busca se realizou no escritório, oportunidade em que o Delegado da Polícia Federal, presente ao ato, disse que a diligência realmente foi realizada em um endereço residencial, mas constatou-se, na oportunidade da operação, que se tratava de um escritório. (Fls. 330/331.)

Percebo que, do pedido formulado pelo Ministério Público, consta que a busca e apreensão deveria ocorrer na *residência* do advogado Ulisses Cesar Martins de Souza, mas vislumbro que o endereço constante da peça (fl. 54) é idêntico ao registrado na OAB/MA como sendo o do respectivo escritório de advocacia.

Sobre tal ponto, há, nos autos, certidão lavrada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Seccional do Maranhão, confirmando o que se constatou, nos seguintes termos:

> Certifico, para fins de direito, que a Sociedade Advocatícia denominada "**Ulisses Sousa Advogados Associados S/C**", é registrada nesta Seccional sob o n. 110, desde 7 de agosto de 2003, conforme consta no Livro B-02, de Registro Integral de Títulos, Documentos e outros papéis, às fls. 182, e que é inscrita no CNPJ n. 05.831.389/0001-30, tendo sede situada **na Rua das Jaçanãs, qd. 12, lote 05, Ponta do Farol, nesta cidade**, estando neste endereço desde a data de inscrição junto a esta Seccional. **Certifico**, ainda, que a referida Sociedade encontra-se em dia com suas obrigações junto a esta Seccional. O referido é verdade. Dada e passada aos 28 (vinte e oito) de maio de 2007. eu, Diretor da Divisão de Cadastro, subscrevo, dato e assino a presente certidão que vai visada pelo Presidente, com a validade de 60 dias. (Doc. 3, fl. 22.)

Observo, também, constar destes autos que, somente ao chegarem ao local de cumprimento da diligência, os integrantes da Polícia Federal perceberam que não se tratava de residência de Ulisses Cesar Martins de Souza, e sim de

escritório de advocacia. Na tentativa de validar a prova, contataram um representante da OAB/MA, que acompanhou a diligência, conforme prescreve o art. 7º, II, do EOAB (Lei 8.906/1994).

Houve erro da autoridade policial que desejava realizar busca e apreensão em residência do investigado e, equivocadamente, indicou endereço onde funcionava seu escritório de advocacia, o qual, por sua vez, era partilhado com outros advogados.

Esse erro foi absorvido pelo Ministério Público Federal, que incluiu tamanho equívoco em petição submetida à Ministra Relatora, a qual o consignou em decisão de busca e apreensão. O certo é que as autoridades policias, ministeriais e judiciárias apenas descobriram que o endereço alvo da busca e apreensão se tratava de escritório de advocacia, e não de residência no momento da execução do ato ora impugnado.

Sobre essa questão é interessante verificar o posicionamento desta Corte quando não se verificam balizas claras para a execução de mandados de busca e apreensão. A indefinição do local de busca tem sido um parâmetro utilizado pelo STF para impugnar decretos dessa natureza. Nesse sentido, Ministro Marco Aurélio, no MS 23.454, Pleno, *DJ* de 23-4-2004:

> (...) tem-se não só a respaldar a concessão da ordem, da segurança, a falta de balizas a serem observadas pela autoridade policial, no que se determinou a busca e apreensão com a cláusula "em qualquer empresa, escritório, depósito ou local do trabalho das pessoas naturais mencionadas, bem como dos sócios do Banco Marka [e vem a extensão da medida] onde a critério da autoridade policial, haja indícios de que possam ser localizados documentos relativos às atividades profissionais, financeiras, contábeis ou comerciais dessas pessoas físicas e jurídicas" – como também a falta de fundamentação do ato. Nada se disse sobre as premissas e objeto da extravagante medida que é a busca e apreensão, dificultando e praticamente inviabilizando com isso o direito de defesa. No particular, permita-me o Ministro Celso de Mello subscrever suas doutas palavras sobre a matéria, em boa hora adotadas pelo fiscal da lei maior – o Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro – e que estão transcritas no relatório deste julgamento.

E no mesmo julgamento, manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence:

> Por outro lado, não bastasse isso, quanto à determinação do objeto da diligência – e aí não há outro documento que esse requerimento do Relator, aprovado em seus próprios termos – é, com todas as vênias, de manifesta inidoneidade processual: quer pela indefinição dos locais da busca, todos eles compreendidos no conceito jurídico de domicílio que o Tribunal considerou apropriado à delimitação das consequentes restrições à prova, na AP 307 (aí por unanimidade de votos), quer pela genérica delegação à autoridade policial, absolutamente insustentável, da seleção da matéria a apreender nesses locais, sequer adstrita ao fato determinado, no qual, como é notório, estaria envolvido pelo menos o primeiro impetrante, controlador do Banco objeto da investigação. Leio para enfatizar mais:
>
> "(...) documentos relativos às atividades profissionais, financeiras, contábeis ou comerciais destas pessoas físicas e jurídicas."
>
> Aí cabe tudo: de balanço de SA a cobrança de cartão de crédito, a recibo de motel, desde que contabilizado (...)

E prossegue-se:

"Em qualquer empresa, escritório, depósito ou local de trabalho das pessoas físicas referidas no item 1 acima, bem como dos sócios do Banco Marka onde, *a critério da autoridade policial*, haja indícios de que possam ser localizados" – indício de que possam ser localizados, não é da relevância dos documentos – "documentos relativos às atividades profissionais, financeiras, contábeis ou comerciais destas pessoas físicas e jurídicas."

No caso em concreto, não se tratava de indefinição de local, mas de confusão e erro de local, pois a representação policial, a petição do Ministério Público, a decisão judicial e o mandado de busca e apreensão faziam referência à residência, quando o local se tratava de escritório de advocacia.

É relevante questionar se escritórios de advocacia podem ser alvo de medidas invasivas, e se estas podem ser decretadas todas as vezes que ali possam ser encontrados elementos de prova utilizáveis em feitos criminais e que estão em poder de quem lá exerça suas funções.

Parece-me que o escritório de advocacia não é território indene a qualquer medida judicial constritiva.

A despeito do fato de que a decisão tenha sido ali cumprida, a sua execução, ao menos em tese, não ofenderia princípios constitucionais, uma vez que a restrição desses princípios é constitucionalmente autorizada. Não seria o caso de reconhecer a mitigação injustificada das garantias constitucionais envolvidas, a saber: o princípio que garante a proteção da intimidade (art. 5º, X, da CF), da inviolabilidade do sigilo da comunicação de dados (art. 5º, XII, da CF) e da inviolabilidade domiciliar do paciente (arts. 5º, XI, e 93, IX, da CF) pelo fato de o local da execução ser escritório de advocacia.

Conquanto, no caso concreto houve um erro injustificável e insuperável, na medida em que nem magistrada, nem delegado de polícia, nem procurador da república sabiam que ali não era a residência do investigado, e sim seu escritório profissional. Indicou-se e determinou-se busca e apreensão em endereço profissional por puro erro material. Desejava-se outro local, onde residiria o Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não o seu endereço de trabalho.

Aquilo que eventualmente a autoridade policial buscava recolher não estava ali disponível à apreensão, e isso se configurou na medida em que a maioria dos documentos apreendidos não guarda qualquer relação com o objeto da investigação. Trata-se de papéis referentes ao exercício da advocacia realizado por pessoa jurídica que no local funcionava e que possuía vários sócios, sendo apenas um deles o sujeito passivo da medida invasiva determinada pelo juízo.

Tanto é assim que, em decisão à fl. 386, o Superior Tribunal de Justiça determinou a devolução de todo o material encontrado, firme na justificativa de sua imprestabilidade para o feito de origem, à exceção de dois itens mencionados no auto de apreensão. Os documentos de números 2 e 3, que permaneceram no Inquérito 544, referem-se ao Edital de Licitação da MA-402 e, ao menos em tese, possuiriam alguma relação com o objeto do feito.

Ao constatar o equívoco, a Polícia Federal deveria ter previamente se reportado à Ministra Relatora, noticiando o fato, para que, dessa forma, pudesse a autoridade judiciária decidir pela manutenção, ou não, da diligência, com especificação daquilo que se deveria buscar, coisa que não foi feita, insistindo-se na prática de ato em local distinto daquele que se desejava.

A Constituição da República tratou do sigilo profissional de forma principiológica, expressa no inciso XIV de seu art. 5º, nos seguintes termos:

> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Grosso modo, e nos termos do art. 240 do Código de Processo Penal, a diligência de busca e apreensão é possível para colher qualquer elemento de convicção de interesse para as investigações em curso, esclarecendo o § 2º do art. 243 do mesmo Código:

> Art. 243. (...)
> (...)
> § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quanto constituir elemento do corpo de delito.

Embora não se trate de busca e apreensão empreendida no escritório do defensor do investigado, pois a diligência teria por objeto reunir elementos de convicção sobre eventual cometimento de crime pelo próprio advogado titular do escritório, há de se estabelecer uma ressalva à busca realizada em tais locais. Não é possível determinar busca e apreensão em escritório de advocacia de modo amplo, mesmo sendo o advogado investigado.

É de se considerar que a proteção conferida pela Constituição da República ao sigilo profissional visa a conferir amplitude à defesa do indiciado ou acusado, não devendo, porém, ser aclamada com o fito de acobertar eventuais delitos praticados pelo impetrante. Havendo indícios contundentes de que o material objeto da busca se relaciona com o crime objeto da investigação, o princípio do sigilo deve ceder para que o Estado possa buscar os elementos que lhe permitam exercer de forma eficaz o seu *jus puniendi*.

Não pode o poder público prescindir dos meios necessários para o esclarecimento dos fatos que evidenciam ofensa a bens jurídicos protegidos, ainda que estes se encontrem em escritório de advocacia, mas não é razoável mitigar o exercício da profissão de defensor de direitos e garantias à conta de um Estado Policial.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes alerta que, *entre* "o sigilo profissional e o interesse na apuração dos crimes prepondera pela lei vigente o sigilo profissional. Mas sempre? Não. Esse sigilo cede quando o juiz autoriza por mandado a busca e apreensão de documentos relacionados com um determinado crime, assim como com uma determinada pessoa. Tudo pertinente a esse fato e a pessoa investigados pode ser apreendido. Fora isso, em escritório de advogado, nada mais pode ser objeto da apreensão. Vale o sigilo".

Vê-se que escritório de advocacia pode ser alvo de busca e apreensão. Todavia, para que as provas sejam consideradas válidas, ou lícitas, é necessária a observância dos limites impostos pela autoridade judicial. Não é jurídica nem se justifica em um Estado Democrático de Direito uma devassa indiscriminada para recolher objetos que nenhum interesse possuam para a causa.

No caso em apreço, a busca e apreensão cumprida no escritório de advocacia de Ulisses Cesar Martins de Souza, apesar de constar do pedido, da decisão e do mandado o endereço como sendo o da respectiva residência, deu-se sem o conhecimento prévio da Ministra Relatora do Inquérito 544/BA, uma vez que se desejava, conforme consignado no mandado, realizar busca e apreensão de residência.

Lembro mais uma vez que, dos documentos apreendidos, apenas dois permanecem no corpo dos autos do Inquérito 544. Os demais itens, com diversos documentos, referentes às empresas de construção Camargo Correia e Norberto Odebrecht, nenhuma relação possuem com o feito, tendo sido devolvidos pela Autoridade Judiciária ao escritório profissional. A diligência se deu sem delimitação mínima de objeto, o que acarretou a nulidade das "provas" apreendidas.

Dessa forma, reconheço a nulidade procedimental, pelo fato de os integrantes da Polícia Federal terem procedido à diligência sem a anterior e indispensável comunicação do equívoco, quanto à natureza do local de cumprimento, à Ministra Relatora, o que não propiciou a Sua Excelência a oportunidade de adequar o objeto do mandado judicial de busca e apreensão.

Assim, considerando a relevância que o assunto possui em relação aos limites investigatórios permitidos em nossa ordem constitucional, defiro a ordem de *habeas corpus*, para declarar a nulidade das "provas" apreendidas no escritório de advocacia do paciente Ulisses Cesar Martins de Souza, devendo estas ser desentranhadas dos autos do Inquérito 544 e a ele devolvidas, sem que se possa usar qualquer de suas informações na investigação, em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu também acompanho o Relator, fazendo minhas essas achegas do Ministro Celso de Mello. Que não se vá, a pretexto de busca e apreensão, fazer pesquisa ou devassa no sentido mais grosseiro da palavra "devassa".

EXTRATO DA ATA

HC 91.610/BA — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Ulisses Cesar Martins de Sousa. Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil (Advogados: Alberto Zacharias Toron e outros). Coatora: Relatora do Inq 544 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após as sustentações orais, o Ministro Relator indicou adiamento. Falou, pelo paciente, a Dra. Carla Hyubbi e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Wagner Gonçalves. Segunda Turma, 1º-4-2008.

Decisão: O Relator indicou adiamento. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma, 11-5-2010.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. 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 91.716 — PR

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Paciente: Adão Andrade Porto — Impetrante: Fábio Bittencourt da Rosa — Coator: Relator do Recurso Especial 910.158 do Superior Tribunal de Justiça

Penal e processo penal. Recurso especial. Decisão monocrática, proferida por ministro do STJ, que julga parcialmente procedente o recurso. Alegação de ofensa ao princípio da colegialidade. Liberalidade prevista no art. 557, § 1º-A, do CPC. Ausência de nulidade a ser reparada por *habeas corpus*. Crime de estelionato previdenciário. Prescrição. Marco inicial. Alteração de jurisprudência do STF. Precedentes. Ordem concedida de ofício.

Decisão singular em recurso especial que, examinando o mérito da causa, deu parcial provimento para diminuir a pena imposta ao réu, excluindo o aumento de pena decorrente das certidões consideradas para fins de maus antecedentes.

Insurgência do impetrante quanto à parte da decisão que negou provimento ao recurso com base no art. 557, § 1º-A, do CPC, e em conformidade com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça.

Ausência de ofensa ao princípio da colegialidade. Faculdade outorgada pela norma que possibilita ao relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Tribunal Superior. Ausência de ilegalidade a ser reparada por *habeas corpus*.

Crime de estelionato previdenciário. Mudança de orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que passou a considerar o marco inicial da prescrição a data em que ocorreu o pagamento indevido da primeira parcela. Precedentes.

***Habeas corpus* concedido, de ofício, para o fim de reconhecer, no caso concreto, a aplicação do novo entendimento jurisprudencial em matéria de prescrição.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder, parcialmente, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de agosto de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra decisão monocrática proferida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, que julgou monocraticamente o mérito do Resp 910.158, dando-lhe parcial provimento.

No presente *habeas*, o impetrante alega ser "polêmica" a matéria objeto da decisão monocrática impugnada no presente *writ*, no que tange ao **momento da consumação do crime de estelionato praticado contra a administração pública**, quando o autor não é aquele que irá perceber os benefícios, havendo dúvida se o crime é instantâneo ou permanente. Assim, o Relator do *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça **não poderia ter julgado monocraticamente o *writ*, por não ser hipótese de aplicação do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil**.

Cita decisão do Plenário desta Corte, no HC 86.467/RS (Rel. Min. Marco Aurélio), que, à unanimidade, entendeu ser **instantâneo** o crime consubstanciado na **concessão de aposentadoria**. Considera tal precedente aplicável ao caso em análise.

Postula que seja **revogada, liminarmente, a decisão monocrática proferida pelo Relator do Resp 910.158/PR**, e, no mérito, que **o feito seja submetido ao órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça**.

Deferi o pedido de liminar tão somente para **suspender eventual execução da pena imposta ao paciente** (fls. 48-51). Considerei o fato de que a autoridade apontada como coatora **não se referiu, no corpo da decisão, a qualquer precedente** do Superior Tribunal de Justiça **que conferisse legitimidade à sua atuação monocrática**, **no que diz respeito à matéria da prescrição**, o que feriria, numa análise prelibatória, o **princípio da colegialidade**.

Sobrevieram as informações do Superior Tribunal de Justiça (fls. 69-89) e da Vara Federal de Bagé/RS (fls. 211-213).

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem, com a consequente cassação da medida liminar concedida (fls. 91-96).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O impetrante pede a **anulação da decisão impugnada**, sob fundamento de que a autoridade apontada como coatora não possuía competência para denegar monocraticamente a ordem.

Assim, a controvérsia jurídica a ser enfrentada no presente *writ* consiste em saber se a decisão do Ministro Relator do Resp 910.158 ofendeu, ou não, o **princípio da colegialidade**.

Embora não tenha indicado na decisão os precedentes do Superior Tribunal de Justiça na matéria relativa à prescrição, a autoridade apontada como coatora

salientou, **nas informações prestadas no presente *writ***, que a jurisprudência daquela Corte de Justiça "é firme no sentido que, em hipóteses tais como a do processo da condenação – **fraude para obtenção, de forma sucessiva, de indevido benefício previdenciário –**, tem como **termo prescricional inicial, analogamente aos delitos permanentes, pelos efeitos continuados da conduta do agente, a data da efetiva cessação do recebimento das prestações** (art. 111, III, do Código Penal), sendo, pois, **desinfluente, limitar-se a conduta do réu à falsificação dos respectivos documentos**, exatamente, repita-se, por **reproduzir-se, como seus efeitos, a percepção continuada, de prestação continuada, de prestações previdenciárias indevidas** (cf., entre vários, os Recursos Especiais nºs 492.706/RS e 751.520/PB, de minha relatoria)" (fl. 70).

Dessa forma, ficando esclarecido que a decisão monocrática proferida no Resp 910.158 foi fundamentada na orientação jurisprudencial dominante na Corte Superior, verifico que o Relator do aludido apelo especial agiu em estrita conformidade com o permissivo previsto no art. 557, § 1º-A do CPC e, por conseguinte, não houve a alegada violação ao princípio da colegialidade.

No entanto, apesar de a decisão impugnada ser válida e estar em harmonia com a jurisprudência do STJ, verifico que a mesma contraria a orientação jurisprudencial prevalecente nesta Corte, fato este que possibilita a concessão da ordem de ofício na forma prevista no art. 193, II, do RISTF.

Conforme relatei, o Ministro Hamilton Carvalhido julgou **monocraticamente** o Resp 910.158, interposto pela defesa do ora paciente, dando-lhe parcial provimento por entender que "o estelionato praticado contra a administração pública é crime **permanente**, **começando a correr a prescrição somente na data em que cessar a concessão irregular do benefício**".

A decisão afastou, assim, a ocorrência da prescrição pretendida pela defesa, que sustentava ser o delito praticado pelo paciente crime instantâneo.

Com efeito, este Tribunal, ao julgar o HC 86.467, Rel. Min. Marco Aurélio (*DJ* de 22-6-2007), alterou a jurisprudência até então consolidada em matéria de prescrição do crime de estelionato previdenciário, passando a entender que a conduta deve ser classificada como **crime instantâneo de efeitos permanentes**. A decisão foi assim ementada:

> *Prescrição – Aposentadoria – Fraude perpetrada – Crime instantâneo de resultados permanentes versus crime permanente – Dados falsos*. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmudando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos – art. 111, III, do Código Penal. Precedentes: HC 75.053-2/SP, HC 79.744-0/SP e HC 84.998-9/RS e RHC 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma – os dois primeiros – e a Primeira Turma – os dois últimos –, cujos acórdãos foram publicados no *Diário da Justiça* de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002, 16 de setembro de 2005 e 28 de novembro de 2003, respectivamente.

O precedente estabelece como **marco inicial da contagem do prazo prescricional a data em que ocorreu o pagamento indevido da primeira parcela**, ocasião em que o dano ter-se-ia aperfeiçoado.

Destaco que o entendimento **não é válido para o beneficiário da fraude perpetrada**, mas tão somente para aquela pessoa que **falsificou** os dados que possibilitaram ao beneficiário receber as prestações indevidas (dentre outros, HC 99.112/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* 120, de 30-6-2010).

Considerando-se que não foi juntada aos autos cópia da denúncia, colho do voto proferido no acórdão da Apelação Criminal 1999.71.09.000569-7/TRF da 4ª Região a descrição dos fatos pelos quais o paciente foi denunciado (fl. 11):

> O que deve ficar ressaltado é que restou definitivamente comprovada tanto neste como em outros processos análogos, que **o *modus operandi* do denunciado é sempre o mesmo: na qualidade de despachante e mediante pagamento**, **encaminhava ao INSS requerimentos de aposentadorias rurais, instruídos com notas fiscais de produtor ideologicamente falsificadas, mantendo, assim, a autarquia previdenciária em erro até a cessação dos benefícios por meio de procedimento administrativo**.

A conduta do paciente, assim, pode ser analisada à semelhança da atuação do servidor da autarquia previdenciária que falsifica os dados utilizados para a concessão do benefício. **Na linha do precedente citado, a conduta delituosa do paciente consumou-se com o pagamento indevido da primeira parcela do benefício previdenciário**. A partir de então, consoante a linha jurisprudencial desta Corte, teria início a fluência do prazo prescricional.

Tendo em vista que os autos não estão instruídos com cópia dos atos que demonstrem de forma inequívoca os marcos interruptivos da prescrição, não é possível reconhecer a sua consumação desde já. Frise-se que o voto proferido na Apelação Criminal 1999.71.09.000569-7/TRF da 4ª Região registra que a concessão do benefício deu-se em **novembro de 1993** (fl. 15), sem informar, contudo, se essa foi a data em que ocorreu o primeiro pagamento do benefício fraudulento.

Nada obstante, diante da dúvida existente quanto à data em que ocorreu o pagamento indevido do primeiro benefício previdenciário, **concedo parcialmente a ordem tão somente para reconhecer a aplicação, ao caso concreto, do novo entendimento jurisprudencial desta Corte, com base nos precedentes citados, ou seja, a fraude perpetrada por terceiro no estelionato consubstancia crime instantâneo de efeito permanente**.

Revogo a liminar anteriormente concedida, salientando que **caberá ao Juízo da Vara Federal de Bagé/RS, onde tramita a ação penal de origem, analisar a ocorrência de prescrição no caso concreto** considerando, para tanto, como marco inicial, a data do pagamento indevido do primeiro benefício previdenciário.

Por fim, ressalto que, **caso não se configure a extinção da punibilidade, na forma prevista pelo art. 107, IV, do Código Penal, a execução da pena deverá ter início imediato**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 91.716/PR — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Adão Andrade Porto. Impetrante: Fábio Bittencourt da Rosa. Coator: Relator do Recurso Especial 910.158 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Concedida parcialmente a ordem, nos termos do voto do Relator, revogada a liminar anteriormente concedida. Decisão unânime. Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Wagner Gonçalves. Ausente, licenciado, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, licenciado, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 31 de agosto de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 95.254 — PR

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Mauro Roberto Onofre Coelho — Impetrante: Mauro Viotto — Coatora: Relatora do HC 106.621 do Superior Tribunal de Justiça

Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Decisão lastreada na conveniência da instrução criminal e no risco de frustrar-se a aplicação da lei penal. Pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Demonstração. Impedimento de magistrado por fato conhecido posteriormente. Alegação de nulidade do decreto prisional. Inocorrência. Ordem denegada.

I – Constata-se, na espécie, a presença dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

II – A declaração de impedimento de magistrado por fatos conhecidos posteriormente ao decreto de prisão preventiva não tem o condão de invalidá-lo, sobretudo quando a decisão está revestida de legalidade e fundada em critérios objetivos.

III – Ordem denegada.

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 decisão unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de março de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Mauro Viotto em favor de *Mauro Roberto Onofre Coelho*, contra decisão da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora do HC 103.321/PR do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a medida cautelar lá pleiteada.

O impetrante narra, em suma, que o paciente teve sua prisão preventiva decretada nos autos da Ação Penal 2007.005091-7, em trâmite na 2ª Vara Criminal da Comarca de Londrina/PR.

Sustenta a manifesta parcialidade da magistrada que decretou a prisão preventiva, uma vez que ela declarou-se impedida, por razões de foro íntimo, após a prática do ato processual.

Prossegue alegando que inexiste fundamento hábil à manutenção da constrição da liberdade do paciente, pois ausentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Diz, ainda, que o decreto prisional baseou-se, abstratamente, na garantia da instrução criminal. Diz, mais, que dos denunciados na ação penal (nove ao todo), o paciente é o único com decreto prisional ainda vigente.

Afirma, por derradeiro, que o paciente "tem total interesse em comparecer pessoalmente perante o r. Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Londrina, sendo certo que, tal fato já foi, inclusive, informado no processo".

Nesses termos, requer o deferimento de medida liminar para a expedição de salvo-conduto ao paciente e, no mérito, o reconhecimento da inexistência ou da nulidade absoluta do decreto da prisão preventiva, com a concessão definitiva da ordem.

Em 1-8-2008, indeferi a medida liminar e determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 115-122).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 124-132).

Às fls. 135-145 e 163-172, o impetrante requereu a reconsideração do *decisum*, além de informar a superveniência do julgamento de mérito do HC 106.621/PR, no Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem. Ante a essa nova decisão, ratificou as razões deste *mandamus*, em sua integralidade, insistindo na concessão da ordem.

Em 27-11-2009, determinei fossem solicitadas informações ao juízo de origem, antes de decidir sobre o pedido de reconsideração (fls. 191-192), as quais foram prestadas às fls. 201-203.

Em 26-2-2010, indeferi o pedido de reconsideração em virtude de não constatar situação nova apta a modificar as razões do indeferimento da medida liminar (fls. 245-246).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Preliminarmente, destaco que, apesar de voltar-se esta impetração, inicialmente, contra o indeferimento de liminar no Superior Tribunal de Justiça, o que impediria, em tese, a sua análise, a teor do que dispõe a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, noto que aquela Corte Superior já apreciou o mérito do *writ*, conforme consta às fls. 146-160 destes autos.

Com a posterior ratificação da inicial deste *mandamus*, agora atacando o acórdão proferido pela Sexta Turma do STJ, ficou superado o referido óbice.

Prossigo, então.

Eis a ementa do acórdão proferido pelo Colegiado na Corte *a quo*:

> *Processo penal. Habeas corpus. Quadrilha ou bando, corrupção ativa, supressão de documento, falsidade ideológica e falso testemunho. Prisão preventiva. (1) Decretação. Juiz. Vizinho do paciente. Circunstância conhecida após a decisão. Nulidade dos atos pretéritos. Ausência. (2) Cautelaridade. Conveniência da instrução penal. Dados concretos. Influência em testemunha.*
>
> 1. Não se reconhece nulidade em decreto de prisão preventiva, quando o magistrado se dá por suspeito, após o édito prisional.
>
> 2. A prisão preventiva baseada em dados concretos, na hipótese, conveniência da instrução criminal, cifrada em influência de testemunha, não merece ser revogada.
>
> 3. Ordem denegada.
>
> (Fl. 147.)

Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem, conforme passarei a demonstrar.

Com efeito, o paciente, juntamente com oito pessoas, foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Paraná, imputando-lhe a exordial acusatória a prática dos crimes de quadrilha ou bando, falsidade ideológica, supressão de documentos, corrupção ativa e falso testemunho.

Por oportuno, transcrevo trecho do voto proferido pela Ministra Maria Theresa de Assis Moura, que bem esclarece os fatos:

> Relata a denúncia que o paciente, junto com outros (sic) corréus, teriam se associado em quadrilha, sob a forma de organização criminosa, com caráter de estabilidade e permanência, para o fim de cometerem crimes diversos, especialmente a corrupção de agentes públicos, tendo como propósito principal assegurar a livre manutenção de estruturas de exploração de jogos de azar, dentre eles as máquinas de caça-níqueis e o "jogo do bicho". De acordo com a acusação, o paciente, José Ricardo Pinto e Richard Silveira Leitão seriam sócios da empresa Unig Diversões Eletrônicas Ltda., cujo objeto é a exploração de caça-níqueis, em atividade em inúmeros pontos da cidade de Londrina, com elevada quantidade de máquinas. A fim de atender ao fim da organização criminosa, o paciente e outros (sic) corréus teriam, aproveitando-se da proximidade com policiais militares, oferecido ou prometido a estes vantagem indevida para que se omitissem no ato de ofício de coibir a prática de jogos de azar, bem como para determiná-los a informar quanto a ações que pudessem ser desenvolvidas pela Polícia contra a exploração desses jogos.
>
> Levada a cabo operação a fim de coibir a exploração do "jogo do bicho" naquela cidade, foi apreendido material destinado à exploração daquela atividade e elevada quantidade em dinheiro, (...)
>
> (...) os denunciados souberam da investigação que estava sendo levada a cabo, providenciando, então, a supressão de todas as provas que pudessem incriminar o paciente, inclusive criando documentos novos e aliciando testemunhas ou declarações que suportassem uma falsa versão dos fatos criminosos, de maneira que os dissimulasse sob a forma de um negócio jurídico lícito, (...)
>
> Para tanto, induziram (...) (sic) a mentir quando fosse chamada a prestar depoimento sobre a situação, inventando uma falsa versão sobre os fatos, (...).

Atendendo à orientação, a policial Adiléia Barbosa dos Santos teria prestado depoimento falso no inquérito policial, ao depois retratado.
(Fls. 152-153.)

Conforme relatado, busca-se neste *writ* a concessão de salvo-conduto ao paciente, ao argumento de que o decreto de prisão preventiva mostra-se insustentável por não se encontrar fundada nos requisitos da constrição cautelar, expressos no art. 312 do CPP.

Contrariamente ao alegado, porém, é possível concluir que o decreto prisional está lastreado em argumentação idônea que demonstra a presença dos requisitos necessários para mantença da prisão preventiva, conforme se verifica dos seguintes trechos dele extraídos:

(...)
Os ora representados são suspeitos, em tese, da prática do crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do Código Penal.
Os pressupostos de materialidade e de indícios suficientes de sua autoria recaem sobre os representados, estando presente o *fumus boni iuris*.
O *periculum in mora*, por sua vez, reside no fundamento da conveniência da instrução criminal.
Segundo o Ministério Público, os representados se reuniram para aliciar testemunhas, criar testemunhas falsas, suprimir documentos que representam prova material da infração e criar documento novo. Tudo com o fim de esconder os verdadeiros corruptores, impedir as ações investigatórias do inquérito em curso, ocultar o verdadeiro proprietário da Unig e evitar que o deplorável exemplo de corrupção policial viesse à tona. Conforme prova constante dos autos.
(...)
Por outro lado, com fulcro nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, decreto a Prisão Preventiva dos representados Mauro Roberto Onofre Coelho e Richard Silveria Leitão, já qualificados.
(Fls. 222-223 – Grifos meus.)

Além disso, a necessidade da segregação do paciente foi reforçada pelo magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Londrina/PR no indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva, que apresentou os seguintes fundamentos:

O pedido de revogação da prisão preventiva há de ser rejeitado. Ao contrário do que alega a douta defesa, o risco de que o réu Mauro Onofre se furte à aplicação da lei penal é concreto. Veja-se que quando da prisão preventiva, decretada em 13.8.2007, o acusado e ora requerente tinha ciência das investigações deflagradas, bem como que elas envolviam a sua pessoa. Colhe-se do depoimento do ten. Diogo a seguinte passagem reproduzida pelo Ministério Público às fls. 150:

"Que após ser ouvido neste Grupo Especial no dia 08/08/2007, o declarante contatou a pessoa de Mauro Onofre Coelho (Mauro Scaff) via fone, tendo o mesmo orientado o declarante a manter a farsa arquitetada para desvinculá-lo do contrato de locação do imóvel ocupado pelo declarante."

Daí decorrem duas conclusões. Primeira, que a suposta viagem do requerente para o exterior, mesmo ciente das suspeitas que pesavam sobre si, revela

> **inequívoco intento de subtrair-se à aplicação da lei penal. Tanto isso é exato que até hoje não se sabe o exato paradeiro do acusado. A segunda conclusão é a de que o requerente está, sim, interferindo na colheita das provas, na medida em que procurou o ten. Diogo instando-o a prestar declarações que o isentassem de responsabilidade no caso**.
>
> Assim, persistem os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, que mantenho.
>
> (Fl. 731 – Apenso 4.)

Desse modo, o decreto prisional, a meu ver, está devidamente apoiado nos requisitos autorizadores do art. 312 do CPP, especialmente na conveniência da instrução criminal e no risco de furtar-se o paciente à aplicação da lei penal, sobretudo por estar criando uma série de empecilhos ao regular desenvolvimento da instrução processual, aliciando testemunhas, engendrando depoimentos falsos e suprimindo documentos, conforme assentado na decisão que decretou a prisão preventiva.

Nesse sentido, manifestou-se o Ministério Público Federal, *verbis*:

> No tocante à necessidade da prisão do paciente, esta é facilmente extraída da decisão acima transcrita, uma vez que descreve condutas – aliciamento de testemunhas, criação de testemunhas falsas e supressão de documentos – que não só permitem, como impõe uma custódia cautelar.
>
> (Fl. 131.)

Ressalto, ainda, que o paciente permanece foragido por mais de dois anos da decretação de sua prisão preventiva, mesmo tendo conhecimento do processo e do decreto de prisão. Parece-me, assim, demonstrada, de forma inequívoca, sua disposição de furtar-se à aplicação da lei penal.

Essa é, aliás, a razão que justifica a manutenção do decreto prisional que contra ele foi expedido, contrariamente ao que ocorreu com os demais réus, que já se livraram soltos.

Valho-me, aqui, mais uma vez, do parecer da Procuradoria-Geral da República, que bem equacionou a questão:

> (...) o paciente, cônscio das investigações que recaíam sobre ele, dirigiu-se para o Estado do Rio Grande do Sul, dali para o Uruguai e, por fim ao Panamá, ausentando-se do país desde 10.8.2007.
>
> Esta realidade conduz, inequivocamente, à conclusão de que a custódia cautelar do paciente foi devidamente decretada, devendo ser mantida, porquanto ainda subsistente a situação que a ensejou.
>
> Embora insista a defesa em dizer que o paciente está no Panamá, a trabalho, sua ausência do país, desde o dia 10 de agosto de 2007, caracteriza fuga, motivo suficiente para a manutenção do decreto prisional.
>
> (Fl. 131.)

Aplica-se ao caso, pois, a remansosa jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que a fuga do réu do distrito da culpa justifica a custódia cautelar.

Nesse sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: HC 90.967/PR, de minha relatoria; HC 90.386/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 88.662/SP, Rel. Min. Eros Grau; HC 85.335/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 85.764/RO, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 84.202/SP, Rel. Min. Carlos Britto.

Da mesma forma entende Guilherme de Souza Nucci, que considera ser a fuga do agente logo após o fato, motivo para a decretação da prisão preventiva:

> Havendo fundamentos razoáveis de que o indiciado ou réu praticou fato grave e evadiu-se, torna-se viável a custódia cautelar, por estar nitidamente preenchido o requisito do "asseguramento da aplicação da lei penal".[1]

Ademais, a jurisprudência dessa Corte é firme no sentido de que é legítima a prisão preventiva quando o paciente em liberdade possa obstruir o regular andamento da instrução criminal, em especial quando restar clara a sua intenção de frustrar a aplicação da lei penal, em virtude de fuga.

Nessa linha, transcrevo as ementas dos seguintes julgados:

> *Habeas corpus. Prisão preventiva. Crime doloso contra a vida. Tentativa de homicídio qualificado. Garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal. Relatos da vítima sobre ameaças sofridas. Paciente que permaneceu foragido por quatro anos. Prisão preventiva devidamente motivada. Ordem denegada.*
>
> (...)
>
> 2. Na concreta situação dos autos, a necessidade da prisão preventiva para a garantia da instrução criminal encontra suporte na contextura dos fatos. É que o magistrado bem demonstrou o concreto risco de a liberdade do acusado obstruir o regular andamento da instrução criminal, dadas as ameaças sofridas pela vítima. 3. O paciente permaneceu foragido pelo prazo de quatro anos, demonstrando o claro intento de frustrar a aplicação da lei penal. O que, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, materializa a hipótese descrita no art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Ordem denegada.
>
> (HC 100.480/SP, Rel. Min. Carlos Britto.)

> *Direito processual penal. Habeas corpus. Homicídio. Prisão preventiva. Fuga do distrito da culpa. Aplicação da lei penal. Decisão fundamentada. (...) Denegação da ordem.* 1. Em 15-9-2000, o Juiz de Direito da Comarca de Pedra Branca/CE decretou a segregação cautelar do paciente para assegurar a aplicação da lei penal, destacando a fuga do paciente do distrito da culpa logo após a descoberta do crime. O mandado de prisão só pôde ser cumprido em 11-9-2007, na cidade de São Paulo/SP. 2. O Supremo Tribunal Federal tem orientação pacífica no sentido de que "a fuga do réu do distrito da culpa justifica o decreto ou a manutenção da prisão preventiva".
>
> (HC 99.936/CE, Rel. Min. Ellen Gracie.)

Quanto ao segundo argumento da impetração, referente à nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva em razão de ter a magistrada que a proferiu

---

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 625.

reconhecido seu impedimento para atuar no feito, entendo que também não assiste razão aos impetrantes.

É que a juíza que decretou a custódia cautelar declarou-se impedida para atuar no feito em despacho exarado nos autos, cujo teor transcrevo abaixo:

> Vistos e examinados.
>
> Tendo em vista que os denunciados José Ricardo Pinto e Mauro Onofre Coelho residem no mesmo prédio que esta juíza, por questão de foro íntimo, dou-me por impedida para atuar no presente feito.
>
> (Fl. 254 – Apenso 2.)

Ora, o fato de a magistrada ter descoberto, após proferir a decisão, que reside no mesmo edifício do réu, por si, só não constitui impedimento para atuar no feito.

Nada impede, no entanto, que ela, por motivo de foro íntimo, e por iniciativa da própria, ressalte-se, deixe de oficiar no feito, inclusive numa demonstração de louvável zelo.

Como salientou a Ministra Relatora do *writ* ora atacado: "Tal circunstância – tudo está a indicar – lhe era estranha ao tempo em que decretou a prisão preventiva" (fl. 155).

Ademais, os atos cometidos por magistrado competente, investido de plenos poderes jurisdicionais, ainda que se declare, posteriormente, impedido não tem o condão de acarretar a nulidade dos atos por ele praticados, ainda mais, como ocorre no caso, quando estes estão revestidos de legalidade, e foram veiculados com base em critérios objetivos.

Este entendimento já foi adotado por esta Primeira Turma no julgamento do HC 92.494/PR, Rel. Min. Menezes Direito, cuja ementa transcrevo abaixo:

> *Habeas corpus*. Processual penal. Suspeição de Magistrado. Impossibilidade de análise do conjunto probatório. **Ciência posterior dos fatos que levaram à declaração de suspeição. Validade dos atos praticados até então**. Ordem denegada. Precedentes da Corte.
>
> 1. Embora os fatos ensejadores da suspeição tenham ocorrido há mais de quinze anos, a motivação da suspeição se deu posteriormente, com a ciência do parentesco entre o paciente e a promotora de justiça que atuara no processo em que foi parte o Magistrado, **fato revelado somente com a apresentação da exceção, não havendo nenhuma ilegalidade ou nulidade dos atos praticados até então**.
>
> 2. Ordem denegada.
>
> (Grifos meus.)

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes: HC 82.798/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 74.476/PR, Rel. Min. Francisco Rezek.

Aliás, o decreto de prisão preventiva, tido como nulo pelo impetrante, foi convalidado por outro juiz de Direito, quando este indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, reiterando a sua necessidade.

Ante esse quadro, denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 95.254/PR — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Mauro Roberto Onofre Coelho. Impetrante: Mauro Viotto (Advogada: Gabriela Roberta Silva). Coatora: Relatora do HC 106.621 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. 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. Rodrigo Janot.

Brasília, 9 de março de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 97.190 — GO

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Ricardo Neves Santos — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Crime de roubo qualificado (art. 157, § 2º, II, do Código Penal). Inaplicabilidade. Precedentes.**

1. O crime de roubo se caracteriza pela apropriação do patrimônio de outrem mediante violência ou grave ameaça à sua integridade física ou psicológica. No caso concreto, ainda que o valor subtraído tenha sido pequeno, não há como se aplicar o princípio da insignificância, mormente se se considera que o ato foi praticado pelo paciente mediante grave ameaça e com o concurso de dois adolescentes, fato esse que não pode ser taxado como um comportamento de reduzido grau de reprovabilidade.

2. A jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte é firme no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo.

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, 10 de agosto de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Ricardo Neves Santos, buscando "a suspensão dos efeitos da decisão prolatada nos autos do Recurso Especial 823.787/GO, oriundo do Superior Tribunal de Justiça" (fl. 11 – Grifos no original).

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental interposto contra decisão que proveu o Recurso Especial 823.787/GO, Rel. Min. **Jane Silva**, interposto pelo *Parquet* estadual.

Sustenta a impetrante, em síntese, que se aplica ao caso vertente o princípio da insignificância, uma vez que "a quantia de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco

centavos) em dinheiro revela-se insignificante sob qualquer ponto de vista na atual conjuntura da sociedade brasileira, inclusive para a parcela mais pobre da população", e que "a conduta praticada pelo acusado não se encontra revestida de repercussão social relevante, sendo certo que a resposta penal privativa de liberdade consubstancia medida desarrazoada e desnecessária no caso (...)" (fls. 4 a 7).

Requer, liminarmente, "a suspensão dos efeitos da decisão prolatada nos autos do Recurso Especial nº 823.787/GO, oriundo do Superior Tribunal de Justiça...". No mérito, a concessão da ordem para "que seja declarada a atipicidade da conduta do paciente com base no princípio da insignificância, ou tendo em vista a irrelevância penal do fato, absolvendo-o da acusação formulada nos autos da Ação Penal nº 200/02, da Comarca de Goiânia/GO" ou, "em caso de manutenção da condenação e tendo em vista o princípio da eventualidade, pugna pela adequação da pena aplicada aos ditames da proporcionalidade" (fls. 11/12).

A liminar foi indeferida e, por estarem os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, foram dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora (fls. 61 a 63).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 66 a 72).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Conforme relatado, busca a impetrante neste *writ* a suspensão dos efeitos da decisão prolatada nos autos do Recurso Especial 823.787/GO, oriundo do Superior Tribunal de Justiça.

Aduz, para tanto, que se aplica ao caso o princípio da insignificância, uma vez que "a quantia de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos) em dinheiro revela-se insignificante sob qualquer ponto de vista na atual conjuntura da sociedade brasileira, inclusive para a parcela mais pobre da população", e que "a conduta praticada pelo acusado não se encontra revestida de repercussão social relevante, sendo certo que a resposta penal privativa de liberdade consubstancia medida desarrazoada e desnecessária no caso (...)" (fls. 4 a 7).

Narra a impetrante, na inicial, que:

> (...)
> O paciente foi denunciado pela prática do delito de roubo em concurso de agentes porque, segundo a acusação, em companhia de dois adolescentes, teria empregado grave ameaça **para subtrair a quantia de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos) em dinheiro** da vítima Ruy Rocha Filho.
> Com a sua prisão em flagrante em 13/06/2002, **a quantia subtraída foi totalmente recuperada e devolvida à suposta vítima**.
> Apesar de **não registrar maus antecedentes criminais**, o réu permaneceu preso durante toda a instrução processual, só tendo sido libertado por força de alvará expedido em 18/09/2002.

Em 13/09/2002, foi proferida sentença condenatória que, reconhecendo a prática do delito tipificado pelo artigo 157, § 2º, II, do CP, aplicou ao recorrente uma **pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, a ser cumprida em regime semiaberto.

Irresignada, a defesa apelou. O Tribunal de Justiça de Goiás absolveu o recorrente, reformando, à unanimidade, o decreto condenatório, em acórdão que restou assim ementado:

"*Constitucional. Processual penal. Penal. Princípio da insignificância. Tipicidade material. Lesão ou perigo concreto de lesão. Ausência.*

1. Considerando que o crime descrito na denúncia atinge o patrimônio da vítima avaliado em R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos), vislumbro perfeitamente aplicável ao caso concreto, o princípio bagatelar impróprio (ou irrelevância penal do fato), em virtude do princípio da necessidade da pena (art. 59, CP).

2. Ademais, mostra-se desproporcional a ofensa ao bem jurídico protegido e a persecução penal realizada nos autos.

Apelo conhecido e provido."

Com a reforma da condenação, o Ministério Público interpôs Recurso Especial, sustentando divergência jurisprudencial e violação aos artigos 59 e 157, II, do Código Penal Brasileiro e 386, III, do Código de Processo Penal. O apelo restou provido monocraticamente para restabelecer a sentença de 1º grau, sob o fundamento de que, tratando-se o roubo de crime complexo, não incidiria o princípio da insignificância.

A Defensoria Pública da União interpôs Agravo Regimental contra referida decisão, requerendo o reconhecimento da infração bagatelar própria, ou imprópria, para manter o acórdão absolutório proferido pelo TJ/GO.

No entanto, a C. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento à irresignação defensiva.

(Fls. 3/4.)

Transcrevo a ementa daquele julgado:

Penal. Roubo. Crime complexo. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade.

1. Inaplicável, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância – causa supralegal de exclusão de ilicitude –, pois tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

2. Recurso ao qual se nega provimento.

(www.stj.jus.br.)

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste *writ*.

Pelo que se tem na decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra nenhuma ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem. Com efeito, o acórdão proferido por aquela Corte encontra-se suficiente motivado, restando justificada a formação do convencimento.

Ademais, o crime de roubo se caracteriza pela apropriação do patrimônio de outrem mediante violência ou grave ameaça à sua integridade física ou psicológica. No caso concreto, ainda que o valor subtraído tenha sido pequeno, não há

como se aplicar o princípio da insignificância, mormente se se considera que o ato foi praticado pelo paciente mediante grave ameaça e com o concurso de dois adolescentes, fato esse que, na minha concepção, não pode ser taxado como um comportamento de reduzido grau de reprovabilidade (HC 84.412/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 19-11-2004).

Anote-se que jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte é firme no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo (HC 96.671/MG, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 24-4-2009).

Perfilhando esse entendimento destaco o seguinte precedente:

> *Ementa*: 1. Princípio da insignificância e crime de roubo. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de roubo (*v.g.*, AI 557.972, Segunda Turma, 7-3-2003, **Ellen Gracie**, *DJ* de 31-3-2006). 2. Recurso extraordinário: descabimento: controvérsia relativa à incidência do princípio da insignificância, que demanda a prévia análise da legislação ordinária pertinente (C. Penal, art. 157): incidência, *mutatis mutandis*, da Súmula 636.
> (RE 454.394-AgR/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 23-3-2007.)

Aliás, outro não foi o entendimento da Ministra **Jane Silva**, do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 823.787/GO, ao consignar que, "*in casu*, não se pode aplicar o princípio da insignificância visto que o crime em comento é complexo em sentido estrito (roubo), ou seja, o bem juridicamente tutelado não é apenas patrimonial, devendo, também, ser considerada a violência ou a grave ameaça sofrida pela vítima" (fls. 43/44).

Na esteira desse entendimento é o magistério de Guilherme de Souza Nucci, que leciona ser o princípio da insignificância inaplicável "no contexto do roubo. Trata-se de crime complexo, que (sic) protege outros bens além do patrimônio, de forma que a violência ou a grave ameaça não podem ser consideradas de menor relevância, configuradora do delito de bagatela" (*Código Penal Comentado*. 8. ed. RT, p. 722).

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência denega a ordem, colocando ênfase nesse caráter violento que permeou o roubo, a prática do crime de roubo.

Estou dizendo isso porque a primeira impressão é a de que Vossa Excelência provavelmente será acompanhado pela Turma. Vossa Excelência está negando o princípio da insignificância a uma subtração de coisa alheia em valor ínfimo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Mas, Presidente, veja que o réu não tinha a princípio ideia... se a vítima tivesse cem, mil reais na carteira, ele levaria; se ela tivesse um relógio de valor, um objeto de valor, ele levaria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Com a premissa de que não haveria o interesse da sociedade em movimentar o Judiciário para essa persecução. O *habeas* não é ação de mão dupla. Estamos a nos defrontar com caso concreto em que o pano de fundo foi esse roubo, a corrupção de menores e a ameaça à vítima. O Ministério Público preconiza a concessão parcial para que se dê oportunidade ao titular da ação penal de processar o paciente por motivo diverso. Não estamos diante de uma ação possessória, que é de mão dupla. O que se tem de averiguar é se, no caso – e não houve o prejuízo da vítima, parece que se recuperou a quantia –, se configura ou não o crime de bagatela – roubo de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos). Se não dissermos, neste caso, que configura, teremos errado em outros precedentes até aqui formalizados.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, confesso que é uma questão peculiar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência disse que o caso era interessante.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Exato. Estou me fiando na jurisprudência majoritária da Corte no sentido de não aplicar o crime de bagatela ao crime de roubo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Haveria violência, no caso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): E o núcleo do tipo passa a ser a violência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas a violência não foi violência. Ocorreu o segundo fenômeno da cabeça do art. 157: "grave ameaça". Eles se disseram armados e subtraíram o valor que tenho como irrisório. Então, a prática ficou no campo da grave ameaça.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não houve a violência física.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não houve, não se chegou à violência física.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Pois é isso que estou dizendo, não houve violência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Houve apenas a grave ameaça: estou armado, me dê, passe para cá os R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos).

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Houve uma grave ameaça à vítima, e uma ameaça moral, de que ela seria morta se não tivesse outros valores. Mas, no meu entendimento, com a devida vênia do Ministro **Marco Aurélio**, aplicar o crime de bagatela ao crime de roubo é uma questão muito preocupante.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nós temos aplicado em alguns casos, porque o roubo, aqui, está na proteção aos bens e, neste caso, eram R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos). Estaríamos alterando, então, a nossa visão para dizer que determinados tipos penais nunca se sujeitariam ao princípio da insignificância.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas o crime de bagatela pressupõe que não haja ameaça, não haja roubo, enfim, as circunstâncias todas sejam favoráveis ao reconhecimento. Creio que há determinados crimes – o de roubo é um deles.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Estou dizendo, Ministro, que, exatamente neste caso, teria havido um roubo no valor de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos) e estaríamos assentando que a esse tipo penal não se aplicaria o princípio da insignificância. Até agora não o aplicamos em função de tipos, mas o aplicamos em função da circunstância.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas podemos dizer que em função das circunstâncias e não necessariamente do tipo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas, neste caso, eles disseram que estavam armados, mas a violência ou grave ameaça está no próprio tipo, é elementar do tipo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Cito dois precedentes da Corte. Um da Ministra **Ellen Gracie** e outro do Ministro **Sepúlveda Pertence**.

Leio a ementa do RE 454.394-AgR, de Minas Gerais, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**.

> *Ementa*: 1. Princípio da insignificância e crime de roubo. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de roubo (*v.g.*, AI 557.972, Segunda Turma, 7-3-2003, Ellen Gracie, *DJ* de 31-3-2006). 2. Recurso extraordinário: descabimento: controvérsia relativa à incidência do princípio da insignificância, que demanda a prévia análise da legislação ordinária pertinente (C. Penal, art. 157): incidência, *mutatis mutandis*, da Súmula 636.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Parece que não há precedente de aplicabilidade do princípio da insignificância ou de crime de bagatela no pressuposto do roubo. Esse daí qual foi?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Da Ministra Ellen Gracie.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Este é da Primeira Turma, à época do Ministro Sepúlveda Pertence, de 2 de março de 2007, RE 454.394-AgR.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Qual foi a figura delituosa?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Roubo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Foi roubo?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Estou procurando aqui e não estou encontrando roubo. Qual é o precedente? Pode citá-lo, por favor.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Não se aplica ao delito de roubo. Isso está na ementa.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Não se aplica ao delito de roubo. É isso.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): E também há um precedente da Segunda Turma, de 31 de março de 2009, no HC 96.671, de Minas Gerais, Rel. Min. Ellen Gracie:

> *Ementa: Habeas corpus. Crime de roubo. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Lesão ao patrimônio e à integridade física da vítima. Precedentes. Ordem denegada.*

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): É isso que estou confirmando aqui na minha pesquisa. Sempre foi essa a jurisprudência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: No sentido de que esse tipo não suporta, não é compatível com o princípio da insignificância. Estou dizendo que estamos, então, nos conduzindo no sentido de que a insignificância não se aplica a determinados tipos penais. Por exemplo: ao roubo, em função da violência. É isso que estamos assentando.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, resumi o voto, mas esses dois precedentes estão citados. Um da Primeira Turma, Ministro Sepúlveda Pertence, de 2007, e outro da Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, de março de 2009.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Porque o bem jurídico tutelado não é exclusivamente o patrimônio.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim. Imaginem extorsão mediante sequestro. Se a extorsão for R$ 10,00 (dez reais)? O resultado é ínfimo, mas...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: De minha parte é o contrário, tenho dificuldade em aplicar o princípio da insignificância no Supremo pela conotação que isso tem. Acho que, tal como bem dizia o Ministro Sepúlveda Pertence, precisamos de clarear, conforme fez o Ministro Relator: para esse tipo, estamos assentando a inocorrência ou a inaplicabilidade desse princípio da insignificância em face de outros elementos que compõe.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Por enquanto, "nós" não.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Estou dizendo nós no sentido...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Majoritariamente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não tenho dupla personalidade, mas refiro-me a "nós" para não ser arrogante e dizer "eu", mas seria isso.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Fiz questão de destacar que, realmente, o valor roubado foi de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos), mas veja que, no caso, se houvesse mil reais com a vítima, o paciente os levaria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas não é o valor que vai determinar, a insignificância...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Ministro, no furto também. Se, em vez de encontrar simplesmente R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos), encontra-se R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), seriam levados.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): De qualquer sorte, destaquei, porque procurei seguir os precedentes que encontrei da Primeira e da Segunda Turmas, que não se aplica a insignificância ao tipo penal roubo. Destaquei isso exatamente para fomentar a discussão. É o primeiro caso desses que julgo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: De minha parte, seguiria, mas não pelo fato de ser um tipo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Tenho dito nos meus votos, e creio que Vossas Excelências também, em linhas gerais, que não se vai mobilizar – o Ministro Marco Aurélio acabou de lembrar – uma máquina pesada, custosa como é o Judiciário, para, afinal, não ter o que tutelar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A leitura que será feita: Supremo mantém condenação, considerado crime de roubo e a quantia de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos)!

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Não, a decisão teria outro espectro. Seria: o princípio da insignificância penal não se aplica aos crimes de roubo. É o núcleo da decisão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas veja, isso parte de uma previsão da tipologia do furto, que não leva a tanto. Realmente, o art. 155 do Código Penal, versa o dito furto privilegiado:

> Art. 155. (...)
> § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada [conclui-se pelo crime de bagatela, segundo o preceito? Não], o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar [mas aplica, condena] somente a pena de multa.

Quero dizer que esse preceito, a ponto de distinguir o furto do roubo, não encerra a definição de crime de bagatela, porque esta deságua na absolvição do acusado. Aqui, não.

E encontrei, no Delmanto, menção a precedentes afastando a observância do denominado "crime de bagatela" quanto ao roubo, precedentes de um tribunal que, muito embora o primeiro vocábulo da sigla comece com "s", não se confunde com o Supremo.

O Ministro Dias Toffoli trouxe dois precedentes afastando o instituto. Um do Ministro Sepúlveda Pertence e outro da Ministra Ellen Gracie.

Penso que não há como justificar, pela grave ameaça ocorrida, no que o agente maior de idade disse que portava uma arma e intimidou, não há como se colocar em segundo plano a importância subtraída não com violência – considero esse aspecto também –, mas mediante a grave ameaça verbal.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Creio que a proposta de voto do eminente Ministro Dias Toffoli é esta: nega-se o *habeas corpus* pela consideração de que não se aplica o princípio da insignificância penal aos crimes de roubo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Ao tipo penal roubo, segundo os precedentes da Primeira e da Segunda Turma.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Aí pode-se até dizer: quanto mais acompanhado de corrupção de menores ou alguma coisa assim.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Dois menores, dois adolescentes.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Seria a tese.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A grave ameaça, no caso, não é o tipo em discussão, nem a corrupção de menores.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Realmente não é.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele não foi processado por isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Vamos ficar no roubo, porque ínsita ao roubo é a violência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não. A grave ameaça é suficiente.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): E a grave ameaça.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): É suficiente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se houvesse realmente uma violência, como no caso anterior em que a vítima saiu inclusive machucada, deixaria de adotar a teoria do crime de bagatela.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Como o Ministério Público propôs? Vossa Excelência se recorda?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, os autos não estão instruídos com maiores elementos. Há a sentença de primeiro grau, o acórdão que aplicou o princípio da bagatela, no Tribunal de Justiça de Goiás, e, depois, o acórdão do Superior. Não há aqui a cópia da denúncia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E apenou em quanto? Restabeleceu a sentença? Qual é a pena?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): O STJ restabeleceu a sentença.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E a pena foi de quanto?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): A pena foi a mínima, de quatro anos, com a majorante do concurso de pessoas, § 2º, por conta da presença dos dois adolescentes. Disso resultou a pena final aplicada de cinco anos e quatro meses, com a majorante de um terço.

Só para registrar – é uma curiosidade da sentença, Senhor Presidente –, o regime inicial aplicado foi o semiaberto. Curioso é que a sentença já diz o estabelecimento em que ele deverá iniciar o cumprimento: o regime inicial para o cumprimento da pena será o semiaberto, na agência goiana do sistema prisional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E o maior de idade era um boboca? No caso, o maior de idade era um boboca primário e de bons antecedentes?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Não há registro de antecedentes criminais, tanto é que a pena aplicada foi a mínima, de quatro anos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aqui consta que o Tribunal de Justiça de Goiás reconheceu a insignificância. Em recurso especial é que foi mandado.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Reconheceu.

A minha dificuldade aqui, Senhor Presidente, até pela circunstância, e, por isso destaquei, é que eu deparei com dois precedentes: um da Primeira Turma e o outro da Segunda Turma. Dois precedentes recentes: um de 2007 e o outro de 2009, no sentido de não se aplicar o princípio ao tipo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É que não tenho compromisso nem com meus próprios erros, e examino caso a caso. Considero o caso presente em que não houve violência, mas sim grave ameaça, e o valor é ínfimo, menor do que esse é difícil, é o valor de uma passagem em transporte público.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O que consta da punição desproporcional, realmente, cinco anos de prisão para uma grave ameaça da qual decorre um furto de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos).

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas a violência é psicológica. É uma violência gravíssima, nós vamos sinalizar, com todo respeito, para a sociedade brasileira, que é possível que alguém ameace dizendo que está armado e, ante o resultado não esperado, porque...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu nem tenho dúvida de que grave ameaça e violência podem levar à não aplicação. Agora, há dois dados aqui que precisamos assentar: primeiro que, por um roubo com grave ameaça, não com violência, como está acentuando o Ministro Marco Aurélio – aliás, o Ministro Relator também acentuou –, que levou ao roubo de R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos), foi fixada uma pena de cinco anos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, mas é o mínimo para o roubo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Pois é, isso que estou dizendo, é o mínimo para o roubo, o que é uma coisa impressionante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Daí conclui que é atípico, sob o ângulo penal, o procedimento, a prática.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas é pouco, porque se fosse nos Estados Unidos seriam quinze anos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Em compensação, nos Estados Unidos, teria gente que, na hora em que fosse cometer outros crimes, estaria na penitenciária. No Brasil, nós não temos nem condições de fazer isso – não temos praticado –, então, não adianta.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Tendo destacado o tema e sobre ele refletido, em razão, também, dos próprios debates, reitero a jurisprudência da Corte no sentido da inaplicabilidade do crime de bagatela ao tipo penal do roubo, mantendo, assim, o meu voto inicial.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Senhores Ministros, eu vou pedir vista.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Antecipada?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Antecipada. É um caso recíproco de pedido de vista, se Vossas Excelências não se opuserem.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Pelo contrário.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Fiz questão de destacar, porque o tema realmente é interessante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O seu termômetro é muito bom, o caso é interessante.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Presidente): Já está muito bem estudado pelo Relator, mas vamos fazer um estudo paralelo.

Antecipo, portanto, pedido de vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

HC 97.190/GO — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Ricardo Neves Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli, Relator, que indeferia o pedido de *habeas corpus*, pediu vista do processo o Ministro Carlos Ayres Britto, Presidente.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocuradora-Geral da República Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 10 de novembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão que rechaçou a possibilidade de incidência do postulado da insignificância ao delito de roubo.

2. Pois bem, na sessão em que iniciamos o julgamento deste *habeas corpus*, o Relator, Ministro Dias Toffoli, votou pelo indeferimento da ordem. Isto sob o fundamento de que "o crime de roubo visa proteger não só o patrimônio, mas, também, a integridade física da vítima. Assim, ainda que o valor subtraído tenha sido pequeno, não há como se aplicar o princípio da insignificância no caso vertente, mormente se considerarmos que o ato foi praticado pelo paciente mediante grave ameaça e na companhia de dois adolescentes, fato este que, na minha concepção, não pode ser taxada como um comportamento de reduzido grau de reprovabilidade." (HC 84.412/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 19-11-2004.)

3. Continuo neste reavivar das coisas para anotar que o paciente foi denunciado pelo delito de roubo majorado pelo concurso de pessoas. Eis os termos da denúncia (fl.15):

> No dia do fato, o imputado encontrava-se naquele bosque, em companhia de dois adolescentes, quando resolveram praticar o crime. Um dos adolescentes abordou a vítima, que estava sentada em um banco próximo, dando-lhe voz de assalto e, mediante grave ameaça consistente na alegação de que o imputado estaria armado, exigiu que ela lhes entregasse a referida quantia em dinheiro, que estava guardada em sua carteira. Insatisfeitos com o pequeno valor angariado, um dos adolescentes disse que mataria a vítima, passando a revistá-la enquanto o imputado fazia gesto insinuando estar armado. Todavia, não foi encontrado com a vítima, nenhum outro objeto de valor, além de um par de óculos, o qual foi deixado a pedido da mesma. O imputado e seus companheiros, após a prática do delito, fugiram rumo à Avenida Goiás, Centro, nesta capital, tendo a vítima, passados alguns minutos, acionado a guarnição da polícia militar, a qual saiu em busca dos referidos sujeitos, sendo os mesmos encontrados e o imputado preso em flagrante.

4. Muito bem. A pretensão ministerial pública foi julgada procedente e o paciente condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicial semiaberto. Condenação que foi reformada pelo Tribunal de Justiça de Goiás, sob o fundamento de que o Direito Penal não era de incidir em conduta "sem perigosidade e com valor desprezível" (fl. 27).

5. Deu-se que o Superior Tribunal de Justiça restabeleceu o decreto condenatório, aduzindo que, no crime de roubo, inaplicável o postulado da bagatela, ante a violência ou grave ameaça à pessoa.

6. Feita esta síntese da causa, consigno que o Direito Penal não é instrumento estatal idôneo para o controle de fatos socialmente irrelevantes. Fatos, esses, que, a despeito da adequação formal ao tipo penal, não ofendem substancialmente, materialmente, o bem jurídico tutelado. Daí por que o postulado da insignificância penal é tratado como vetor interpretativo do tipo incriminador. Vetor interpretativo que em o objetivo de excluir da abrangência do Direito Penal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Na lição de Paulo Queiroz:

> Trata-se (...) de um instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem fazer periclitar a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. E é realmente preciso ir além do convencional automatismo, que, alheio à realidade, à gravidade do fato, à intensidade da lesão, perde-se e se desacredita na persecução de condutas de mínima ou nenhuma importância social.
>
> (In: *Direito Penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30-31.)

7. Tal forma de interpretação segue *pari passu* com as medidas legislativas de uma democrática política criminal que visa, para além de uma desnecessária

carceirização, ao arejamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa individual quanto aos interesses societários em geral. Estou a dizer: numa visão constitucional-humanista do Direito Penal, o princípio da insignificância não é de ser desprezado nem mesmo sob a aparente força do argumento da expansão da impunidade. Donde a seguinte contribuição intelectual de Fernando Célio de Brito Nogueira, *verbis*:

> (...) o que fomenta a impunidade e o recrudescimento da criminalidade são muito mais a ausência de resposta estatal efetiva aos grandes desmandos e ilicitudes da Nação, condutas que não raras vezes sangram os cofres públicos e o bolso dos cidadãos que trabalham e pagam impostos, bem como no não atendimento das necessidades básicas das pessoas.
> (In: *Os miseráveis e o princípio da insignificância*. Boletim IBCCRIM 116/7, ano 10, jul. 2002.)

8. Certo, não se nega o caráter dual da aplicabilidade do princípio. Se, de um lado, revelam-se patentes a necessidade e a utilidade da consideração da insignificância, por outro, é imprescindível que sua aplicação se dê de maneira criteriosa. Isso para evitar que a tolerância estatal vá além dos limites do razoável em função dos bens jurídicos envolvidos. Noutras palavras: todo cuidado é preciso para que a insignificância como verdadeiro "indiferente penal" não seja aplicada para estimular condutas atentatórias da legítima esfera de interesses tanto dos supostos agentes passivos quanto da sociedade como um todo.

9. Seguindo essa linha de raciocínio, é possível extrair da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alguns critérios mínimos para o reconhecimento do postulado da irrelevância penal. Refiro-me, a título de amostragem, ao HC 96.823, da relatoria do Ministro Celso de Mello, assim ementado:

> (...)
> *O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal*.
> – **O princípio da insignificância** – que deve ser analisado **em conexão** com os postulados da fragmentariedade **e** da intervenção mínima do Estado em matéria penal – **tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal**, **examinada** na perspectiva **de seu caráter material**. **Doutrina**.
> **Tal postulado – que considera necessária**, na aferição **do relevo material** da tipicidade penal, **a presença** de certos **vetores**, **tais como** (**a**) **a mínima ofensividade** da conduta do agente, (**b**) **a nenhuma** periculosidade social da ação, (**c**) **o reduzidíssimo** grau de reprovabilidade do comportamento **e** (**d**) **a inexpressividade** da lesão jurídica provocada – **apoiou-se**, em seu processo de formulação teórica, **no reconhecimento** de que o **caráter subsidiário** do sistema penal **reclama** e **impõe**, em função dos próprios objetivos por ele visados, **a intervenção mínima** do Poder Público.
> (...)

10. Presente esta moldura teórica, e atento às peculiaridades do caso concreto, tenho que o caso é mesmo de denegação da ordem. Isso porque dou pelo

acerto da tese firmada pela autoridade impetrada, no sentido de que, "mesmo insignificante quanto ao aspecto pecuniário ou patrimonial, resta a lesividade quanto à conduta do agente, consubstanciada na violência ou grave ameaça sofrida pela vítima" (fl. 55).

11. Noutro dizer, não é possível afirmar que a conduta protagonizada pelo paciente seja de mínima ofensividade; ou mesmo de um reduzidíssimo grau de reprovabilidade, a ponto de provocar a incidência do princípio da irrelevância penal. Pelo contrário, tenho que o reconhecimento da insignificância material da conduta imputada ao paciente, na concreta situação dos autos, serviria muito mais como um nocivo estímulo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário.

12. Nesta mesma linha argumentativa é a lição de Guilherme de Souza Nucci, para quem o princípio da insignificância "não pode ser aplicado no contexto do roubo. Trata-se de crime complexo, que protege outros bens além do patrimônio, de forma que a violência ou grave ameaça não podem ser consideradas de menor relevância, configuradora do delito de bagatela." (In: *Código Penal comentado*, São Paulo: RT, 2010, p. 752-753).

13. Por tudo quanto posto, acompanho o voto do Relator e indefiro a ordem.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o roubo, segundo o figurino legal, pressupõe a violência contra a pessoa. Eu me defronto com uma situação muito peculiar. O objeto subtraído: R$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos).

O Sr. Ministro Ayres Britto: O objeto é ínfimo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A pena aplicada é de cinco anos e quatro meses de reclusão.

Vou pedir vênia, Presidente, ao Relator, para entender que se tem a insignificância do procedimento ante essa peculiaridade.

A violência ficou restrita à ameaça.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Foi numa praça pública, num jardim – eu não me lembro agora qual a cidade –, que o paciente, junto com dois menores de idade – vejam bem, dois menores de dezoito anos –, simulando que havia uma arma de fogo embaixo da camiseta, ameaçou a vítima. É certo que ele subtraiu R$ 3,80 (três reais e oitenta centavos), mas se a vítima tivesse cem, duzentos ou mil reais, ele os teria subtraído. O fato é que houve grave ameaça.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ameaça de morte, inclusive, que mataria a vítima.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Ameaça de morte.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, o ato foi praticado com o concurso de dois menores e mediante grave ameaça. Evidentemente, aqui não é furto, é roubo.

Citei no meu voto precedente do Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que o princípio da insignificância não se aplica ao tipo penal de roubo. Só se aplica ao tipo penal de furto.

Por isso, Senhor Presidente, mesmo que fosse R$ 1,00 (um real), eu manteria o meu voto.

Nesse sentido, eu reafirmo o meu voto, denegando a ordem.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu também, a despeito da pouquidade do valor, mas a descrição que tinha sido feita pelo Ministro Dias Toffoli, agora reiterada, e com as observações do eminente Ministro Carlos Britto, e da minha preocupação com a pena que, se formos sopesar apenas dado material com a pena, seria demasiada e causa um certo impacto. Porém, a descrição do quadro, realmente, não me leva a poder aceitar a insignificância.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, mas acompanho o Relator.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Houve ameaça de morte, acho que isso também pesa na nossa decisão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O que se retirou dos R$ 3,00 (três reais), como disse o Ministro Toffoli, que fosse três, trinta ou cem, não é o caso. O problema é o que se tirou da pessoa assaltada, as condições de segurança para a vida. Esse medo que se causou, esse tipo de dano que não tem conserto.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O susto, a rendição, a pessoa se rendeu totalmente.

Eu até tenho sido também liberal em matéria de incidência desse postulado da insignificância penal. Tenho concedido muito mais do que negado, mas, em matéria de crime de roubo e nas circunstâncias dos autos, eu não me animei a aplicar o princípio.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Eu também peço vênia à divergência para acompanhar o Relator, porque aqui se trata de um crime de roubo praticado com violência por três pessoas – um adulto, na companhia de dois menores –, em uma praça pública, revelando ousadia, sem precedentes, e um *modus operandi* bastante conhecido. São três pessoas, ou mais, que abordam uma vítima indefesa e desprevenida e, não raro, há alguém à espreita pronto para cometer uma violência, de fato, se o roubo não for consumado efetivamente.

Neste caso, também não aplico o princípio da insignificância e, de regra, penso que é incompatível esse princípio com o crime de roubo.

Indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 97.190/GO — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Ricardo Neves Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. 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. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 10 de agosto de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 97.553 — PR

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Sérgio Amilcar de Aguiar Maia — Impetrante: Carlos Alberto Farracha de Castro — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processual penal. *Habeas corpus*. Impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem denegada.

1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. Precedentes (HC 92.893/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 12-12-2008, e RHC 98.091/PB, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 16-4-2010).

2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição).

3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente.

4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal.

5. Ordem denegada.

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 unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de junho de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Carlos Alberto Farracha de Castro em favor de Sergio Amílcar de Aguiar Lima, buscando "anular o acórdão atacado, julgando procedente a exceção de impedimento oposta, a fim de que a ação penal originária seja processada e julgada pelo substituto do Juiz Federal Sergio Fernando Moro, **anulando todos os atos praticados desde o recebimento da denúncia**" (fl. 13).

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 58.502/PR, Rel. Min. **Laurita Vaz**, impetrado com o mesmo objetivo ora pretendido.

Sustenta o impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, uma vez que a decisão atacada "ofendeu o princípio do devido processo legal e principalmente o sistema acusatório adotado por nossa legislação (...)" (fl. 8).

Aduz, para tanto, que o juiz da causa não poderia ter recebido a denúncia e processado a ação penal, tendo em vista que presidiu a delação premiada que serviu de base probatória para o seu convencimento no tocante à responsabilidade criminal do ora paciente.

Argumenta, na inicial, que "o impedimento do Magistrado, não resulta simplesmente do fato que não acolheu o pedido de arquivamento manifestado pelo MPF, como faz crer o ato atacado. Não é só isso. Seu impedimento é derivado do fato de que, em conjunto com o Ministério Público, participou e presidiu a delação premiada de corréus, quando o feito estava na fase do artigo 499 do CPP" (fl. 8).

Assevera, ainda, que "houve sucessivas intervenções do Magistrado, a saber: (i) expedição de sucessivos ofícios ao STJ, em *habeas corpus* de outro corréu, argumentando o motivo da demora de julgamento do *habeas*, o que – no mínimo – não é usual; (ii) manifestações de 'ofício' em ações conexas; (iii) imputações atinentes ao ora paciente, em outro inquérito, instaurado a partir de denúncia anônima, já anulado pelo Superior Tribunal de Justiça" (fl. 10).

Requer o deferimento da medida liminar para "**determinar... o trâmite da ação penal nº 2003.70.00.068722-7/PR até o julgamento final do mérito do presente *habeas corpus***". No mérito, que seja concedida a ordem "para que seja confirmada a liminar postulada e, consequentemente, seja definitivamente concedida a ordem de *habeas corpus*, para o fim de anular o acórdão atacado, julgando procedente a exceção de impedimento oposta, a fim de que a ação penal originária seja processada e julgada pelo substituto do Juiz Federal Sergio Fernando Moro, **anulando todos os atos praticados desde o recebimento da denúncia**" (fl. 13).

O Ministro **Menezes Direito** indeferiu o pedido de liminar (fls. 140 a 145).

As informações foram prestadas à fl. 162 e encaminhados os documentos de fls. 163 a 177.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 180 a 184).

Pela petição de fls. 187 a 191, o impetrante reitera os termos da impetração e ataca alguns fundamentos expostos pelo Ministério Público Federal. Faz a juntada de cópia do inteiro teor da decisão proferida pela Segunda Turma desta Corte no HC 94.641/BA, Rel. p/ o ac. Min. **Joaquim Barbosa**, alegando que o caso se assemelha ao debate posto no presente *habeas corpus* (fls. 192 a 220).

É o relatório.

VOTO
(Explicação)

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, também agradeço a colaboração da advocacia. Tenho sempre procurado resumir os *habeas* que trago a julgamento, em razão da quantidade de demandas. Mas o tema, Senhor Presidente, do relatório que fiz e da sustentação do nobre advogado impõe realmente uma reflexão maior. Formei o meu convencimento – e o trarei à Turma para que verifique se é caso de me acompanhar ou dele divergir – de acordo com aquilo que eu compulsei dos autos, cujo tema realmente impõe uma reflexão maior a nós, Ministros desta Corte.

Basicamente, o fato é que o juiz colheu o depoimento de dois corréus e, nesse interrogatório, que já seria um novo interrogatório na fase do art. 499, esses dois corréus deram depoimentos que implicaram a participação de um terceiro, que até então não havia sido investigado. É esse terceiro que é o paciente desse *habeas corpus*.

Pois bem, o Ministério Público pediu, então, a abertura de um inquérito; o juiz enviou a ordem ao delegado, que editou a portaria de abertura do inquérito, o qual, por sua vez, resultou na formulação de um pedido inicial de arquivamento; posteriormente, o juiz negou o arquivamento. O Ministério Público, então, por intermédio de outro procurador, de primeira instância, apresentou uma nova denúncia; houve um *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal, que anulou essa denúncia apresentada, porque a revisão do pedido de arquivamento teria de ter sido feita por membro do Conselho, e não por um colega de Procuradoria Regional (o Conselho aqui em Brasília, do Ministério Público Federal). Ao fim e ao cabo, o Conselho acabou ratificando essa nova denúncia. Esses foram, em resumo, e de maneira bastante objetiva, os fatos que ocorreram.

Fiz uma cronologia que delimita e objetiva bem o tema desse *habeas corpus*. Assinalo também que a defesa mencionou que o juiz fez ofícios ao STJ para acelerar o julgamento de *habeas corpus* no qual havia a liminar que impedia o andamento da ação penal anterior – ação penal relativa aos corréus, e não ao paciente –, entendendo, assim, o impetrante que o juiz teria agido de uma maneira não comum, não usual para aquele que deve manter distância equânime em relação aos fatos.

Senhor Presidente, com essa delimitação, espero estar sendo fidedigno aos autos.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem no HC 58.502/PR, Rel. Min. **Laurita Vaz**, e tem como objetivo "anular o acórdão atacado, julgando procedente a exceção de impedimento oposta, a fim de que a ação penal originária seja processada e julgada pelo substituto do Juiz Federal Sergio Fernando Moro, **anulando todos os atos praticados desde o recebimento da denúncia**" (fl. 13).

Narra o impetrante, na inicial, que:

> (...)
> 3. *Por força de delação premiada de corréu*, após mais de doze (12) dos fatos tidos por ilícitos, o ora paciente foi denunciado perante o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal na ação penal nº 2003.70.00.068722-7/PR pela prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional no âmbito do Consórcio Nacional Garibaldi.
> 4. No ano de 1994, por ocasião da liquidação do Consórcio Nacional Garibaldi, o relatório unilateral do Banco Central do Brasil redundou na denúncia de seus sócios proprietários e administradores. Naquela ocasião o Ministério Público deixou de oferecer denúncia contra o ora paciente Sergio Amílcar de Aguiar Maia, pois o mesmo jamais compôs o quadro social do referido consórcio e, tampouco, apurou-se a prática de qualquer ato ilícito.
> Sucede, que durante a longa tramitação da ação penal de nº 96.00.18045-8, após o oferecimento das alegações finais e quase (doze) anos depois da liquidação extrajudicial da administradora do Consórcio, os réus resolveram prestar informações mentirosas e infundadas ao Juiz da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba Especializada em Lavagem de Dinheiro e Crimes contra o Sistema Financeiro, Dr. Sergio Fernando Moro, em desfavor ao ora paciente e outro, obtendo dessa forma os benefícios da delação premiada.
> Entretanto, ainda que inverídica e destituída de qualquer valor probatório, a delação realizada pelos réus e sócios do Consórcio, Agostinho de Souza e Rui Rodrigues Libretti, por iniciativa do Juiz Federal Sergio Fernando Moro, motivou o pedido de instauração de inquérito policial em desfavor de Sergio Amílcar de Aguiar Maia, que obteve parecer do Ministério Público Federal pelo seu imediato arquivamento, com fulcro no art. 43, 2ª Parte do inciso III e inciso I, ambos do artigo 43 do Código de Processo Penal.
> Mesmo com o parecer pelo arquivamento, diante das sucessivas discordâncias do Juízo Monocrático, o inquérito policial embora não findo (i.e, sem o relatório da autoridade policial) virou denúncia, a qual, como esperado, foi recebida pelo Magistrado Dr. Sergio Fernando Moro, que (direta ou indiretamente) *participou da colheita de provas inerentes à delação em questão*, muito embora, nesse caso específico, estivesse impedido de atuar. Aqui, repita-se, reside o fundamento deste *habeas*.
> 5. Em síntese, no presente caso, o Ilustre Magistrado não poderia receber a denúncia, pois além de manifestar sua discordância com o pedido de arquivamento do Ministério Público Federal, participou das investigações, presidindo as delações e colheita de provas que resultaram na denúncia do ora paciente.
> 6. Pela situação exposta, foi impetrado em favor do ora paciente *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça.
> (Fls. 3 a 5 – Grifos no original.)

A Quinta Turma daquela Corte de Justiça denegou a ordem nos termos seguintes:

> *Habeas corpus. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Delação premiada. Juiz federal que determina a remessa dos elementos coligidos para instauração de inquérito policial. Pedido de arquivamento. Discordância do Magistrado. Devolução do feito ao Procurador da República em vez de remetê-lo ao Procurador-Geral. Inexistência de nulidade. Efetiva aplicação do procedimento previsto no art. 28 do CPP por ordem do TRF. Alegada imparcialidade (sic) do juiz não evidenciada.*
>
> 1. Não macula a imparcialidade do Juiz a colheita de elementos indiciários tomados em interrogatório em que o réu, por confissão espontânea, revela toda a trama delituosa visando à redução de pena prevista no § 2º do art. 25 da Lei 7.492/1986, incluído pela Lei 9.080/1995 ("Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.").
>
> 2. Ao devolver os autos ao *Parquet* para reavaliação da *opinio delicti* não está o Juiz impedido de atuar no processo-crime que venha a ser instaurado, porque age como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sem malferir sua imparcialidade de julgador. Inteligência do art. 28 do Código de Processo Penal.
>
> 3. É irrelevante, outrossim, o fato de o Juiz Federal, discordando do pedido de arquivamento, ter devolvido os autos do inquérito para o Procurador da República oficiante no feito, a fim de que reconsiderasse, em vez de remetê-lo diretamente para o Procurador-Geral, como determina o art. 28 do Código de Processo Penal, na medida em que, de um lado, esse modo de proceder não configura nenhuma demonstração de imparcialidade (sic) e, de outro lado, o Tribunal *a quo*, em sede de *habeas corpus*, determinou o estrito cumprimento do procedimento da lei processual penal, tendo sido a denúncia regularmente processada, depois de ratificada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.
>
> 4. Ordem denegada.
>
> (Fl. 933 do apenso.)

É contra essa decisão que se insurge o impetrante neste *writ*.

Pelo que se tem na decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra nenhuma ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem. Com efeito, o acórdão proferido por aquela Corte de Justiça encontra-se suficientemente motivado, restando justificada a formação do convencimento.

Ademais, tenho para mim que as alegações do impetrante, nos termos em que foram formuladas, não se enquadram nas hipóteses de impedimento previstas no art. 252 do Código de Processo Penal, que indicam a impossibilidade de exercício jurisdicional do magistrado.

Como assentou a doutrina e a jurisprudência pátrias, não se adotou, no Brasil, a sistemática do juizado de instrução, em que o magistrado exerce, simultaneamente, as funções próprias da autoridade policial e do *Parquet* no tocante à coleta das provas.

No modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal, caracterizado pela publicidade, pelo contraditório, pela igualdade entre as partes e pela neutralidade do juiz – e que não se confunde com o processo inquisitivo adotado alhures –, quando o magistrado preside o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exterioriza qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes nessa fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal.

O mesmo se diga com relação a eventual coleta de depoimentos em sede de delação premiada, cujas informações podem, a critério do Ministério Público, ser relevantes para a apuração de fatos imputados a organização criminosa e ensejar eventual concessão das benesses previstas em lei ao delator.

Note-se que, no caso *sub examine*, inclusive, não houve propriamente instauração de expediente administrativo tendente à obtenção de informações relevantes que pudessem ensejar a concessão de eventuais benefícios decorrentes de lei em razão da delação, mas reinterrogatório que se processou no curso de ação penal, a requerimento dos réus (fl. 504 do apenso 3), como facultado pelo art. 196 do CPP.

Se, após o encerramento da colheita dos depoimentos testemunhais, resolveram os acusados fazer esclarecimentos suplementares que, na essência, ensejaram a persecução penal contra o ora paciente por gestão fraudulenta de instituição financeira (no caso, de um consórcio), não poderia o Magistrado, por dever de ofício (CPP, art. 40), simplesmente ignorar esse fatos.

Mais ainda, a sistemática do interrogatório, ao cabo da instrução criminal, inclusive, é hoje a regra geral, conforme preconiza o art. 400 do Código de Processo Penal, de acordo com a redação que lhe deu a Lei 11.719/2008, *in verbis*:

> Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, *interrogando-se, em seguida, o acusado.*
> (Grifou-se.)

Esse ato, assim como o fato de haver o Juiz conhecido e julgado feito contra os outros réus, também não é causa de impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente.

Nesse sentido, o seguinte precedente da lavra do eminente Ministro **Carlos Velloso** (HC 83.020/SP – j. 25-5-2004):

> *Processual penal. Penal. Habeas corpus. Suspensão da habilitação para dirigir. Violação. Ação penal. Ofensa ao princípio do juiz imparcial e natural. Excesso da denúncia. Inépcia. Incorrência.* I – O disposto no art. 252, III, do CPP

refere-se a impedimento de juiz que no mesmo processo, mas em outra instância, tenha-se pronunciado sobre a questão. II – Inocorrência de ofensa ao princípio do juiz natural, dado que a ação penal foi submetida à livre distribuição. III – Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. IV. – *Habeas corpus* indeferido.

Do aludido voto, colhe-se a seguinte lição:

(...)
Inexiste a alegada ofensa ao princípio do juiz imparcial, compreendido, aliás, no princípio maior, o do juiz natural. É que o disposto no art. 252, III, do Código de Processo Penal refere-se a impedimento de juiz que no mesmo processo, mas em outra instância, tenha se pronunciado sobre a questão. Como bem registra o parecer do Ministério Público, "a regra se dá em razão do postulado constitucional do duplo grau de jurisdição que pressupõe dois julgamentos por juízes distintos (sendo o segundo por colegiado)".
(Fl. 335.)

Assim decidiu a Primeira Turma, no julgamento do HC 73.099/SP, cujo acórdão porta a seguinte ementa:

Ementa: Habeas corpus.
– No tocante à alegação de nulidade do julgamento da apelação por estar impedido Juiz que dele participou apesar de ter exercido jurisdição em ação civil pública movida contra os réus pelas fraudes ocorridas na LBA, é ela improcedente, porquanto as causas, enumeradas no art. 252 do Código de Processo Penal, que dão margem a impedimento, dizem respeito ao mesmo processo, e não, como ocorre no caso, a outro. O inciso III desse artigo se refere ao impedimento de Juiz que, no mesmo processo, mas em outra instância, se houver pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão. Ademais, as causas de impedimento são taxativas e as normas que as enumeram em *numerus clausus* são de direito estrito.
(...)
Habeas corpus indeferido.
(*DJ* de 17-5-1996.)

De igual modo, não tem procedência a alegação de que o magistrado teria interesse na ação penal, razão por que estaria impedido de julgá-la. Sobre a questão, acrescenta o ilustre membro do *Parquet*: "... ao prolatar uma sentença condenatória o Juiz simplesmente cumpre com sua função jurisdicional, sendo totalmente descabido se falar em interesse do mesmo em seu cumprimento. O interesse em que seja fielmente cumprido o *decisum* é do Estado (e não do Juiz), por isso estabeleceu tipificação autônoma para o caso de descumprimento (no caso art. 307 do CTB)."
(Fl. 335.)

Essa questão foi igualmente decidida na ação penal originária perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (*Exceção de Impedimento Criminal 2005.70.00.005750-2/PR* – Rel. Des. Fed. **Néfi Cordeiro** – *DJ* de 23-11-2005), com ementa com o seguinte teor:

Exceção de impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado. Não configuração das hipóteses taxativas.

1. Constituem-se a suspeição e o impedimento em garantias da jurisdição, como corolário da defesa social, que retira a resposta criminal das mãos da vítima ou interessados. São hipóteses graves e taxativas, que comprovadas são aptas a afastar a confiança no juízo imparcial e assim causam o afastamento do excepto.

2. Embora doutrinariamente contestável a intervenção probatória do magistrado, especialmente em grau tão elevado que venha a substituir-se a uma das partes, no sistema brasileiro não só é tolerada a atuação probatória do juiz, como inclusive determinada, ao prever que deve o juiz provocar a persecução penal quando tome conhecimento de crime, ao possibilitar a requisição judicial de provas na investigação e ao prever a produção de provas de ofício na ação penal.

3. Mesmo considerando que deva o magistrado intervir na busca da verdade real e que isso se dará com o cuidado consciente de evitar a assunção do papel de parte – mais provavelmente acusadora –, eventual extrapolação desse limite pelo juiz não o torna impedido, por falta da competente previsão legal dessa hipótese de afastamento.

4. Exceção rejeitada.

E foi esse exatamente o entendimento adotado pela Ministra **Laurita Vaz** em seu voto, assim fundamentado, na parte que interessa:

(...)

Ora, o juiz que preside audiência de interrogatório, onde eventualmente surgem provas contra corréus, não está impedido de conduzir posterior ação penal contra estes. Assim fosse, estaria em todos os casos de conexão, principalmente a probatória. De todo modo, o art. 252 do CPP aponta situação de impedimento apenas quando o juiz se manifesta, sobre uma mesma questão, em graus de jurisdição diversos. E este, à toda evidência, não é o caso dos autos. Mais uma vez, reitere-se, não houve exorbitância alguma do regular exercício da jurisdição.

(Fl. 936 do apenso.)

Ademais, ressalto o que observou o Ministério Público Federal, ao pronunciar-se pela denegação da ordem:

(...)

3. Como visto, a presente impetração busca a declaração de impedimento do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro para atuar na Ação Penal nº 2003.70.00.068722-7/PR, na qual o paciente foi denunciado pela prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (arts. 4º, 5º, 6º, 8º e 11, c/c os arts. 1º, I, parágrafo único, e 25, todos da Lei nº 7.492/86, combinados, ainda, com os arts. 29 e 69 do Código Penal).

4. O impetrante alega que "o impedimento aqui debatido, deriva da impossibilidade do Juiz que participa da colheita de provas em sede de delação premiada, vir a presidir posterior ação penal em desfavor do prejudicado pela delação" (fl. 3). Neste ponto, cumpre esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça, adotando parecer da i. Subprocuradora-geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, assentou que "não houve, tecnicamente, audiência de delação premiada", mas "realização de novo interrogatório" (fl. 173).

5. Em que pese essa controvérsia (delação premiada ou novo interrogatório), a apreciação dessa questão em nada influencia a querela quanto ao "impedimento", como passa-se a demonstrar.

6. As hipóteses de impedimento do juiz estão taxativamente expressas no art. 252 do Código de Processo Penal, que enumera:

"Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito."

7. Tais hipóteses, conforme já decidiu esse Pretório Excelso, constituem rol taxativo, não sendo permitida a inclusão de quaisquer outras (...).

8. *In casu*, a atuação do Juiz Federal em ação penal ajuizada contra o paciente, derivada da colheita de provas em sede de delação premiada ou em interrogatório realizado em outros autos, não se enquadra, *data venia*, em nenhuma das hipóteses de impedimento anteriormente referidas, em especial o inc. III do art. 252 do CPP, como quis fazer crer a defesa.

9. Como é deveras sabido, "o **disposto no art. 252, III, do CPP, refere-se a impedimento de juiz que no mesmo processo, mas em outra instância, tenha se pronunciado sobre a questão**" **(grifo nosso – HC** 83.020/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., *DJ* de 12-11-04). No caso *sub examine*, contudo, a situação é inversa. **Trata-se da colheita de provas em processo diverso (Ação Penal nº 96.00.18045-8) que subsidiou a instauração de inquérito policial, oferecimento de denúncia e ajuizamento de ação penal distinta contra o ora paciente**.

10. É dever do Juiz, ao tomar conhecimento de possível crime de ação pública incondicionada, comunicar o fato à autoridade policial competente, não caracterizando tal atitude, de nenhum modo, impedimento em futura atuação em ação penal que decorra dessa prova. Nesse sentido, merece transcrição parcial o voto condutor do aresto impugnado, que apreciou a questão com acerto (fls. 173/174):

"(...) De fato, não macula a imparcialidade do Juiz a colheita de elementos indiciários tomados em interrogatório em que o réu, por confissão espontânea, revela toda a trama delituosa visando à redução de pena prevista no § 2º do art. 25 da Lei nº 7.492/86, incluído pela Lei nº 9.080/1995 ('Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.').

Nesse contexto, **a determinação pelo Magistrado de remessa desses indícios para instauração de inquérito policial nada mais é do que o regular exercício de suas atribuições legais, entregando a investigação e o esclarecimento dos fatos criminosos noticiados à autoridade policial, sem imiscuir-se diretamente na fase investigatória e, por conseguinte, sem arranhar sua isenção** (...)".

(Grifo nosso.)

11. *Ex positis*, opina a Procuradoria Geral da República pela denegação da ordem.

(Fls. 182 a 184 – Grifos no original.)

De outra parte, a jurisprudência da Corte também já se manifestou em sentido de que as hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um rol taxativo, que não pode ser ampliado.

Nesse sentido:

> *Ementa: Processual penal. Habeas corpus. Presidência de inquérito. Impedimento do magistrado. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Rol taxativo. Precedentes. Juizado de instrução. Inocorrência. Incompatibilidade do art. 75 do CPP com a Constituição. Inexistência. Ordem denegada*. I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, *grosso modo*, as competências da polícia judiciária. IV – O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V – O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI – Ordem denegada.
> (HC 92.893/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 12-12-2008.)

Em relação a esse precedente, inclusive, cumpre destacar que a discussão gravitava em torno da impossibilidade de atuação de membro do Ministério Público e de magistrado que, figurando como vítimas de crime praticado pelo investigado, evidentemente, não poderiam subscrever denúncia contra o acusado da infração penal ou conduzir o processo contra ele instaurado, situação absolutamente diversa daquela em análise nestes autos.

No mesmo sentido:

> *Recurso ordinário em habeas corpus. Impossibilidade de reexame do conjunto probatório dos autos. Sentença condenatória fundamentada. Preclusão da arguição de inépcia da denúncia.* **Comportamentos típicos atribuídos aos recorrentes descritos na denúncia. Impedimento e suspeição. Código de Processo Penal. Hipóteses Taxativas**. 1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal segundo a qual não é possível reexame de provas na via do *habeas corpus*. 2. Sentença condenatória fundamentada com base nos fatos e nas provas que permeiam a lide. 3. A arguição de inépcia da denúncia está coberta pela preclusão quando, como na espécie, aventada após a sentença penal condenatória, o que somente não ocorre quando a sentença vem a ser proferida na pendência de *habeas corpus* já em curso. Precedentes. 4. Denúncia que contém "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", com adequada indicação da conduta ilícita imputada aos recorrentes, de modo a propiciar a eles o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do Código de Processo Penal). **5. Hipóteses descritas no art. 252 do Código de Processo Penal. Rol taxativo**. 6. Recurso ao qual se nega provimento.
> (RHC 98.091/PB, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 15-14-2010.)

Note-se que, no caso em julgamento, não houve intervenção direta do magistrado na investigação ou na persecução penal contra o ora paciente.

A remessa dos depoimentos dos corréus, assim como da documentação complementar por eles apresentada e do relatório circunstanciado do Bacen a respeito da administração do Consórcio Nacional Garibaldi (decisão de 7-8-2003, trasladada a fl. 499 – apenso 2), decorreu de prévia requisição de instauração de inquérito policial à autoridade policial (cf. Ofício 3.183/2003, de 30-7-2003 – fls. 496/497), o qual foi recepcionado pelo Departamento de Polícia Federal em 1º/8/03 (fl. 496 – apenso 2) e ensejou a Portaria inaugural (fl. 495 – apenso 2).

Diversamente do que se deu no precedente invocado pela defesa (HC 94.641/BA, da relatoria do Ministro **Joaquim Barbosa** – julgamento em 11-11-2008), na hipótese dos autos, a intervenção do Juiz não se deu em processo antecedente instaurado contra o próprio réu, no qual, sob a presidência do mesmo magistrado, já tivesse ele formado juízo de valor a respeito dos fatos imputados ao réu.

O mesmo ocorreu no caso da invocada ADI 1.570-1/DF (Rel. Min. **Maurício Corrêa** – julgamento em 12-2-2004), em que se reconheceu a inconstitucionalidade de preceito de lei que autorizava a realização de diligência de busca e apreensão de documentos essenciais pessoalmente dirigida pelo juiz.

Tampouco a discordância do Magistrado em acatar primitivo pedido de arquivamento do inquérito contra o paciente formulado pelo MPF – com esteio em apontada ocorrência de prescrição em perspectiva e em argumento metajurídico que sustentava falta de interesse público na persecução penal diante do decurso de aproximadamente uma década entre os fatos e o início da ação penal, posições absolutamente escoteiras e flagrantemente contrárias ao posicionamento desta Suprema Corte – pode ser interpretada como adiantamento de juízo de valor a respeito dos fatos do processo.

É fato que, naquela ocasião, ao invés de determinar o retorno dos autos ao Procurador da República em primeiro grau, deveria ter, de imediato, adotado as providências previstas no art. 28 do Código de Processo Penal. A denúncia, todavia, como se vê do voto da eminente Ministra **Laurita Vaz** (fls. 170/174), veio a ser ratificada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, ensejando válido e regular prosseguimento da ação penal instaurada contra o paciente.

Por último, tampouco a simples expedição de ofício ao Superior Tribunal de Justiça solicitando presteza no julgamento de questão que ensejou a suspensão do trâmite da ação penal instaurada contra os corréus, por força de liminar concedida pelo então Ministro **Vicente Leal**, enseja o reconhecimento de qualquer interesse pessoal e direto do Magistrado na causa, revelando, ao contrário, necessária e prudente preocupação para que não viesse a ocorrer eventual prescrição da pretensão punitiva estatal.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acompanho o Relator, Senhor Presidente, porque, como bem destacado por ele, a decisão tida como ato coator neste *habeas corpus* realmente não apresenta, pelos dados inclusive apresentados da própria conduta do juiz, nem ilegalidade nem abuso de poder que pudesse ensejar um constrangimento ilegal. Eu não vi caracterizado. O Ministro Relator expôs, inclusive com minudência, toda a tramitação, para concluir que realmente não há nenhuma eiva que pudesse ser desfeita.

Eu o acompanho às inteiras.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também eu começo por elogiar o cuidadoso, consistente, belo voto mesmo do Ministro Dias Toffoli.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Profundo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Necessariamente longo para compatibilizar essa extensão com a importância da própria tese. O Direito tem dessas coisas, desse campo de pouca claridade conceitual, digamos assim. A figura do juiz que preside o inquérito não entra muito, digamos assim, com facilidade nos nossos escaninhos mentais. Que figura é essa do juiz supervisor de um inquérito? Evidente que ele não é instrutor do processo, não é o investigador, muito menos um juiz, ele não vai emitir juízo técnico nenhum. Supervisionar não é orientar, e muito menos dirigir o inquérito. É aquela história do poeta português José Régio: não sei por onde vou, só sei que não vou por aí. As coisas ficam no campo da peculiaridade.

Eu diria que presidir um inquérito é projetar sobre o inquérito um olhar atento; é acompanhar o inquérito, como uma vela acesa, permanentemente acesa, sobre as diligências em que o inquérito se desdobra. A presença do juiz assegura ao inquérito uma normalidade por antecipação, mas sem que o juiz seja efetivamente um julgador, ele não é um julgador, ele não se convola em instrutor, muito menos em investigador.

Nós temos muita dificuldade para aceitar realidades jurídicas que não se encaixam nos nossos conceitos, nos nossos escaninhos mentais. Somos, aqui no Supremo também, personagens de inquéritos sob esse nome da supervisão. O que significa essa supervisão? Eu entendo que não é orientar, não é dirigir, por isso mesmo que não impede o juiz; o juiz não fica impedido, a meu sentir, de atuar numa segunda fase.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Vossa Excelência me permitiria?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pois não.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu fico com a impressão que supervisionar aqui é ter a visão sobre, acima de todo o inquérito, para que ele não saia das rotas da legalidade.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Se Vossa Excelência me permitir, nesta fase, pelo menos no atual estágio de evolução da legislação brasileira, o juiz atua como garante dos direitos fundamentais.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito. Talvez, em vez de chamar "supervisionar", é "supervisar", é uma supervisão, uma visão de cima, uma visão atenta.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Uma visão superior para garantir.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Na verdade, o juiz acompanha o inquérito, mas não dirige o inquérito, não orienta o inquérito; ele acompanha atentamente como uma espécie de cura, ele está curando. Disse muito bem Vossa Excelência, velando para que os direitos individuais não sejam ofendidos.

Bem, em suma, não entendo que, no caso, se verifique qualquer ilegalidade, qualquer abuso de poder. Ressalto o belo papel do advogado, fez uma bonita sustentação oral. E também reforço o meu entendimento com o mesmo fundamento de que se valeu o eminente Relator: o rol taxativo dos impedimentos do juiz. Eu não consigo ampliar esse rol para alcançar essa situação de que estamos a cuidar.

Então, diante disso, eu também denego o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a minha dúvida é simplesmente instrumental e diz respeito à exceção. Foi formalizada?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Foi formalizada a de impedimento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É causa de pedir a problemática do julgamento da exceção?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Claro. No *habeas corpus*, quer-se que seja julgada procedente a exceção de impedimento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, digo quanto ao julgamento na origem. Aponta-se, pelo menos no memorial, que o próprio excepto teria julgado a exceção.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): O *habeas corpus* tirado no Superior Tribunal de Justiça é contra o julgamento do Tribunal Regional. Esse o recusou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Regional?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Regional recusou. O Juiz deu-se por equidistante para a atuação no processo crime e remeteu a exceção, cujo pedido foi rejeitado.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): O juiz se deu por capaz de continuar no processo; equidistante.

Faço no meu voto, inclusive, transcrição do acórdão do Tribunal Regional Federal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É que Vossa Excelência fez um resumo e, talvez, não tenha lido essa parte, por isso não percebi.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Então o Tribunal Regional julgou improcedente essa exceção e contra essa decisão foi tirado um *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. O advogado ali na assistência assente quanto a isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, era a única dúvida que tinha, porque, realmente, a concentração é perniciosa. A legislação instrumental prevê que o juiz deve pronunciar-se quanto ao que articulado em termos de perda de equidistância. Não admitindo o impedimento, tem de, então, remeter os autos respectivos ao órgão competente. No mais, não há como enquadrar a postura do magistrado no art. 252 do Código de Processo Penal. Atuou no ofício judicante como deveria fazê-lo.

Por isso, acompanho o Relator, indeferindo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Eu também acompanho o eminente Relator. Louvo o voto minucioso de Sua Excelência e também o trabalho do eminente advogado.

Tal como fizeram os Colegas, eu também entendo que, no atual estágio de evolução da nossa legislação penal, o art. 252 é de ser entendido em toda sua taxatividade. Sabemos que está em curso no Congresso Nacional um projeto de lei que busca separar a figura do juiz instrutor daquele correspondente à do juiz julgador. Mas, ao que consta, a norma ainda não foi aprovada. É uma instituição que existe na França, na Itália, entre outros países, e tem dado certo, segundo notícias que temos, sobretudo na Itália.

Portanto, mais uma vez louvando o eminente Relator, acompanho Sua Excelência.

EXTRATO DA ATA

HC 97.553/PR — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Sérgio Amilcar de Aguiar Maia. Impetrante: Carlos Alberto Farracha de Castro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus,* nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou o Dr. Carlos Alberto Farracha de Castro, pelo paciente. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias.

Brasília, 16 de junho de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 98.898 — SP

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Luiz Carlos Bordin — Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Crime de violação de direito autoral. Venda de CDs "piratas". Alegação de atipicidade da conduta por força do princípio da adequação social. Improcedência. Norma incriminadora em plena vigência. Ordem denegada.

I – A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal.

II – Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação.

III – Não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos.

IV – Ordem denegada.

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 decisão unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Ayres Britto.

Brasília, 20 de abril de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de *Luiz Claudio Bordin*, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa tem o seguinte teor:

Habeas corpus. Paciente condenado a 2 anos de reclusão, em regime semiaberto, e multa, pela prática do delito de violação de direito autoral (art. 184, § 2º do CPB). Posse, para posterior venda, de 180 cds piratas. Inadmissibilidade

da tese de atipicidade da conduta, por força do princípio da adequação social. Incidência da norma penal incriminadora. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. O paciente foi surpreendido por policiais estando na posse de 180 cds de diversos títulos e intérpretes, conhecidos vulgarmente como cds piratas; ficou constatado, conforme laudo pericial, que os cds são cópias não autorizadas para comercialização.

2. Mostra-se inadmissível a tese de que a conduta do paciente é socialmente adequada, pois o fato de que parte da população adquire tais produtos não tem o condão de impedir a incidência, diante da conduta praticada, do tipo previsto no art. 184, § 2º do CPB.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(Fl. 7.)

A inicial narra que o paciente foi condenado às penas de dois anos de reclusão em regime inicial semiaberto e ao pagamento de dez dias-multa, pela prática do crime capitulado no art. 184, § 2º, do Código Penal, consistente na comercialização de CDs e DVDs copiados sem a autorização do titular do direito autoral.

Infere-se dos autos que, contra a sentença, foi interposta apelação, que se viu desprovida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que deu ensejo à impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça.

Ao apreciar o *writ*, a Quinta Turma daquela Corte, repelindo a tese de atipicidade da conduta por força do princípio da adequação social, por unanimidade, denegou a ordem.

Esse o objeto da ação sob exame.

A impetrante alega, em síntese, ser a conduta do paciente socialmente adequada "visto que a sociedade não recrimina quem pratica a venda de CD's e DVD's reprografados e sim estimula cada vez mais a sua prática, dados os altos preços" (fl. 3).

Afirma, também, que, diante disso, torna-se incabível a valoração de tal conduta como criminosa, afastando-se sua tipicidade material em razão da aceitação da sociedade.

Sustenta, outrossim, que os pequenos contrafatores, por força do princípio da adequação social, não estão abrangidos pela norma do art. 184 do Código Penal e que somente os grandes contrafatores nela incidiriam, pois estes, sim, violariam, com a sua conduta ilícita, os direitos autorais.

Requer, ao final, a concessão de medida liminar "para o fim de suspender a prisão do paciente até o julgamento definitivo da presente ação" (fl. 2). No mérito, postula a concessão da ordem para que se declare que o fato imputado ao paciente é atípico, decretando, em consequência, a sua absolvição.

Em 5-5-2009, indeferi a medida liminar, bem como determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 17-18).

À fl. 21, o Ministério Público Federal solicitou fosse requisitada ao TJ/SP cópia da denúncia, da sentença e do acórdão proferido por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, providências que deferi em despacho de 20-5-2009.

Em atenção à determinação, o Tribunal estadual encaminhou, equivocadamente, informações acerca de ação penal instaurada contra Luis Carlos Bordin (fl. 33). Constatado o erro, reiterou-se o pedido (fls. 55-56).

Em 15-12-2009, finalmente foram recebidas as informações solicitadas (fls. 81-95).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Mário José Gisi, manifestou-se pelo indeferimento da ordem (fls. 98-102).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem, conforme passarei a demonstrar.

Como relatado, busca-se neste *writ* a concessão da ordem para que se declare a atipicidade da conduta do paciente – condenado pela prática do crime violação de direito autoral, previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal – em face do princípio da adequação social, ao argumento de que o comportamento daquele que vende CDs e DVDs "piratas" é socialmente aceito.

Não merece guarida a argumentação da impetrante.

Extraio da denúncia que o paciente

> violou direito de autor, com intuito de lucro, ao vender cópia de fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista, intérprete ou executante ou do direito de produtor de fonograma, quando foi surpreendido por policiais estando na posse de 180 cds de diversos títulos e intérpretes, conhecidos vulgarmente como "cds piratas"
> (Fl. 82.)

Ora, a conduta imputada ao réu amolda-se perfeitamente à figura típica descrita no art. 184, § 2º, do Código Penal, de forma que não se pode afastar a incidência da norma penal incriminadora.

Conforme leciona Rogério Greco:

> Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o

> fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.[1]

Em apoio a essa perspectiva menciono também os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt, para quem

> A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso, não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de exclusão da tipicidade. A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de desvirtuada atuação das autoridades constituídas (art. 2º, *caput*, da LICC).[2]

Nem se diga, como quer a impetrante, que, pelo fato de a sociedade tolerar e, o que é pior, estimular a prática do delito em questão, o comportamento do réu não poderia ser classificado de criminoso.

No ponto, transcrevo trecho do parecer exarado pelo ilustre representante do Ministério Público Federal que, com propriedade, afasta tal alegação (fls. 101-102):

> (...) não se pode admitir como socialmente lícita, no presente caso, a conduta reiterada de violação de direito autoral.
>
> De fato, existe desvirtuada condução da questão, por vezes garantindo-se até mesmo condições de comercialização e segurança à venda de produtos piratas por ambulantes. É evidente, também, que o desemprego constitui um dos problemas mais críticos enfrentados pela sociedade brasileira, uma vez que alcança uma expressiva parcela da força de trabalho do país.
>
> Essa prática encontrada em quase todo o território nacional, não autoriza os trabalhadores desempregados a prática de atividades ilícitas, sob pena de se instalar, em especial nas grandes cidades, uma verdadeira e incontrolável desordem social.
>
> Além disso, a prática de violação de direito autoral e comercialização de produtos piratas sempre foi objeto de fiscalização e repressão, em certas épocas mais efetiva, em outros momentos menos intensa, mas sempre foi considerada conduta ilícita. Tanto é verdade que quem vende CD's e DVD's piratas assim age com apreensão e temor de perda das mercadorias e até mesmo de prisão, buscando sempre ações que possam antever ou iludir a ação fiscal e policial. Daí, portanto, quem age escondido e com receio de ser preso ou ter seus produtos apreendidos não o faz com a complacência social.
>
> De outra parte, não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta, como a descrita nos autos, que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos.

Ante esse quadro, penso que o ato atacado não merece qualquer reparo, razão pela qual denego a ordem.

---

[1] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 58.

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, vou acompanhá-lo e sei que temos vários feitos em mesa, mas, muito resumidamente, gostaria de fazer algumas rápidas considerações diante da sustentação apresentada.

Em primeiro lugar, a pirataria é combatida, sim, por vários órgãos institucionais, o Ministério da Justiça tem o Plano Nacional de Combate à Pirataria, o Ministério Público e toda a sociedade atuam. Há vários órgãos como o de Defesa da Concorrência, de Defesa dos Direitos Autorais, existem propagandas institucionais que são veiculadas na televisão brasileira, orientando as pessoas a não venderem e a não comprarem produto pirata. Não há que se falar, ademais, que esse crime seria tolerado pela sociedade, como o fora antigamente o crime de adultério, hoje, já revogado do nosso Código Penal. Não. Não está certo isto! Pelo contrário, as instituições têm agido para divulgar que a pirataria é um crime.

E uma segunda consideração, Senhor Presidente, que eu gostaria de fazer é que, à época da sanção da Lei 10.695/2003, que deu a nova redação ao art. 184, eu estava na Subchefia para assuntos jurídicos da Casa Civil, que era e ainda é o funil de encaminhamento do projeto de lei para o Presidente da República sancionar ou vetar.

Naquela oportunidade, por ter trabalhado em São Paulo, na Secretaria de Implementação das Subprefeituras, que era a zeladoria da cidade, àquela época, eu tive o prazer e a honra de trabalhar com um cidadão, um servidor público extremamente dedicado à causa pública e à defesa dos mais desvalidos: o Senhor Rubens Possatti. Ele era o responsável exatamente pelo ordenamento da calçada, do seu uso, da criação de locais de venda, da retirada da calçada de vendedores ambulantes.

Naquela oportunidade, liguei a esse cidadão, a esse servidor e lhe perguntei qual era a posição dos vendedores ambulantes em relação a esse tipo penal que estaria sendo aperfeiçoado pela nova legislação. E ele disse o seguinte: que os próprios vendedores ambulantes repudiavam aqueles que vendiam produtos piratas; porque são aqueles que vendem produtos piratas que fazem com que surjam preconceitos àqueles vendedores ambulantes que tentam trabalhar na legalidade e na institucionalidade. Então, ele mesmo me reportou isso. Que esse projeto de lei contava com apoio dos vendedores ambulantes que queriam vender produtos corretos, produtos honestos, pagando os direitos, pagando os tributos e, exatamente, cumprindo com os deveres de todos os cidadãos.

Ademais, como Vossa Excelência já trouxe, o dispositivo está vigente, não podemos legislar aqui e derrogar.

Por isso, e pedindo desculpas aos Colegas, pela carga de serviço que temos, mas eu tinha que fazer essas considerações diante do que foi trazido da tribuna.

Assim, acompanho o voto de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Não, as considerações de Vossa Excelência são bem-vindas e certamente enriquecem o julgamento deste caso. O defensor público, cumprindo a sua missão, seu papel

institucional, procurou veicular mais uma nova tese, mas Vossa Excelência trouxe subsídios importantes para repeli-la com mais substância.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, também acompanho Vossa Excelência, tal como foi dito no seu voto, com os aportes agora do Ministro Toffoli, não vejo nenhuma adequação social da conduta que pudesse, de alguma forma, sequer pôr em dúvida, não quanto à legalidade, porque como disse Vossa Excelência, a lei aí está e está em vigor. Não caiu em desuso, muito pelo contrário.

Segundo, que, como disse o Ministro Toffoli, agora, enfatizando o que Vossa Excelência já havia dito, essa é uma conduta que vários órgãos governamentais...

O Estado brasileiro gasta dinheiro para veicular em matéria de educação que isto é crime, não façam. E isto não é uma realidade do Brasil. Nós sabemos que alguns Estados nacionais são aliás mal-vistos no sentido comercial, exatamente por esse tipo de prática, que pode colocar em xeque até mesmo nas relações internacionais, receber punições nos órgãos como a OMC, entre outras.

Então, por tudo isso, realmente, louvo o empenho de um advogado que busca, na medida do que pode, enfim, inovar.

Mas, efetivamente, não vejo como sair do que realmente configura um ilícito, um ilícito muito bem caracterizado, como Vossa Excelência colocou. E quanto à bagatela – Vossa Excelência lembrou bem – o juiz já não considerou, porque não era o primeiro crime desse paciente. Então não seria realmente de se aplicar e, portanto, nem sequer de se cogitar.

Eu acompanho às inteiras o voto de Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não estamos diante do tipo, que diria simples, da cabeça do art. 184 do Código Penal:

> Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Para ele é prevista uma pena que não é draconiana, não é tão grave. Está-se diante da forma qualificada do § 1º do citado artigo no que se visou ao lucro, tendo presente algo que interessa à sociedade preservar, ou seja, a propriedade imaterial, intelectual.

Não cabe aqui, Presidente, potencializar a participação do autor dessa propriedade, do titular dela, na venda dos produtos para concluir-se pela existência do crime de bagatela.

O que se deve levar em conta é o objeto protegido – e mais do que isso, a quadra vivenciada. Não estamos a adentrar o campo da hipocrisia, deixando de reconhecer que a pirataria grassa, e, por isso, precisa ser combatida.

Essa é a minha óptica, enaltecendo o que veiculado da tribuna, mas não vendo margem para acolher a sustentação. Acompanho Vossa Excelência, indeferindo a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 98.898/SP — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Luiz Claudio Bordin. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo, pelo paciente. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Ayres Britto.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson de Almeida.

Brasília, 20 de abril de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 99.684 — SP

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Fernando Machado de Santana — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processual penal. *Habeas corpus*. Entrevista reservada. Direito ligado ao ato de interrogatório. Alegado cerceamento de defesa. Inexistência. Ausência de prejuízo. Ordem denegada.

1. A questão de direito tratada neste *habeas corpus* diz respeito ao suposto cerceamento na defesa do paciente por ter sido negado pedido de entrevista reservada com seu defensor antes da audiência de instrução e julgamento.

2. O direito de entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor está ligado ao interrogatório do acusado e não à audiência de instrução e julgamento. A garantia possibilita ao réu que não possua advogado constituído conversar antecipadamente com o defensor nomeado, para que possa ser orientado sobre as consequências de suas declarações, de modo a não prejudicar sua defesa.

3. Não há no termo de interrogatório qualquer referência quanto à negativa de pedido de entrevista reservada com o acusado antes daquele ato (fls. 67-69).

4. O fato de não ter sido oportunizada entrevista reservada entre o paciente e seu defensor antes da audiência de instrução e julgamento não é capaz de acarretar, por si só, a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Dessa forma, não restou demonstrado o efetivo prejuízo à defesa do paciente causado em razão da negativa de entrevista reservada previamente à audiência de instrução e julgamento.

6. *Habeas corpus* denegado.

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, 24 de novembro de 2009 — Ellen Gracie, Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra julgamento colegiado da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao agravo regimental no HC 103.113/SP. O acórdão atacado está assim ementado:

> *Agravo regimental em habeas corpus. Roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I e II do CPB). Indeferimento liminar do writ. Impetração contra decisão que negou o pedido de tutela liminar. Súmula 691/STF. Ausência de inequívoca ilegalidade. Decisão da instância anterior que, fundamentadamente, afastou a alegação de excesso de prazo e de cerceamento de defesa, indeferindo a liminar pleiteada e mantendo a constrição cautelar do paciente. Recurso desprovido.*
>
> 1. Não se admite a impetração de *habeas corpus* neste STJ contra decisão monocrática denegatória de liminar em *writ* anterior, a não ser que reste demonstrada flagrante ilegalidade no ato atacado, beirando a teratologia jurídica, sob pena de supressão de instância, (Súmula 691/STF), salvo em hipóteses excepcionais, em que emergir dos autos situação de flagrante ilegalidade ou ofensa de direito subjetivo.
>
> 2. Destarte, o entendimento proferido pelo Tribunal *a quo*, ao indeferir a liminar pleiteada e manter a prisão cautelar do paciente, acusado pela suposta prática de roubo circunstanciado, não se mostra, de forma alguma, flagrantemente ilegal, abusivo ou teratológico, a ponto de autorizar a mitigação da orientação já sumulada pelo Pretório Excelso de que não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere pedido liminar.
>
> 3. No *writ* originário, o Relator do feito reputou inexistente qualquer cerceamento de defesa no indeferimento do pedido de entrevista reservada do defensor público, porquanto não há previsão legal para ato, além de já ter sido oportunizada a conversa reservada antes da audiência. De outra parte, conforme consignado no *decisum* que indeferiu a liminar, não foram juntados documentos no *habeas corpus* anterior aptos a comprovar o excesso de prazo alegado, que, em parte, decorreria da fuga do réu do estabelecimento prisional, situação que teria conturbado o andamento processual.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

2. O paciente foi preso em flagrante delito e denunciado pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, *caput*, todos do Código Penal.

A defesa requereu a liberdade provisória do paciente, que foi negada pelo juiz da causa. Impetrou *habeas corpus* ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, alegando excesso de prazo na custódia cautelar e cerceamento de defesa; contudo, a ordem foi denegada.

Sobreveio na ação penal a sentença condenatória, que acolheu o pedido acusatório e condenou o paciente. Foi interposto recurso de apelação, que se encontra pendente de julgamento na segunda instância.

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, ter havido cerceamento de defesa, porque lhe teria sido negado o pedido de entrevista reservada com o paciente, antes da audiência de instrução e julgamento.

Assim, requer a concessão da ordem, para que sejam anulados todos os atos do processo praticados desde a audiência de instrução e julgamento e, por conseguinte, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente, para que aguarde seu julgamento em liberdade.

Pugna pela prévia intimação do Defensor Público-Geral da União acerca do julgamento do presente *writ*, para que possa exercer o direito de sustentação oral.

3. Prestaram informações o Juízo da 1ª Vara Federal Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Superior Tribunal de Justiça.

4. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A questão de direito tratada neste *habeas corpus* diz respeito ao suposto cerceamento na defesa do paciente por ter sido negado pedido de entrevista reservada com seu defensor antes da audiência de instrução e julgamento.

2. Primeiramente, verifico que na espécie o interrogatório do paciente ocorreu em 10-8-2007 e a audiência de instrução e julgamento, no dia 24 daquele mês. Tais atos se deram, portanto, antes da promulgação da Lei 11.719/2008, que instituiu a audiência una no processo penal e deslocou o interrogatório do acusado para o último ato instrutório. Desse modo, aplica-se ao caso o princípio *tempus regit actum*.

Feita essa observação inicial, ressalto que o direito de entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor está ligado ao interrogatório do acusado e não à audiência de instrução e julgamento. A garantia possibilita ao réu que não possua advogado constituído conversar antecipadamente com o defensor nomeado, para que possa ser orientado sobre as consequências de suas declarações, de modo a não prejudicar sua defesa.

3. Compulsando os autos, observo que o paciente foi assistido por defensor público durante todo o processo e foi respeitado seu direito de presença na audiência. A Defensoria Pública da União esteve presente no interrogatório do acusado e na audiência de instrução e julgamento.

Não há no termo de interrogatório qualquer referência quanto à negativa de pedido de entrevista reservada com o acusado antes daquele ato (fls. 67-69).

4. Quanto à alegação de cerceamento de defesa, oportuno transcrever o seguinte trecho da sentença penal (fl. 78):

> Rejeito, todavia, a preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que este não ocorreu.
>
> Nesse ponto, reporto-me aos argumentos expendidos no termo de fls. 121/122, frisando, mais uma vez, que o defensor, ao contrário do afirmado nas alegações

finais, teve a oportunidade de conversar com o acusado antes da realização da audiência, não tendo sido deferida, apenas, a realização de entrevista em ambiente fechado, sem a presença da escolta, uma vez que tal deferimento acarretaria riscos para a segurança das demais pessoas que se encontravam no local e, inclusive, para o próprio defensor, pela ausência de espaço reservado a tais entrevistas neste prédio.

(...)

Nesse ponto, cabe salientar que a defensoria já havia tido contato com o réu na ocasião em que este foi interrogado, tendo apresentado, também, defesa prévia.

Observo que o defensor público teve oportunidade de conversar com o paciente antes da audiência.

5. O fato de não ter sido oportunizada entrevista reservada entre o paciente e seu defensor antes da audiência de instrução e julgamento não é capaz de acarretar, por si só, a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo art. 563 do Código de Processo Penal.

Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que "a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta" (HC 85.155, de minha relatoria, *DJ* de 15-4-2005).

A impetrante não demonstrou o efetivo prejuízo à defesa do paciente causado em razão da negativa de entrevista reservada previamente à audiência de instrução e julgamento.

6. Ante o exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus.*

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 99.684/SP — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Fernando Machado de Santana. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: 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 Celso de Mello e Cezar Peluso.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 24 de novembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 100.008 — RS

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Paulo Roberto de Assis — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coatora: Relatora do Resp 961.464 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Posse ilegal de arma de fogo ocorrida na vigência da Lei 9.437/1997, revogada pela Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Nulidade de exame pericial inviável na via do *habeas corpus*. Impossibilidade de dilação probatória. Eventual nulidade do exame pericial na arma de fogo não descaracteriza o delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/2003 (previsto antigamente no art. 10 da Lei 9.437/1997). Precedentes.**

1. A alegada nulidade do exame pericial, em virtude de ter sido "realizado por policiais que atuaram nos autos do inquérito e sem a qualificação necessária à realização de tais exames", em total desacordo com a regra prevista no art. 159, § 1º, do CPP, não pode ser verificada na via estreita do *habeas corpus*, pois essa análise demandaria reexame do conjunto probatório.

2. Eventual nulidade do exame pericial na arma de fogo não descaracteriza o delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/2003 (previsto antigamente no art. 10 da Lei 9.437/1997) quando existir um conjunto probatório que permita ao julgador formar convicção no sentido da existência do crime imputado ao réu, bem como da autoria do fato (nesse sentido: HC 89.248/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 6-11-2006).

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, 18 de maio de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Paulo Roberto de Assis, apontando como autoridade coatora a Ministra **Laurita Vaz**, do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial 961.464/RS, interposto naquela Corte pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Sustenta a impetrante, em síntese, a necessidade de exame pericial para configurar o delito de porte ilegal de arma de fogo. Aduz, para tanto, que, embora tenha sido elaborado o exame pericial na arma de fogo apreendida, "este não atendeu aos ditames legais, tampouco às formalidades específicas, pois foi **realizado por policiais que atuaram nos autos do inquérito** e **sem a qualificação necessária à realização de tais exames**, restando nulo de pleno direito" (fls. 8/9 – Grifos no original).

Requer a concessão da ordem para "cassar a decisão monocrática da Ministra **Laurita Vaz** do Superior Tribunal de Justiça, restabelecendo-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que absolveu o assistido *Paulo Roberto de Assis*, por considerar imprescindível o exame pericial em arma de fogo para a configuração do delito tipificado no art. 10 da Lei 9.437/97" (fl. 10).

Por não haver pedido de liminar a ser apreciado e por estarem os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, foram dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora (fls. 41 a 45).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 52 a 57).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra decisão monocrática da Ministra **Laurita Vaz**, do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial 961.464/RS, interposto naquela Corte pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, e que tem como objetivo o restabelecimento do "acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que absolveu o assistido *Paulo Roberto de Assis*, por considerar imprescindível o exame pericial em arma de fogo para a configuração do delito tipificado no artigo 10 da Lei 9.437/97" (fl. 10).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo à pena de 1 ano e 7 meses de reclusão, em regime aberto, substituída pela apresentação trimestral em juízo (fls. 16 a 20).

Contra essa decisão, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs apelação criminal, tendo a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça gaúcho negado provimento ao recurso e, "em *reformatio in mellius*, [absolvido] o acusado, forte no artigo 38/6, inciso II, do Código de Processo Penal, de imputação de incurso nas sanções do artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, prejudicado o exame da preliminar de nulidade da sentença" (fl. 26).

Irresignado, o *Parquet* estadual interpôs o Resp 961.464/RS, ao qual a Ministra **Laurita** Vaz, por decisão monocrática, deu provido, nos termos seguintes:

> (...)
> Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* contra acórdão proferido na Apelação Criminal n. 70015370448,

pelo Tribunal de Justiça local, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal.

Consta nos autos que o Recorrido foi condenado às penas de 1 (um) ano e 7 (sete) meses de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97. A pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva, consistente em apresentações trimestrais em juízo.

Contra essa sentença, o Ministério Público interpôs Apelação Criminal, a que se negou provimento. O Tribunal *a quo*, ainda, absolveu o Recorrido, com base no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal. O acórdão restou assim ementado:

> "1 – *Receptação dolosa*. Incomprovada a ciência da origem ilícita da coisa apreendida. Absolvição mantida. Apelo ministerial improvido.
>
> 2 – *Porte ilegal de arma de fogo*. Nulidade do exame pericial indispensável para comprovar a ofensividade da arma. Materialidade indemonstrada. Absolvição proclamada, em *reformatio in mellius unânime*."
>
> (Fl. 280.)

Irresignado, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs o presente recurso especial, alegando divergência jurisprudencial, negativa de vigência ao art. 10 da Lei n. 9.437/97 e contrariedade ao art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal, na medida em que o crime de porte ilegal de arma de fogo consuma-se com o simples porte sem a devida autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Sendo assim, para caracterizar esse crime, não é necessária perícia para averiguar o funcionamento da arma. Aduz, portanto, que o acórdão deve ser reformado com relação à decretação de nulidade da perícia.

Assim, requer a condenação do Recorrido nos termos da sentença de primeiro grau.

Contrarrazões às fls. 314/318.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 327/329).

É o relatório. Decido.

De início, verifica-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo no permissivo constitucional, o interesse recursal, a legitimidade, a exposição da suposta contrariedade a dispositivo legal, o prequestionamento e os pressupostos dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Passo à análise do mérito.

O Tribunal *a quo* reformou a sentença condenatória, nos seguintes termos:

> "Em relação a este fato-crime, com a vênia da Colega singular, estou optando por, em *reformatio in mellius* – admitida pela doutrina e jurisprudência: a ausência de recurso defensivo não impede que a instância *ad quem*, no apreciar o recurso acusatório (até porque devolvido ao Tribunal o exame do mérito e da prova), repare eventual erro que venha a constatar na condenação ou na dosimetria da pena (situações a autorizar a revisão criminal); o que a lei processual veda (art. 617 do CPP) é a *reformatio in pejus* –, absolver o apelado.
>
> Dou as razões.
>
> É que, apesar de não fazer a Lei n. 9.437/97 menção expressa às condições de funcionamento da arma de fogo, inquestionável que sua aptidão, afirmada pelo necessário exame pericial, é requisito essencial à configuração dos crimes previstos em seu artigo 10.
>
> (...)

No caso dos autos, é fato que a arma apreendida em poder do apelante – o revólver, marca Rossi, calibre 38, n. AA074434, IT 9677 (auto de fls. 13) –, foi submetida a exame de constatação de funcionamento e potencialidade.

No entanto, o exame retratado no auto de fls. 86 é nulo e imprestável ao fim a que se destina, pois que as *experts* nomeadas – Leda Beatriz Longo e Ana Cristina da Silva Cavalheiro (fls. 85) – são policiais civis vinculadas e subordinadas ao presidente do inquérito, não possuindo, destarte, a indispensável isenção e independência, tributos imprescindíveis ao encargo, para atuarem como peritas não oficiais.

De outra banda, o fato de se tratar de crime de mera conduta, não faz prescindível o exame pericial; a funcionalidade da arma é situação inerente ao tipo penal e sua prova é indispensável – é que se o agente porta arma de fogo defeituosa e sem condições de efetuar disparos, ainda que desconheça tal situação e até suponha o contrário, não comete crime algum – para configuração do delito previsto no artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97.

E, nulo o exame pericial de fls. 86, valor probatório algum lhe pode ser outorgado, restando, em consequência, improvada a materialidade delitiva, decorrendo daí a absolvição, com o que resta prejudicada a preliminar de nulidade da sentença arguida pelo apelante (MP)."

(Fls. 285/287.)

Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que eventual nulidade do laudo pericial ou até a sua ausência não impede o enquadramento da conduta de portar arma de fogo no tipo previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/97.

Para restar configurado o crime do art. 10 da Lei n. 9.437/97 é necessário existir um conjunto probatório que permita ao julgador formar convicção no sentido da existência do crime imputado ao réu, bem como da autoria do fato.

Cabe acrescentar que o legislador ao criminalizar o porte clandestino de armas e munições preocupou-se, essencialmente, com o risco que a posse ou o porte de armas de fogo ou de munições, à deriva do controle estatal, representa para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros. Assim, antecipando a tutela penal, pune essas condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto.

Dessa forma, verifica-se que o Tribunal *a quo* divergiu da jurisprudência, ao absolver o Recorrido da imputação de porte ilegal de arma pela falta de materialidade, em virtude de irregularidades no laudo pericial.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

"*Direito penal. Agravo regimental. Porte ilegal de arma. Nulidade do laudo pericial. Irrelevância para a caracterização do delito. Recurso desprovido.*

1. A nulidade do exame pericial que ateste a potencialidade lesiva da arma de fogo não desconfigurara o tipo previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03.

2. É entendimento pacífico desta Corte Superior de Justiça que, para a configuração do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, basta que o agente porte arma de fogo sem autorização ou em desacordo com a determinação legal. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 913.986/RS, Rel. Ministra **Jane Silva** (*Desembargadora Convocada Do TJ/MG*), 6ª Turma, DJe 14/04/2008).

(...)

Assim, mantidas as demais cominações do aresto hostilizado, fica a pena-base do Recorrido quantificada no mínimo legal, isto é, 1 (um) ano de detenção e 10 dias-multa.

A pena provisória permanece no mesmo patamar, porque não há a possibilidade de redução pela atenuante da confissão espontânea (fl. 232).

Não há causas especiais de aumento ou diminuição de pena.

Portanto, tem-se a pena definitiva de **1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo**.

Mantenho, ademais, a pena restritiva de direitos, substitutiva da privativa de liberdade supramencionada, fixada na sentença condenatória à fl. 232.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal, *dou provimento* ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, condenar o Recorrido pelo crime do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, com os ajustes daí decorrentes.

(Fls. 34 a 37 – Grifos no original.)

Essa decisão transitou em julgado em 23-6-2009 (informação obtida através do sítio do STJ na internet: www.stj.jus.br).

Daí o presente *habeas corpus*.

Inicialmente, tenho que a alegada nulidade do exame pericial, em virtude de ter sido "realizado por policiais que atuaram nos autos do inquérito e sem a qualificação necessária à realização de tais exames" (fl. 9 – grifos no original), em total desacordo com a regra prevista no art. 159, § 1º, do CPP, não pode ser verificada na via estreita do *habeas corpus*, pois essa análise demandaria reexame do conjunto probatório. Conforme observou o Ministro **Ayres Britto**, em seu voto, quando do julgamento do HC 100.215/RS, desta Primeira Turma, "em sede de *habeas corpus*, fica difícil desqualificar a validade do auto de constatação e verificação de eficácia da arma de fogo e demais elementos de convicção de que se valeu o Juízo originário da causa para a condenação do paciente" (*DJE* de 27-11-09).

No mesmo sentido, os seguintes julgados: HC 95.569/RS, Primeira Turma, Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJE* de 4-9-2009; HC 95.054/RS, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJE* de 19-12-2008; RHC 93.853/PA, Primeira Turma, Rel. Min. **Menezes Direito**, *DJ* de 30-5-2008; HC 92.260/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 9-11-2007; HC 83.825/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 26-3-2004, entre outros.

Ademais, eventual nulidade do exame pericial na arma de fogo não descaracteriza o delito previsto no art. 14, *caput,* da Lei 10.826/2003 (previsto antigamente no art. 10 da Lei 9.437/1997) quando existir um conjunto probatório que permita ao julgador formar convicção no sentido da existência do crime imputado ao réu, bem como da autoria do fato. Nesse sentido, o HC 89.248/PR, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 6-11-2006.

É o que se vislumbra na presente hipótese, em que a condenação restou amparada no depoimento do próprio paciente, aliado aos fatos mencionados pelas testemunhas, como se vê do seguinte trecho da sentença:

(...)

O réu, em seu interrogatório, afirmou que havia comprado a arma para a sua própria defesa e a levava na cintura, sob a camisa. Estava em uma parada de ônibus, quando houve a abordagem.

Os policiais, quando ouvidos, não sabiam esclarecer a situação. Com o decurso do tempo não lembravam exatamente como haviam ocorrido os fatos, no entanto foram capazes de informar que o réu estava com a arma, e esta foi apreendida, municiada.

Claudemir alegou que estava com outros policiais em patrulhamento e avistaram três pessoas. Quando foram efetuar a revista somente estava o réu. Teriam encontrado a arma em um terreno, próximo ao réu, mas a sua colega, que participava da revista, viu quando o réu retirou-a da cintura e jogou no terreno.

(...)

Certamente se houvesse somente a análise dos depoimentos testemunhais, não haveria prova suficiente, pois não são esclarecedores, contundentes. No entanto, não se pode olvidar que há a palavra do réu, confirmando que estava portando a arma para a sua própria defesa.

(Fls. 18/19.)

Destaco, ainda, a manifestação do Ministério Público Federal, a qual faz referência a diversos precedentes desta Suprema Corte sobre a matéria:

(...)

Em que pese o esforço argumentativo da impetrante para demonstrar a invalidade do laudo pericial realizado na arma de fogo apreendida, fato é que não foi juntado aos autos cópia do referido exame.

Frise-se que constitui ônus do impetrante a instrução adequada do remédio constitucional, com documentos necessários ao exame da pretensão posta em juízo. Sobre o assunto, a jurisprudência desse Pretório Excelso:

"*Habeas corpus – Extinção da punibilidade – Prescrição da pretensão executória do Estado – Paciente que constituiu defensor técnico – Pedido insuficientemente instruído – Indeferimento – Ressalva quanto à renovação do pleito*. – **A ação de *habeas corpus* – que possui rito sumaríssimo – não comporta, em função de sua própria natureza processual, maior dilação probatória, eis que ao impetrante compete, na realidade – sem prejuízo da complementação instrutória ministrada pelo órgão coator –, subsidiar, com elementos documentais pré-constituídos, o conhecimento da causa pelo Poder Judiciário**. – **A utilização adequada do remédio constitucional do *habeas corpus* impõe, em consequência, seja o *writ* instruído, ordinariamente, com documentos suficientes e necessários à análise da pretensão de direito material nele deduzida.** – A existência de dúvidas fundadas, especialmente quando relativas à própria consumação da prescrição penal, impõe o indeferimento do pedido, sem prejuízo de sua renovação, uma vez suficientemente instruído com os elementos de informação necessários a descaracterização da incerteza constatada".

(STF, 1ª Turma, HC 68.698/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 21-2-1992, p. 01694.)

De qualquer modo, ainda que o caderno processual restasse suficientemente instruído, melhor sorte não assistiria à impetrante no que se refere à questão.

Ora, a eventual imprestabilidade do laudo pericial, face à suposta e discutível ausência de qualificação técnica dos peritos, não descaracterizaria a conduta típica, já que existentes outros elementos comprobatórios do crime, a exemplo da confissão do acusado.

Não bastasse, o artigo 10 da Lei n. 9.437/97, correspondente ao art. 14 da Lei n. 10.826/03, assim dispunha:

> "**Art. 10**. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
>
> Pena – detenção de um a dois anos e multa."

O tipo legal em questão era claro ao exigir tão somente o ato de portar ilegalmente a arma de fogo, configurando, portanto, *crime de mera conduta*. Nesse passo, consoante refere o dispositivo, a ação de simplesmente portar ilegalmente a arma de fogo já seria punível, dado seu perigo abstrato, sendo despicienda a comprovação da potencialidade lesiva da referida arma, sobretudo pelo fato de o bem protegido pela norma ser a incolumidade pública.

Não é outro o entendimento predominante nesta Suprema Corte:

> "*Ementa: Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Porte de arma de fogo desmuniciada. Inteligência do art. 14 da Lei 10.826/2003. Tipicidade reconhecida. Crime de perigo abstrato. Recurso desprovido. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia.* **II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não municiada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação. III – Recurso desprovido**."
>
> (STF, 1ª Turma, RHC 90.197/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*-167 4-9-2009.)
>
> "*Ementa: Habeas corpus. Crime de porte ilegal de arma de fogo (Lei 10.826/2003, art. 14). Alegações de inépcia da denúncia e de atipicidade da conduta. Fato ocorrido no período de 180 dias a que se refere o estatuto do desarmamento para regularização de armas.* Tratando-se de denúncia que narra os fatos com minudência, indicando data, local e especificidades do ocorrido, atende ela aos requisitos do art. 41 do CPP. O Estatuto do Desarmamento não aboliu o crime de porte ilegal de arma de fogo. Apenas determinou que os possuidores ou proprietários de armas de fogo sem registro deveriam regularizá-las ou devolvê-las à Polícia Federal. *Portá-las, sem registro, em via pública,* como instrumento de ameaça à própria esposa, *continuava e continua configurando prática delituosa (art. 14 da Lei 10.826/2003). Pensar de modo diverso transformaria o Estatuto do Desarmamento num código de despenalização de delitos vinculados à posse e ao porte ilegal de armas de fogo. O que se oporia a própria finalidade da lei, aprovada com o claro objetivo de restringir a utilização desse tipo de armamento* (Precedente: RHC 86.681). Ordem denegada."
>
> (STF, 1ª Turma, HC 86.559/MG, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 8-6-2007, pp-000370.)

"*Ementa: Penal. Processual penal. Habeas corpus. Porte de arma de fogo. Art. 10 da Lei 9.437/1997 e superveniência da Lei 10.826/2003. Abolitio criminis. Inocorrência. Perícia para a comprovação do potencial lesivo da arma. Desnecessidade. Ordem denegada.* I – É pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que a *vacatio legis* prevista nos arts. 30 a 32 da Lei 10.826, conhecida por "Estatuto do Desarmamento", não tornou atípica a conduta do porte ilegal de arma. II – Para a configuração do crime de porte de arma de fogo não importa se a arma está ou não municiada ou, ainda, se apresenta regular funcionamento. III – Primeiro porque o Estatuto do Desarmamento, em seu art. 14, tipificou criminalmente a simples conduta de portar munição, a qual, isoladamente, ou seja, sem a arma, não possui qualquer potencial ofensivo. IV – Depois, porque a objetividade jurídica dos delitos previstos no Estatuto transcendem a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e de todo o corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que ele propicia. **V – Mostra-se, pois, despicienda a ausência ou nulidade do laudo pericial da arma por ter sido realizado por peritos sem conhecimento técnico especializado.** VI – Ordem denegada."

(STF, 1ª Turma, HC 93.188/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*-043 6-3-2009.)

Ante o exposto, opinamos pela denegação da ordem.

(Fls. 54 a 57 – Grifos no original.)

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia para assentar, em primeiro lugar, que as normas penais são, de regra, imperativas, ou seja, a manifestação de vontade do acusado não afasta – porque seria muito fácil chegar até mesmo à absolvição – a incidência do preceito.

Tem-se, ante o teor do art. 25 da Lei do Desarmamento, uma formalidade essencial. Versa a feitura de laudo pericial a ser juntado ao processo.

Indago: um exame procedido por policiais militares equivale ao que exigido pela lei, em termos de forma? Equivale a laudo pericial? É possível agasalhar-se o pronunciamento daqueles que estão no campo da própria repressão, que são os policiais militares? A meu ver, não, Presidente. E repito: o fato de o acusado haver dito que a arma era para a própria defesa não afasta a exigência que entendo imperativa de proceder-se ao exame pericial, por técnico habilitado – e geralmente não são os policiais militares, os soldados, sargentos, cabos ou mesmo de patente mais alta –, e de haver a confecção do laudo para a juntada ao processo por perito desimpedido.

Peço vênia ao Relator para conceder a ordem e restabelecer o entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Vou pedir vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, porque já votei no mesmo sentido do eminente Relator, entendendo que, em circunstâncias excepcionais e quando existem outras provas integrando nos autos no sentido da letalidade da arma de fogo, é dispensável a perícia.

EXTRATO DA ATA

HC 100.008/RS — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Paulo Roberto de Assis. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relatora do Resp 961.464 do 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. Ausente, justificadamente, o Ministro Ayres Britto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ayres Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 18 de maio de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 100.545 — SP

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente e Impetrante: Carlos Mateus dos Santos — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processual penal. Falta grave. Recusa ao trabalho. Justificativa não analisada. Regressão de regime e perda dos dias remidos. Falta de razoabilidade. Ordem concedida.**

I – A justificativa apresentada pelo detento para a recusa ao trabalho não foi sequer examinada pelo Juízo da Execução Criminal.

II – Não parece razoável imputar a um apenado, que tenha trabalhado regularmente por 1.488 dias, conseguindo remir 496 dias de sua pena, o cometimento de falta grave consistente na recusa injustificada à obrigação laboral.

III – 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 decisão unânime, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Ayres Britto.

Brasília, 27 de abril de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por *Carlos Mateus dos Santos*, em nome próprio, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem requerida no HC 112.425/SP (Rel. Min. Laurita Vaz).

O impetrante narra, em suma, que se encontra cumprindo pena de dezesseis anos de reclusão pela prática dos delitos previstos nos arts. 213 e 214, ambos do Código Penal (na redação anterior às alterações promovidas pela Lei 12.015/2009).

Aduz, mais, que, no curso da execução penal, foi revogado o regime semiaberto que anteriormente lhe fora concedido, em razão do cometimento de falta grave consistente na recusa ao trabalho (art. 50, VI, da Lei de Execução Penal).

Contra essa decisão, manejou *writ* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, posteriormente, outro no STJ, sendo denegada a ordem em ambas as impetrações.

É contra essa última decisão que se insurge o impetrante.

Alega, em síntese, que jamais se recusou a trabalhar e que no dia em questão deixou de fazê-lo em virtude de problemas de saúde.

Assevera, também, que a falta grave foi decretada sem a sua oitiva, o que acarretou, além da regressão de regime, a perda de 494 dias remidos.

Argumenta que foi vítima de preconceito e abuso de poder em razão dos crimes que praticou.

Ressalta, ainda, a desproporção entre a falta cometida e a sanção aplicada.

Requer, ao final, a desclassificação da falta cometida e a restituição dos dias remidos.

Em 8-9-2009, indeferi o pedido de medida liminar. Na mesma ocasião, solicitei informações ao Juízo de Direito da Segunda Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, além de determinar a remessa do feito para manifestação do Procurador-Geral da República (fls. 25-26).

As informações foram prestadas às fls. 42 e 63.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Mário José Gisi, opinou pela concessão da ordem (fls. 109-114).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eis o teor da ementa do acórdão ora guerreado:

> *Ementa. Habeas corpus. Penal. Execução penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Inconstitucionalidade do óbice à progressão de regime. Reiteração de pedido já concedido. Regressão cautelar de regime prisional. Prática de falta grave. Cabimento. Lei 11.464/2007. Aplicação retroativa. Impossibilidade. Requisito objetivo. Art. 112 da lei de execução penal. Ordem concedida de ofício.*
>
> 1. O presente *habeas corpus*, nos termos em que foi proposto, não comporta conhecimento, porque o afastamento do óbice à progressão de regime consubstancia-se mera reiteração do pedido deduzido no HC 66.408/SP, onde a ordem foi concedida.
>
> 2. Evidenciada a prática de falta grave, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional pelo Juiz da Execução, sem a exigência da oitiva prévia do condenado, necessária tão somente na regressão definitiva. Descabe, assim, conceder a ordem nos termos do parecer ministerial.
>
> 3. A Lei 11.464/2007 por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar os delitos praticados antes de sua entrada em vigor, sobretudo na espécie, onde esta Corte Superior, nos autos do *writ* anteriormente concedido, ao afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena, assegurou progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que seja adotado como critério objetivo aquele previsto no art. 112 da Lei 7.210/1984, ficando a aferição dos demais requisitos a cargo do Juiz da Execução Penal.
(Fl. 110.)

Bem examinada a questão, verifico que o caso é de concessão da ordem.

Extrai-se dos autos que foi imposta ao paciente uma pena de 16 anos de reclusão, cujo cumprimento se iniciou em 15-4-2001, com previsão de término em 15-2-2018 (fl. 56).

Em 20-3-2007, foi-lhe concedida progressão ao regime semiaberto. Todavia, em 15-10-2008, sob a suposta ocorrência de falta grave, consistente na recusa ao trabalho, foi determinada a regressão para o regime fechado e a perda dos dias remidos (fl. 57).

De início, ressalto que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o cometimento de falta grave acarreta a regressão de regime de cumprimento de pena e a perda dos dias remidos, não cabendo falar em direito adquirido pelo tempo cumprido.

Nesse sentido, trago à colação a seguinte ementa:

Direito penal. Habeas corpus. Execução da pena. Fuga do estabelecimento prisional. Falta grave. Regressão de regime. Recontagem do prazo para concessão de benefícios previstos na lei de execuções penais. Súmula Vinculante 9. Perda dos dias remidos. Denegação. 1. O tema em debate neste *habeas corpus* se relaciona à possibilidade de regressão de regime, de recontagem do requisito temporal para obtenção de benefícios previstos na LEP e de perda dos dias remidos, quando houver a prática de falta grave pelo apenado. 2. **Orientação predominante no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a regressão de regime** e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena (RHC 85.605, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 14-10-2005). 3. Em tese, se o réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime prisional mais gravoso (regressão prisional), logicamente é do sistema jurídico que o réu que cumpre pena corporal em regime fechado (o mais gravoso) deve ter reiniciada a contagem do prazo de 1/6, levando em conta o tempo ainda remanescente de cumprimento da pena. 4. O cômputo do novo período aquisitivo do direito à progressão de regime, considerando-se o lapso temporal remanescente de pena, terá início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado ou, no caso de fuga do estabelecimento prisional, de sua recaptura. 5. Quanto à perda dos dias remidos, registro que o tema já foi objeto de consolidação da orientação desta Corte através da edição do enunciado da Súmula Vinculante 9 – "O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58". 6. O cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a perda dos dias remidos pelo trabalho, inexistindo motivo para se cogitar de eventual violação a direito adquirido (HC 89.784/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 2-2-2007). 7. **A perda do direito ao benefício da remição dos dias**

trabalhados em decorrência de falta grave não atenta contra o princípio da individualização da pena (AI 601.909-ED/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 6-10-2006), **bem como não viola os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana** (AI 580.543-AgR/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 1-6-2007). 8. *Habeas corpus* denegado.
(HC 100.953/RS, Rel. Min. Ellen Gracie – Grifos meus.)

No mesmo sentido cito: HC 97.160/RS, Rel. Min. Carlos Britto; HC 95.883/RS, Rel. Min. Eros Grau; HC 94.652/RS, Rel. Min. Menezes Direito; HC 94.550/RS e HC 97.481/SP, ambos de minha relatoria.

Entretanto, o caso sob exame revela inegável falta de razoabilidade na decisão que aplicou a sanção ao ora paciente, ocorrendo, na hipótese, efetivo constrangimento ilegal, conforme passo a demonstrar.

O Juízo das Execuções Criminais, em 15-10-2008, deliberou pela regressão de regime e pela perda dos dias remidos, consignando o seguinte:

> Impõe-se a regressão de regime e a perda dos dias remidos.
>
> Com efeito, a **prática de falta disciplinar de natureza grave** em 02.01.2008 (**evasão**) determina a incidência dos artigos 118, inciso I, e 127, da L.E.P., com a regressão de regime e a perda dos dias anteriormente remidos, sobretudo porque a decisão concessiva de remição não produz coisa julgada material nem ofende o direito adquirido.
>
> É essa a diretriz firmada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal. Vejamo-la:
>
> "O cometimento de falta grave pelo preso acarreta a perda dos dias remidos, sem que isso configure afronta ao direito adquirido ou à coisa julgada (Ag. Reg. no AI n. 587.779-2/RS – Relator Ministro Eros Grau – j. 09.05.2006).
>
> A possibilidade da remição da pena constitui expectativa de direito, condicionada que está ao preenchimento de outros requisitos legais. O plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 452.994, fixou o entendimento de que a falta grave acarreta a perda dos dias remidos, inexistindo ofensa ao direito adquirido e à coisa julgada (Ag. Reg. no AI n. 565.927-1/RS – Relator Ministro Carlos Ayres Britto – j. 09.05.2006)."
>
> A matéria está pacificada com a edição, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, da súmula vinculante nº 9.
>
> Posto isto, determino a regressão do sentenciado ao regime fechado, atualizando-se no sistema PRODESP, e – sem prejuízo – declaro a perda dos dias anteriormente remidos, *ex vi* do artigo 127 da Lei de Execuções Penais.
>
> (Fl. 47 – Grifos no original.)

Dias antes da decisão que determinou a regressão de regime, o ora paciente prestou declaração acerca da suposta falta cometida, na qual esclareceu:

> (...) na data da falta o declarante se encontrava na ala de progressão da Penitenciária de Itaí; que o declarante trabalhava numa fazenda em Holambra II (Paranapanema/SP), ou seja, fora da unidade; **que no dia 08 de janeiro, terça-feira, por volta das 15 horas o declarante passou mal e desmaiou no trabalho**; que o declarante foi socorrido pelo Sr Júlio, um funcionário da fazenda e comunicado ao funcionário Ricardo, funcionário da unidade que acompanha o trabalho

externo; que o declarante voltou para o semiaberto, foi feita a troca de plantão dos funcionários, onde o depoente foi medicado pelo turno da noite, onde **foi entregue ao declarante um analgésico**; que **no dia seguinte cedo, o declarante fez uma solicitação para atendimento médico**; que nesta mesma manhã houve uma blitz na ala do semiaberto, onde o declarante e demais sentenciados ficaram por oras em pé e de frente para a parede; que após a blitz a coluna do declarante travou; relata ainda que estava debilitado pelo ocorrido no dia anterior; que na mesma manhã por volta das 10 horas, ou seja, assim que findou a blitz, o declarante foi chamado para trabalhar; que o declarante disse ao Sr Bonã, chefe de plantão, que não iria trabalhar naquele dia, pois não se sentia bem; que o Sr Bonã disse que caso o declarante não fosse trabalhar seria cortado do serviço; **que devido à debilidade do estado físico** do declarante, esse disse ao Sr Bonã que poderia mudá-lo de setor, pois como estava **não aguentaria trabalhar**; que às 15 horas o declarante foi solicitado pelo diretor de produção para um atendimento; que ao chegar na portaria, o diretor da área que o solicitara não se encontrava, onde só se encontravam vários funcionários com algemas e materiais de contenção; **que** o declarante **foi levado para o castigo, onde ficou por dez dias**; que findos os dez dias, foi ouvido pelo setor de procedimentos disciplinares após quatro dias que já se encontrava no setor de inclusão, onde ficou fechado; **que após setenta dias** que se encontrava na inclusão, **foi atendido pelo médico**; que no fim de oitenta dias, foi enviado para a unidade de Osvaldo Cruz; que foi enquadrado inicialmente como descumprir regras no regime aberto, onde discorda, pois se encontrava no semiaberto; que as atitudes que foram tomadas contra sua pessoa eram desnecessárias; **que se tivesse sido informado, o que não foi feito, das consequências de não ter passado bem, teria ido trabalhar de qualquer maneira, pois jamais colocaria em risco sua liberdade**; **que sempre trabalhou nas Penitenciárias pelo qual passou; que durante os sete anos e meio de sua pena já cumpridos nunca teve falta disciplinar e todos trabalhados** (...). (Fls. 45-46 – Grifos meus.)

Preliminarmente, ressalto que, apesar de na decisão do juiz constar a evasão do paciente como sendo o elemento configurador da falta grave, o magistrado, à fl. 48, retifica o *decisum*, argumentando que:

> Infere-se dos autos que a decisão de fls. 57, referiu-se à evasão ocorrida em 02.01.2008.
>
> No entanto, a falta que ensejou a regressão e a perda de remição diz respeito à desobediência ocorrida em 09.01.2008; daí o erro material ora corrigido.

A retificação, no entanto, não me parece suficiente para conferir legitimidade ao que decidido.

Como bem enfatizou o ilustre membro do *Parquet*:

> (...) a decisão impugnada, sequer tomou conhecimento ou considerou os fatos relatados pelo detento. Não houve nenhuma impugnação à veracidade da versão que apresentou, todavia, ela foi tomada como inexistente ou completamente irrelevante. (Fl. 113.)

Deste modo, levando em consideração as declarações prestadas pelo paciente em procedimento disciplinar, bem como a falta de contestação às

referidas declarações, verifico que há indícios suficientes que revelam serem verdadeiros os fatos indicados.

Como dito anteriormente, não me parece razoável imputar a um apenado, que tenha regularmente trabalhado 1.488 dias, conseguindo remir 496 dias de sua pena, o cometimento de falta grave consistente na recusa injustificada à obrigação laboral.

Ademais, verifico que, apesar de o paciente ter comunicado e justificado sua condição de saúde, o estabelecimento penal não o encaminhou, imediatamente, ao serviço médico, para que fosse atestada sua real condição ou tomadas as devidas providências. Ao contrário, aplicou-lhe sanção, na qual o paciente ficou recluso por dez dias.

Nesse contexto, entendo que a decisão que imputou ao ora paciente o cometimento de falta grave, resultando na regressão ao regime fechado e na perda de 496 dias remidos, o que equivale a quase um ano e meio de prisão, mostrou-se totalmente desproporcional e sem o mínimo de razoabilidade.

Diante de tal quadro, concedo a ordem para anular a decisão que determinou a regressão de regime e a perda dos dias remidos.

EXTRATO DA ATA

HC 100.545/SP — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente e Impetrante: Carlos Mateus dos Santos. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Ayres Britto. 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. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 27 de abril de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 101.930 — MG

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Paciente: Roberto Lindoso de Brito — Impetrante: Rayne Savan Brito — Coator: Superior Tribunal Militar

***Habeas corpus*. Constitucional. Penal. Alegação de interdição do paciente no juízo cível. Pedido de trancamento ou de suspensão de ação penal. Independência entre a incapacidade civil e a inimputabilidade penal.**

1. O Código Penal Militar, da mesma forma que o Código Penal, adotou o critério biopsicológico para a análise da inimputabilidade do acusado.

2. A circunstância de o agente apresentar doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico) pode até justificar a incapacidade civil, mas não é suficiente para que ele seja considerado penalmente inimputável. É indispensável que seja verificado se o réu, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico).

3. A incapacidade civil não autoriza o trancamento ou a suspensão da ação penal.

4. A marcha processual deve seguir normalmente em caso de dúvida sobre a integridade mental do acusado, para que, durante a instrução dos autos, seja instaurado o incidente de insanidade mental, que irá subsidiar o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, 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, 27 de abril de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1.** *Habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por *Rayne Savan Brito*, advogado, em favor de *Roberto Lindoso de Brito*, militar aposentado, contra acórdão do Superior

Tribunal Militar, que, em 1º de setembro de 2009, denegou o Habeas Corpus 2009.01.034679-1 quanto ao trancamento de ações penais, nos termos seguintes:

> *Habeas corpus. Trancamento de ações penais. Citação por edital. Nulidade. Interdição.*
>
> Impetração que objetiva o trancamento de duas ações penais, sob o argumento de que, estando o Paciente interditado judicialmente, não poderia receber citação para se ver processar e julgar.
>
> São nulas as citações editalícias realizadas em desconformidade com o disposto no art. 72 do CPPM.
>
> Ordem concedida, em parte, para declarar a nulidade dos atos de citação editalícia, sem prejuízo da renovação desses atos, denegando o pedido quanto ao trancamento das ações penais que tramitam perante a Auditoria da 4ª CJM.
>
> Decisão majoritária.
>
> (Fl. 226.)

2. Consta dos autos (fl. 37 do Apenso) que existem dois processos instaurados contra o paciente em tramitação na Auditoria da 4ª Circunscrição da Justiça Militar:

> Processo nº 7/09-7, no qual foi atribuído ao militar o fato típico ínsito no art. 343, *caput*, do COM (denunciação caluniosa), com denúncia recebida no dia 12/02/2009, com a decretação de sua revelia no dia 26/05/2009;
>
> Processo nº 14/09-3 em que foi imputado ao paciente a conduta prevista no art. 303, § 1º, c/c os arts. 53 e 80, tudo do CPM (peculato), com a exordial recebida no dia 30/04/2009 e certidão lavrada no dia 1º/07/2009, certificando a não citação dos acusados Roberto Lindoso e outros.
>
> (Fl. 37 do Apenso – transcrição conforme o original.)

3. É contra a decisão no Habeas Corpus 2009.01.034679-1 que se insurge o impetrante, reiterando as questões suscitadas no Superior Tribunal Militar e defendendo que:

> o quadro de saúde em que se encontra o Paciente não lhe permite praticar qualquer ato da vida civil, inclusive o mesmo foi interditado em 19/12/2005 pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Montes Claros/MG
>
> (...)
>
> Dessa feita, conforme demonstrado acima e pelos documentos em anexo, o Paciente, desde o ano de 2005 é, considerado uma pessoa incapaz, no âmbito cível, e inimputável, na seara penal.
>
> (Fls. 4 e 6.)

4. Requer, assim, "a concessão liminar no presente *writ*, no sentido de ser ordenada, imediatamente, o trancamento dos inquéritos policiais militares números 07/09 e 14/09, *ad argumentandum* caso não seja este o entendimento deste impoluto Tribunal de cúpula, que seja ordenada a suspensão do retro IPM's, até decisão do Juízo Cível acerca da interdição do Paciente". No mérito, pede "a procedência do pedido, no sentido de ser concedida a ordem de *habeas corpus*, para que seja determinado o trancamento dos inquéritos policiais militares

constantes em desfavor do paciente ou, em respeito ao princípio da eventualidade/concentração, que seja determinado a suspensão dos IPM's até ulterior decisão (prejudicial) do Juízo Cível na comarca de Montes Claros/MG acerca da interdição do Paciente" (fls. 6-7 – transcrição conforme o original).

5. Em 15-12-2009, foi indeferido o pedido de medida liminar, requisitadas informações ao Juízo da 4ª Circunscrição da Justiça Militar e ao Ministro José Américo dos Santos, do Superior Tribunal Militar, e determinada vista ao Procurador-Geral da República (fls. 35-40).

6. As informações foram prestadas e documentos foram juntados (fls. 46-56 e 58-153).

7. Em 22-2-2010, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, opinou "pela denegação da ordem" (fls. 154-157).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1.** Em 15-12-2009, ao indeferir o pedido de medida liminar, decidi que:

> 5. Primeiramente, anoto que o impetrante pretende "o trancamento dos inquéritos policiais militares constantes em desfavor do Paciente" (fl. 7). Contudo, a prova dos autos demonstra que, em verdade, tramitam ações penais contra o paciente e não mais inquéritos.
>
> Apesar disso, por tratar-se de ação constitucional de *habeas corpus*, que tem como objeto tutelar o direito fundamental de locomoção dos indivíduos, deve a atecnia do impetrante ser superada para que seja analisado o pedido, entendendo-se que o que se busca com este *habeas corpus* é o trancamento das ações penais ajuizadas contra o paciente.
>
> 6. Neste exame preambular, a exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem ao indeferimento do pedido de liminar, pois não se verifica, de plano, plausibilidade jurídica dos argumentos apresentados na inicial.
>
> 7. A incapacidade civil não se confunde com a inimputabilidade criminal, de modo que o art. 48 do Código Penal Militar estabelece que:
>
> > "Art. 48. Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.
> >
> > Redução facultativa da pena
> >
> > Parágrafo único. Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 113."
>
> Para que seja demonstrado que o paciente é penalmente inimputável, faz-se imprescindível a realização do exame de insanidade mental, conforme determinado pelo juízo de primeiro grau, oportunidade em que os médicos-peritos poderão

examiná-lo para atestar sua capacidade, ou não, de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento na época em que eles foram praticados, devido à existência de doença mental ou ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> "tendo em vista que a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico), é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (é a parte biológica), situação não passível de verificação direta pelo juiz"
>
> (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 189.)

Assim, o processo deve continuar o seu curso para que seja realizado o exame, após o que, se for constatado que o paciente é inimputável, deverá ser impropriamente absolvido, com a aplicação de medida de segurança, em face da existência de uma causa de isenção da pena. Na hipótese de ser semi-imputável e comprovados os demais requisitos, impõe-se sua condenação, fazendo-se incidir, contudo, uma atenuação da pena que lhe for aplicada. Por outro lado, comprovada sua imputabilidade, responderá normalmente pelo crime cometido.

Dessa forma, em um juízo provisório, próprio desta fase do processo, deve a ação continuar seu trâmite regular para que seja ultimado o exame já determinado, mesmo porque há indícios de que o paciente está impondo dificuldades à realização do exame de insanidade mental, conforme relatado às fls. 46-47 do Apenso.

8. Após a realização do exame, poderá o juízo do processo de conhecimento, de acordo com o resultado da perícia, tomar uma das decisões previstas nos arts. 160 e 161 do Código de Processo Penal Militar, *verbis*:

> "Inimputabilidade. Nomeação de curador. Medida de segurança
>
> Art. 160. Se os peritos concluírem pela inimputabilidade penal do acusado, nos termos do art. 48 (preâmbulo) do Código Penal Militar, o juiz, desde que concorde com a conclusão do laudo, nomear-lhe-á curador e lhe declarará, por sentença, a inimputabilidade, com aplicação da medida de segurança correspondente.
>
> Inimputabilidade relativa. Prosseguimento do inquérito ou de processo. Medida de segurança
>
> Parágrafo único. Concluindo os peritos pela inimputabilidade relativa do indiciado, ou acusado, nos termos do parágrafo único do art. 48 do Código Penal Militar, o inquérito ou o processo prosseguirá, com a presença de defensor neste último caso. Sendo condenatória a sentença, será aplicada a medida de segurança prevista no art. 113 do mesmo Código.
>
> Doença mental superveniente
>
> Art 161. Se a doença mental sobrevier ao crime, o inquérito ou o processo ficará suspenso, se já iniciados, até que o indiciado ou acusado se restabeleça, sem prejuízo das diligências que possam ser prejudicadas com o adiamento."

(Fls. 37-39.)

2. O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 154-157, manifestou-se no mesmo sentido, ao aduzir que:

> Primeiramente, ressalte-se que não se deve confundir incapacidade civil e inimputabilidade penal.

A capacidade civil do paciente foi plenamente afastada pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Montes Claros/MG. Frise-se, para tanto, que essa declaração somente surte efeitos na seara cível. Para que haja a declaração de inimputabilidade penal se faz necessária a realização de exame pericial de insanidade mental, quando surgirem dúvidas à integridade mental do paciente.

(...) ainda no inquérito policial militar, foi determinado ao ora paciente que se submetesse a exame médico pericial, o qual teve, no primeiro momento, parecer inconclusivo. Ocorre que, de acordo com as informações da MM. Juíza Auditora Substituta (fls. 46/47), foram designadas várias outras perícias a fim de identificar a possível falta de sanidade mental do paciente, no entanto, ele não foi encontrado no local indicado por seu advogado, nem compareceu aos locais determinados.

Esse é o motivo pelo qual a ação penal deve continuar, eis que o paciente furtou-se de suas obrigações processuais, acarretando, inclusive, a extinção do primeiro incidente de insanidade mental por falta de interesse em continuá-lo.

Sobre o tema, vale mencionar os ensinamentos do Professor e Procurador de Justiça Rogério Greco, no seguinte sentido:

> "Tomando conhecimento de que um agente comprovadamente inimputável praticou um fato típico e antijurídico, deve o Promotor de Justiça denunciá-lo, narrando com exatidão os fatos por ele cometidos, para que durante a instrução do processo possa ser assegurada sua ampla defesa, e, ao final da peça acusatória, deverá o membro do *Parquet*, mencionando a causa dirimente da culpabilidade, pugnar pela absolvição do réu, com a consequente aplicação da medida de segurança"
>
> (GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, 9. ed., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007, p. 401/402.)

Ora, para que o paciente se valha pelo menos da medida de segurança, se for reconhecida a prática do crime, faz-se necessária a continuidade da ação penal, com a abertura do incidente de insanidade mental, a fim de se realizar o exame pericial já determinado.

Aplica-se aqui o ensinamento do ex-Ministro Carlos Velloso: "se o juiz tiver dúvida razoável sobre a integridade mental do acusado, poderá, de ofício, submetê-lo a exame médico-legal. CPP, art. 149".

(HC 75.238-1, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 7-11-1997.)

3. O Código Penal Militar, da mesma forma que o Código Penal, adotou o critério biopsicológico para a análise da inimputabilidade do acusado.

Isso significa que, para que a conduta do réu não seja considerada culpável e, portanto, crime, é necessário: a) que ele tenha uma doença mental ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado **e** b) seja absoluta sua incapacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ou seja, a circunstância de ter o agente uma doença mental ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico) pode até justificar a incapacidade civil, mas não é suficiente para que ele seja considerado penalmente inimputável sem análise específica dessa condição para fim de aplicação da legislação penal. É indispensável que, por meio de um procedimento médico realizado no incidente de insanidade mental, verifique-se que, ao tempo da ação

ou da omissão, o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico).

4. Assim, a incapacidade civil não autoriza o trancamento ou a suspensão da ação penal. Pelo contrário, a lei determina que, em caso de dúvida sobre a integridade mental do acusado, a marcha processual deve seguir regularmente, de modo que durante a instrução dos autos seja instaurado o incidente de insanidade mental, exame técnico indispensável para que o juiz possa decidir sobre a culpabilidade ou não do réu e aplicar as disposições legais pertinentes à sua situação pessoal.

Ao contrário da pena, as medidas de segurança têm como finalidade a cura ou ao tratamento da pessoa que praticou um fato típico e ilícito, mas não é culpável.

5. Pelo exposto, voto no sentido de **denegar a ordem de** *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 101.930/MG — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Paciente: Roberto Lindoso de Brito. Impetrante: Rayne Savan Brito. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora. Unânime. 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. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 27 de abril de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 102.732 — DF

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: José Roberto Arruda — Impetrante: José Gerardo Grossi e outro — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus* – Julgamento – Manifestações – Defesa – Ministério Público. Na dicção da sempre ilustrada maioria, em relação a qual guardo reservas, ainda que o ato atacado com a impetração repouse em requerimento do Procurador-Geral da República, cabe à Vice que o substitua falar após a sustentação da tribuna pela defesa.**

Prisão – Governador – Lei orgânica do Distrito Federal. Porque declarada inconstitucional pelo Supremo – ADI 1.020-4/DF, Rel. Min. Celso de Mello –, não subsiste a regra normativa segundo a qual a prisão do governador pressupõe sentença condenatória.

Prisão preventiva – Governador – Inquérito – Licença da Casa Legislativa – Processo. A regra da prévia licença da Casa Legislativa como condição da procedibilidade para deliberar-se sobre o recebimento da denúncia não se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito.

***Habeas corpus* – Aditamento – Abandono da ortodoxia. O *habeas corpus* está imune às regras instrumentais comuns, devendo reinar flexibilidade maior quando direcionada à plena defesa.**

Prisão preventiva *versus* sentença condenatória – Forma – Peça do Ministério Público. Cabe distinguir a adoção de arrazoado do Ministério Público como razões de decidir considerada sentença condenatória, quando então verificado vício de procedimento, da referente ao ato mediante o qual imposta prisão preventiva.

Prisão preventiva – Governador – Art. 51, I, da Constituição Federal – Aplicação analógica – Inadequação. A interpretação teleológica e sistemática do art. 51, I, da Carta da República revela inadequada a observância quando envolvido governador do Estado.

Prisão preventiva – Instrução criminal – Atos concretos. A prática de atos concretos voltados a obstaculizar, de início, a apuração dos fatos mediante inquérito conduz à prisão preventiva de quem nela envolvido como investigado, pouco importando a ausência de atuação direta, incidindo a norma geral e abstrata do art. 312 do Código de Processo Penal.

Prisão preventiva – Ciência prévia do destinatário. A prisão preventiva prescinde da ciência prévia do destinatário, quer implementada por juiz, por relator, ou por tribunal.

Prisão preventiva – Inquérito – Ausência de oitiva. O fato de o envolvido no inquérito ainda não ter sido ouvido surge neutro quanto à higidez do ato acautelador de custódia preventiva.

Flagrante – Defesa técnica – Inexigibilidade. A documentação do flagrante prescinde da presença do defensor técnico do conduzido, sendo suficiente a lembrança, pela autoridade policial, dos direitos constitucionais do preso de ser assistido, comunicando-se com a família e com profissional da advocacia, e de permanecer calado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, preliminarmente, por maioria de votos, em rejeitar questão de ordem suscitada pela defesa para que a sustentação oral fosse feita após a manifestação do Ministério Público, vencidos o Relator e o Ministro Dias Toffoli. Em seguida, também por maioria, em denegar a ordem, vencido o Ministro Dias Toffoli, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 4 de março de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A título de relatório, adoto as informações prestadas pela Assessoria:

Na decisão que implicou o indeferimento da liminar, a controvérsia ficou assim resumida (fls. 223 a 233):

Inquérito e processo-crime – Prisão – Governador.
Processo-crime – Governador – Licença da Assembleia.
Prisão preventiva – Subsistência constitucional.
Prisão preventiva – Ordem pública e instrução criminal.
***Habeas corpus* – Liminar – Indeferimento.**

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Os impetrantes requerem a concessão de *habeas corpus* preventivo, alegando que o Ministro Fernando Gonçalves, relator do Inquérito 650/STJ, determinou a medida constritiva da liberdade do paciente com base em investigação inconclusa. O ato estaria prestes a ser referendado pelo Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Dizem que o Governador do Distrito Federal, há mais de dois meses, encontra-se sob perseguição. Ressaltam tratar-se de matérias permanentes, reiteradas e repetidas de modo unilateral, sem que se explicite o ocorrido, subvertendo-se por completo as normas fundamentais atinentes às garantias básicas asseguradas pela Constituição Federal. Conquanto os mencionados fatos ainda estejam sob investigação, de forma precipitada estaria sendo submetida a referendo da Corte Especial decisão no sentido da prisão preventiva do paciente, isso sem

que haja o esclarecimento cabal dos fatos em apuração, sem que sequer o paciente tenha sido ouvido pela autoridade policial ou por qualquer outra autoridade com atribuição legal para tanto, não se levando em conta o princípio da presunção de não culpabilidade, mas apenas "o falso clamor de julgamento apressado por pessoas que sequer conhecem os autos da investigação".

Afirmam estar sendo cerceado o exercício dos direitos fundamentais inerentes à amplitude do direito de defesa, mostrando-se, portanto, inusitada a reunião do Colegiado para a tomada da referida decisão quanto à custódia preventiva do paciente.

Anotam que, sendo defensores constituídos pelo paciente, não foram cientificados da reunião do Tribunal Especial. A publicidade do fato veio pelos meios de comunicação, razão por que indagam "até quando viveremos a fantasia em estado de direito democrático em que à polícia tudo se dá, até mesmo publicidade desmedida, sem qualquer freio inibitório (...), até quando suportaremos o tratamento díspar e desigual entre o órgão de acusação e a defesa".

Realçam a impossibilidade de acostar à impetração o teor da deliberação da Corte, visto que, até as 16h45, não teria sido ultimado o julgamento. Anotam cuidar-se de *habeas* liberatório, ante a iminência de concluir-se a reunião da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e determinar-se a privação imediata da liberdade do paciente. Pede, portanto, a expedição de salvo-conduto ou de alvará de soltura, como forma de garantir-lhe o direito de liberdade.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça na internet revela a conclusão do ato mediante o qual foi referenda a decisão que implicou a custódia cautelar do paciente.

Notícias oriundas do sítio "O Globo" informam que o paciente se apresentou à Polícia Federal para cumprimento da ordem de prisão expedida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Então, prolatei despacho a fim de trazer-se, ao processo, o ato impugnado:

1. Juntem o que se contém no sítio do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

2. Com a urgência cabível, oficiem ao citado Tribunal visando à remessa do ato do Relator do Inquérito 650 – Ministro Fernando Gonçalves – que implicou a preventiva referendada. Procedam mediante fac-símile.

3. Aos impetrantes, para, querendo, anteciparem-se na providência de juntada.

Gabinete – STF, 11-2-2010 – 19h30.

Ao processo foram juntados os textos de fls. 36 e 37 revelando notícia sobre o referendo da prisão preventiva pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, com o escore de doze votos a dois. Encaminhou-se o fac-símile ao Superior Tribunal de Justiça às 20h35. Às 21h21, os impetrantes protocolaram, na Secretaria Judiciária, petição subscrita, juntando o requerimento de custódia formulado, a decisão do Ministro Relator a decretando e a certidão relativa ao crivo da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – fls. 42 a 88. Ainda às 21h30, recebeu-se, na Secretaria Judiciária, o ofício da

Presidência do Superior Tribunal de Justiça, de n. 00497/2010-CESP, acompanhado de documentos – fls. 90 a 189. O processo voltou ao Gabinete às 22h.

(...)

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 238 a 242, no tocante à necessidade de licença da Assembleia Legislativa do Distrito Federal para imposição da prisão preventiva, diz que o Supremo, no julgamento da ADI 1.020/DF, Rel. Min. Celso de Mello, acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 24 de novembro de 1995, declarou a inconstitucionalidade do art. 103, § 3º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, somente subsistindo a necessidade de autorização da Câmara Legislativa para a abertura da ação penal. Ultrapassada a questão prejudicial, anota:

i) o argumento de que a decisão da Corte Especial não se fez preceder de intimação do paciente e dos advogados é destituído de razoabilidade, por cuidar a deliberação do colegiado de imposição de prisão preventiva, medida cautelar mediante a qual se busca recompor rapidamente a ordem pública e/ou a regularidade do processo, assegurando-se, posteriormente, a intimação da defesa;

ii) a custódia preventiva do paciente apenas remotamente tem ligação com as questões concernentes à delação premiada e à figura do delator. A ordem de prisão preventiva funda-se em outros fatos, consoante descrição contida no ato que a determinou;

iii) o Inquérito 650/DF, em curso no Superior Tribunal de Justiça, apura a existência de organização criminosa vocacionada ao desvio e à apropriação de verbas públicas do Distrito Federal. No dia 4 de fevereiro de 2010, houve a prisão em flagrante de Antonio Bento da Silva, porque, na condição de intermediário do Governador, teria oferecido elevada importância em dinheiro e outras vantagens ao jornalista Edmilson Edson dos Santos, conhecido como Edson Sombra, a fim de que este alterasse a verdade do depoimento que fora intimado a prestar como testemunha à Polícia Federal nos autos do referido inquérito. O fato estaria comprovado por gravações realizadas por Edson Sombra e por um manuscrito do Governador, cuja autenticidade foi confirmada pelo primeiro mediador da proposta, o ex-Deputado Distrital Geraldo Naves. De igual modo, os depoimentos prestados por Antonio Bento, Edson Sombra e Geraldo Naves desvelaram o intento, que envolvia, ainda, uma carta assinada por Edson Sombra – que foi apreendida – na qual ele afirmava falsamente que Durval Barbosa forjou os vídeos que comprometiam o paciente;

iiii) a existência de base empírica suficiente para afirmar-se que o Governador agiu para alterar depoimento de testemunha, de modo a favorecê-lo no Inquérito 650, mediante oferta de dinheiro e outras vantagens. Estaria evidenciada a tentativa de comprometer as investigações, situação típica da necessidade da prisão preventiva, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal;

iiiii) no que concerne à subversão da ordem pública no Distrito Federal, ter sido a estrutura administrativa utilizada para impedir a tramitação do processo de *impeachment* na Câmara Distrital: servidores públicos ocupantes de cargos comissionados teriam sido ameaçados de demissão caso não participassem da manifestação em favor do Governador; ônibus que prestam serviços às administrações regionais teriam sido utilizados para conduzir servidores aos locais em que realizados atos públicos em favor do governador; e empresas pertencentes a deputados distritais com atuação no processo de *impeachment* teriam sido beneficiadas com altas somas de recursos públicos, razão pela qual se impunha a prisão preventiva para resguardar a ordem pública da reprodução de fatos como os acima narrados.

O Ministério Público Federal, então, opina pelo indeferimento da ordem.

Em 26 de fevereiro de 2010, a Assessoria voltou a informar:

Liberado o processo para exame a partir da sessão de 24 de fevereiro de 2010 (fl. 243), os impetrantes formularam pedido de aditamento à inicial do *habeas* e, consequentemente, de adiamento da apresentação do processo em mesa e de nova manifestação do Procurador-Geral da República. Os pleitos foram deferidos por Vossa Excelência (fl. 261).

Na petição de aditamento à inicial, dizem os impetrantes que a decisão mediante a qual determinada a prisão preventiva do paciente teve como causa de decidir a reprodução integral do pedido formulado pelo Ministério Público Federal, sem a realização de qualquer acréscimo no ato referendado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Afirmam haver identificado três fatores determinantes da ilegalidade da ordem de prisão preventiva: i) falta de submissão da prisão à apreciação do Poder Legislativo; ii) total ausência de fundamentação pela autoridade judicial, com a mera reprodução textual do pedido de prisão preventiva subscrito pelo Ministério Público e iii) falta de demonstração da necessidade efetiva da prisão.

Segundo afirmam, a necessidade de autorização do Poder Legislativo local para a instauração do processo contra Governador de Estado é garantia constitucional, que decorre, pelo princípio da simetria, do disposto no art. 51, I, da Carta Federal, já reconhecida pelo Supremo – HC 86.015, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 2 de setembro de 2005; HC 80.511, Rel. Min. Celso de Mello, acórdão veiculado no *Diário da Justiça* de 14 de setembro de 2001; RE 159.230, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 10 de junho de 1994. Acentuam que a declaração de inconstitucionalidade do art. 103, § 3º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, no ano de 1995, em nada altera o entendimento, visto que o referido dispositivo versava sobre a total impossibilidade de prisão provisória, a qualquer título, do Governador do Distrito Federal, não sendo essa a controvérsia que se mostra à apreciação da Corte.

Ainda sobre esse tópico, asseveram não ser possível cogitar da necessidade de autorização da Casa Legislativa apenas para a ação penal e não para a prisão preventiva. Dizem, então, que a lógica do raciocínio conduz ao entendimento de que a exigência de condições de procedibilidade para o mais (o ajuizamento da ação penal) conduz à necessidade de autorização para o menos (a prisão cautelar) e que, tratando-se de homem público, a medida da prisão apresenta-se mais gravosa do que a ação penal. Reportam-se aos votos vencidos dos Ministros Nilson Naves, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavaski e Castro Meira, que defenderam a necessidade da autorização da Câmara Legislativa também para os casos de prisão.

Argumentam que, para a custódia, se impõe a autorização do órgão legislativo, até mesmo pelos efeitos estigmatizantes, considerado o prejuízo do exercício do cargo eletivo. Afirmam que não há falar em violação ao princípio da separação entre os Poderes do Estado, eis que o referido princípio não repousa na absoluta impermeabilidade de cada um, mas pressupõe um verdadeiro sistema de freios e contrapesos. Os limites da interferência entre eles encontram-se pautados pela Carta Federal, que, em determinados dispositivos, permite um sistema de controle de um Poder com relação a outro. E é isto precisamente o que ocorre quanto à necessidade de autorização por parte do Legislativo para a apuração de crime durante o mandato de Governador. Como não cabe ao Judiciário interferir no cumprimento de mandato eletivo, compete à própria Casa Legislativa fazer a avaliação política.

Segundo os impetrantes, a observância desse procedimento não importaria em impunidade, pois apenas suspende a intervenção estatal, com a consequente suspensão do prazo prescricional, até o término do mandato, razão pela qual não

procede a preocupação demonstrada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça quanto a uma suposta falta de isenção do Órgão Legislativo.

Dizem que a decisão mediante a qual decretada a prisão do paciente deu generosa acolhida ao estrépito midiático e por ele deixou-se embalar. Entendeu-se que a garantia da ordem pública estava ameaçada, isso com base em reportagem da *Folha de São Paulo*, segundo a qual "policiais civis foram detidos em frente à Câmara Legislativa, onde tramita o processo de *impeachment*, com equipamentos de escutas telefônicas". Essa notícia teria sido suficiente para levar à conclusão de que a suposta organização criminosa da qual participaria o paciente estaria "valendo-se do poder econômico e político para atrapalhar as investigações e, assim, garantir a impunidade", colocando em risco a ordem pública. Anotam que esse fato não fora reconhecido pelo Ministério Público, que alegou não existir qualquer elemento comprobatório da participação do paciente nas práticas em questão, conquanto admitisse que a veiculação pela mídia "possui grande peso, que não poderia ser ignorado". Registram, a seguir, que a mesma imprensa noticiou que as autoridades policiais não encontraram nenhum registro ou indício de interceptação telefônica.

Argumentam que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não se fez com base em fatos concretos, mas em boatos da mídia, caracterizando uma custódia cautelar pautada apenas no clamor público, provocado pela imprensa, sendo que esse fenômeno não pode servir de fundamento para a medida constritiva da liberdade.

No que se refere à necessidade da prisão para a garantia da ordem pública, acentuam que pressupõe a ideia de que o acusado, estando livre, insistiria na conduta delituosa. No caso em exame, a alegação do Ministério Público estaria embasada em noticiário da imprensa, dando conta de estar em curso "um grande esquema para impedir o avanço das investigações com corrupção dos membros do legislativo local encarregados de processar o pedido de *impeachment*". A ameaça à ordem pública estaria alicerçada em notícias veiculadas pela imprensa, "não raro, unilaterais, frequentemente sensacionalistas".

Relativamente ao requisito da "conveniência da instrução criminal", aduzem que se impõe saber a existência de prova do crime e indícios suficientes de autoria, e isso decorreria da força do princípio constitucional da não culpabilidade, não sendo possível lançar mão da medida cautelar coercitiva sem que existam indícios da autoria do delito. No caso, nada foi anexado ao processo para demonstrar a participação do paciente no pagamento de vantagem pecuniária a uma testemunha do Inquérito 650, para coagi-la a mudar o depoimento e assinar o conteúdo da carta ideologicamente falsa, como afirmado na acusação. O depoente Antonio Bento da Silva teria dito haver sido procurado por terceiros, não pelo paciente. O contato teria acontecido por meio do Rodrigo, assessor do paciente. Ele teria feito o pedido para que procurasse Edson Sombra, "que durante o período em que ocorreram as tratativas, o interrogado em nenhum momento foi contatado diretamente pelo Governador *Arruda*, mas apenas por *Rodrigo*..." Ao contrário do asseverado, Edson Sombra é que procurou falar pessoalmente com o paciente, afirmando dispor de elementos probatórios que desnudariam as armações de Durval Barbosa. O paciente teria se esquivado de tais tentativas de abordagem, admitindo apenas a abertura de um canal de interlocução sério e confiável, com o único propósito de conhecer os tais "elementos probatórios" invocados. Os desdobramentos ocorreram à revelia do paciente, que os reprovou.

Reafirmam a ausência de indícios de envolvimento do paciente nos fatos noticiados, sendo certo que o suporte probatório da decisão que implicou a preventiva estaria lastreada somente em informações da mídia e em depoimento da "testemunha" *Edson Sombra*, não sendo ouvido nenhum dos acusados, antes da prisão processual. O paciente, tendo tomado conhecimento dos fatos veiculados em 5 de

fevereiro de 2010, peticionou ao Ministro Relator do inquérito, repudiando o ocorrido e colocando-se à disposição para qualquer esclarecimento, mas foi ignorado.

Ressaltam não ser possível comprovar indícios de autoria ou a materialidade do delito, com lastro em um bilhete apócrifo, sem destinatário, que não permite concluir, mesmo com esforço interpretativo, pela suposta tentativa de suborno, "ardilosamente arquitetada por Edson Sombra". Daí ser injustificada a prisão, ainda que provisória, determinada "nos termos contidos na decisão combatida, que, apesar de extensa, no que importa, é lacônica, silenciosa, omissa".

Insistem que o paciente jamais foi ouvido no procedimento apuratório, presumindo-lhe a culpa. Observam existir cerceamento do direito de defesa do paciente, restringindo-lhe o acesso aos autos, o que não possibilita conhecer-se por inteiro o teor do inquérito, como seria de mister. Frisam que o direito do paciente é singelo: ser ouvido, defender-se em liberdade, não ser enxovalhado, estigmatizado, crucificado, submetendo-se a verdadeiro linchamento moral incomportável com as garantias da Constituição Federal de 1988.

O processo foi remetido ao Ministério Público Federal em 25 de fevereiro de 2010, vindo à conclusão, com parecer, no dia 26 de fevereiro, às 18h22.

O Ministério Público Federal afirma que o aditamento em nada altera a manifestação anterior, de fls. 238 a 242. Como antes assinalado, não há ilegalidade no fato de a prisão do paciente não ter sido precedida de autorização da Câmara Distrital e, no que se refere à natureza da prisão cautelar, não tem ela o caráter de sanção penal, nem de antecipação da pena. A custódia preventiva atende a finalidades intraprocessuais, visando a assegurar que a investigação e a futura instrução processual sigam livres de influências que possam comprometer o convencimento do julgador. A ser válido o bordão utilizado pelos impetrantes – de que quem pode o mais pode o menos –, o inquérito seria um *minus* em relação à ação penal e assim também a instauração desse estaria inviabilizada e "sequer o Presidente da República conta com tal privilégio".

Tem como insubsistente a argumentação de invalidade da ordem de prisão preventiva, por haver reproduzido integralmente o requerimento formulado. Os fundamentos nele constantes passaram a incorporar o ato decisório que a eles se reporta, como assentado pela jurisprudência do Supremo. No que se refere ao "clamor popular", afirma existente, não sendo possível negar a realidade brasiliense. No entanto, na decisão não se utilizou esse dado, mas o fato de ter havido oferecimento de vantagem ao jornalista Edmilson Edson dos Santos, a fim de que este alterasse a verdade no depoimento que fora intimado a prestar, como testemunha, à Polícia Federal, no Inquérito 650, além das gravações realizadas por Edson Sombra com os intermediários do paciente e o manuscrito do Governador, cuja autenticidade foi confirmada pelo primeiro mediador, o ex-Deputado Distrital Geraldo Naves. As declarações prestadas por Antonio Bento, Edson Sombra e Geraldo Naves revelaram todo o intento, que envolvia, ainda, uma carta assinada por Edson Sombra, na qual afirmaria falsamente que Durval Barbosa Rodrigues forjou os vídeos que comprometeriam o paciente. A carta foi apreendida por ocasião do flagrante.

Observa mais que, "ainda que o Governador não tenha atuado diretamente, os indícios de sua participação no episódio são numerosos". Ele seria o principal beneficiário de um eventual testemunho e de uma carta que desqualificasse Durval Barbosa. Ressalta a convergência dos depoimentos ocorridos por ocasião da prisão em flagrante, no sentido do envolvimento do Governador.

Quanto ao clamor público e notícias de imprensa, "estas últimas podem e devem ser consideradas elementos de convicção, em especial quando se referem a fatos que estão comprovados visual e/ou documentalmente". Anota que "muito do que se

disse a respeito do comprometimento da ordem pública é resultado de uma soma de matérias que evidenciam a ascendência do Governador sobre servidores e instituições, tudo com propósito de impedir o seu regular funcionamento". Afirma, então:

"(...) evidências de tais matérias é tamanha que deu ensejo a pedido de intervenção federal no Distrito Federal, pelo Procurador-Geral da República. De mais a mais, o postulado da liberdade de imprensa é um dos pilares da democracia moderna, exatamente pela possibilidade de, por meio dela, a população ter ciência de eventuais mazelas praticadas por seus governantes e/ou representantes. Desqualificar o que ela diz é desqualificar a própria democracia."

Conclui no sentido de ser incensurável a decisão determinando a prisão preventiva: a expedição da ordem não dependia de qualquer condição de procedibilidade e nela estão descritos os fatos que puseram sob grave risco a investigação criminal e a ordem pública. Reafirma-se, portanto, o parecer anteriormente juntado ao processo.

É o relatório.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, não sei se refletirei o pensamento do Ministério Público no meu. Tem-se situação muito peculiar, em que o requerimento da prisão preventiva foi subscrito por Subprocuradora da República e, também, pelo Procurador-Geral da República.

O *habeas* é um instrumental de envergadura maior direcionado à preservação da liberdade de ir e vir do cidadão.

Então, considerado esse aspecto e também a premissa segundo a qual em penal a defesa fala por último, devendo inicialmente falar a acusação, penso que se deve inverter a ordem de manifestações, ouvindo-se, em primeiro lugar, a Vice-Procuradora-Geral da República, que, no caso, substitui o Procurador-Geral da República.

Indago: se Sua Excelência estivesse presente, em que condição falaria? Devo esclarecer que nem ante essa premissa admito uma parte antagônica propriamente dita no *habeas corpus.* Não admito. A relação processual, a meu ver, mostra-se tendo em conta a figura do impetrante, a do paciente e a do órgão apontado como coator. Viabilizado à exaustão o direito de defesa, presentes as peculiaridades do caso, é aconselhável ouvirmos, em primeiro lugar, a Vice-Procuradora da República e, posteriormente, o impetrante.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, mas neste caso realmente o Ministério Público falaria em último lugar porque estamos em sede de *habeas corpus,* onde ele atua permanentemente.

Portanto, não vejo nem comprometimento do direito de defesa.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Relator porque entendo que, se invertemos a posição tradicionalmente ocupada pelo Ministério Público, nos *habeas corpus,* poderíamos abrir um precedente perigoso, pois teríamos que saber em cada caso se já teria havido ou não a apresentação da denúncia. Isso dificultaria em muito os nossos trabalhos.

Então, até por conta desse precedente, que reputo nefasto, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar o entendimento do Ministério Público no sentido de que ele falará depois da defesa.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também peço vênia ao ilustre Relator. É norma da Casa que, em todos os *habeas corpus*, o Ministério Público fale por último. E normalmente esses *habeas corpus* são impetrados contra atos praticados em ações penais que, salvo as de caráter privado, têm como titular sempre o Ministério Público. De modo que esta é a regra geral.

Não vejo nenhum motivo por que neste caso singular, ou melhor, neste caso que a mim me parece não singular, seja aplicada outra regra. E não é à toa. Como a eminente Vice-Procuradora já aventou, e tornou agora a repetir o Ministro Carlos Britto, a razão jurídica é que – não apenas em recurso, porque, na verdade, o *habeas corpus*, mais do que recurso, é ação – é preciso que aquele contra quem, de certo modo, a ação é proposta e que deva, teoricamente, responder aos fundamentos da ação saiba, numa sustentação oral, o que o autor da ação tem a dizer. De outro modo, teríamos de pedir ao Ministério Público que seja integrado por paranormais.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ressalto a premissa maior deste julgamento: a lei, documento abstrato, é universal. Assim o requer a República, assim o requer a democracia, assim o exige o povo brasileiro, assim há de pronunciar-se o Judiciário, especialmente na voz do guardião maior da Carta Federal – o Supremo. Descabe distinguir onde a lei não distingue. Eis princípio básico de hermenêutica e aplicação do Direito implícito na Constituição Federal. Fora isso, prevalece o despotismo, consagrando-se casta privilegiada.

Ao indeferir a medida acauteladora, revelei o entendimento sobre a espécie:

> (...)
> 2. No julgamento da ADI 1.020-4/DF, o Plenário, por maioria de votos, vencido o Relator, declarou a inconstitucionalidade do § 3º do art. 103 da Lei Orgânica do Distrito Federal:

Art. 103.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória nas infrações comuns, o Governador não estará sujeito a prisão.

Conforme ementa publicada no *Diário da Justiça* de 24 de novembro de 1995, prevaleceu a óptica do Ministro Celso de Mello, que veio, com a proficiência costumeira, a assentar:

A imunidade do *chefe de Estado* à persecução penal deriva de cláusula constitucional exorbitante do direito comum e, por traduzir consequência derrogatória do postulado republicano, só pode ser outorgada pela própria Constituição Federal. Precedentes: *RTJ 144/136*, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*; *RTJ 146/467*, Rel. Min. *Celso de Mello*. Análise do direito comparado e da Carta Política brasileira de 1937.

Imunidade à prisão cautelar – Prerrogativa do Presidente da República – Impossibilidade de sua extensão, mediante norma da Lei Orgânica, ao Governador do Distrito Federal.

– O Distrito Federal, ainda que em norma constante de sua própria Lei Orgânica, *não dispõe* de competência para outorgar ao Governador a *prerrogativa extraordinária* da *imunidade* à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, *com exclusividade*, ao poder normativo da União Federal, por efeito de *expressa reserva constitucional* de competência definida pela Carta da República.

– A norma constante da Lei Orgânica do Distrito Federal – que impede a prisão do *Governador do DF* antes de sua condenação penal definitiva – não se reveste de validade jurídica e, consequentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da Constituição Federal.

Prerrogativas inerentes ao Presidente da República enquanto chefe de Estado.

– O Distrito Federal *não pode* reproduzir em sua própria Lei Orgânica – não obstante a qualificação desse diploma normativo como estatuto de natureza constitucional (*ADI 980/DF*, Rel. Min. *Celso de Mello*) – o conteúdo material dos preceitos inscritos no art. 86, § 3º e § 4º, da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental, por serem *unicamente* compatíveis com a condição institucional de chefe de Estado, são *apenas* extensíveis ao Presidente da República. *Precedente*: *ADI 978/PB*, Rel. p/ o ac. Min. *Celso de Mello*.

Portanto, não mais subsiste, porque conflitante com a Carta da República e assim declarado pelo Guarda Maior desta, o preceito da Lei Orgânica do Distrito Federal vedador da prisão antes de ter-se ação penal e, mais do que isso, o julgamento desta.

Surge a questão discutida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com votos vencidos, sobre a impossibilidade de, sem a licença da Câmara Distrital para processar-se o Governador, ocorrer a constrição à liberdade. Valho-me de entendimento revelado no Plenário do Supremo quando da apreciação do agravo regimental na Pet 3.838/RO.

A óptica foi versada em artigo publicado nos jornais *A Folha de São Paulo*, Tendências/Debates, de 13 de dezembro de 2009, e *Jornal do Brasil*, de 22 de dezembro de 2009:

Vem-nos do Império regra a beneficiar o Presidente da República: na vigência do mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao

exercício de suas funções. Vale dizer, fica suspensa a persecução criminal e, consequentemente, a prescrição. A diferença notada corre à conta da imunidade absoluta que beneficiava o Imperador.

Pois bem, em geral, as Constituições estaduais condicionam a ação penal contra Governadores à licença prévia da Casa Legislativa. Cumpre, assim, definir a harmonia, ou não, dessa previsão com a Lei Maior da República, com a Carta Federal, que a todos, indistintamente, ante a rigidez, submete.

Pronunciei-me sobre a matéria ao votar no Agravo Regimental na Petição nº 3.838, a envolver Senador da República e o Governador Ivo Cassol, vencido quanto à denominada via da atração, seguindo-se pedido de vista do Ministro Eros Grau.

A perda do mandato, antes da sequência do julgamento, pelo detentor da prerrogativa – para alguns privilégio – de ser julgado pelo Supremo, implicou o deslocamento da competência para o Superior Tribunal de Justiça, ao qual cabe processar e julgar Governador considerados os crimes ditos comuns. Com isso, o Guarda Maior da Constituição – o Supremo – não chegou a manifestar-se em definitivo a respeito do tema.

As razões do convencimento sobre a insubsistência da licença são várias. Consubstancia garantia constitucional o acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, sendo atribuição exclusiva do Ministério Público propor, mediante denúncia, a ação penal pública que se tem como incondicionada. Soma-se a essa premissa a atividade independente dos Poderes – cláusula sensível à Federação. Não fosse o fato de o Chefe do Executivo local contar com bancada na Assembleia – que, assim, dificilmente, concede a licença, manietando o Ministério Público e o Judiciário –, a condição de procedibilidade ora examinada resulta em interferência indevida de um Poder em outro e, o que é pior, com entrelaçamento extravagante. A Assembleia do Estado passa a limitar a atuação judicante de órgãos federais – o Ministério Público e o Superior Tribunal de Justiça.

Há mais a tornar estreme de dúvidas a inconstitucionalidade da exigência de licença. Com a Emenda Constitucional nº 35/2001, foi abolido do sistema pátrio constitucional esse requisito para ter-se formalizada a ação penal. Antes o processo-crime contra Deputado Federal ou Senador dependia da "permissão" da Casa a que integrado – Câmara dos Deputados ou Senado da República – e, quase sempre, senão sempre – lembro-me apenas de uma exceção – a resposta ao pedido era negativa, como ocorrido no caso do citado Governador. Ao acolher a diligência requerida pelo Procurador-Geral da República, visando à licença, presente até mesmo o princípio da eventualidade – vir o colegiado a entender de forma diversa –, assentei o não comprometimento com a tese.

Em quadra de abandono a princípios, de perda de parâmetros, de inversão de valores, de escândalos de toda ordem, cumpre ser fiel, a mais não poder, aos ditames constitucionais, buscando a realização dos anseios da sociedade. Esta não aceita a impunidade justamente daqueles que, a rigor, devem dar o exemplo. Com a obrigatoriedade de licença, posterga-se para as calendas gregas a tomada de providências inibidoras de desvios de conduta, passando os Governadores, quem sabe também os Prefeitos, a gozarem de verdadeira blindagem, embora temporária, de privilégio – não bastasse a extravagante prerrogativa de foro –, odioso como todo e qualquer privilégio, perdendo-se, no tempo e na memória, os elementos fáticos envolvidos no

episódio merecedor da imediata glosa penal. É o momento de tomar-se o período vivenciado – no que vêm funcionando a contento a Imprensa, investigativa e esclarecedora, a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário – como alvissareiro, sinalizando o almejado avanço cultural, dias melhores neste imenso e sofrido Brasil, e de adotar-se postura que mantenha rígidos os freios inibitórios dos agentes públicos e políticos, fazendo-os compreender que o exercício do cargo visa a servir à coletividade e não a si próprio. Com a palavra o Tribunal da Cidadania, o Superior Tribunal de Justiça, e a última trincheira do povo brasileiro, o Supremo. Que oxalá prevaleça o Direito posto, abandonada toda e qualquer acomodação.

Ficam, assim, afastados esses empecilhos relativamente ao implemento da custódia. No mais, a própria Constituição Federal, no art. 5º, LVII, excepciona o princípio da não culpabilidade, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Viabiliza a prisão provisória – gênero – ao dispor, no inciso LXI, que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei", dela também constando que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" – inciso LXVI do citado artigo. Daí ter-se como recepcionado pela Carta o disposto nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
>
> Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:
>
> I – punidos com reclusão;
>
> II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;
>
> III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;
>
> IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (incluído pela Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006).

Pois bem, o Ministério Público Federal – em peça subscrita pelo Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, e pela Subprocuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge – requereu ao Superior Tribunal de Justiça, ao Relator do Inquérito 650/DF, Ministro Fernando Gonçalves, a prisão preventiva de José Roberto Arruda, Governador do Distrito Federal, Geraldo Naves, Welligton Luiz Moraes, Antônio Bento da Silva, Rodrigo Diniz Arantes e Haroaldo Brasil de Carvalho, pedido que veio a ser acolhido pelas razões constantes do requerimento e referendado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

A peça, tomada como a fundamentar o ato constritivo da liberdade de ir e vir do paciente, fez-se ao mundo jurídico ante esmero insuplantável. Apontou-se a necessidade das prisões, inclusive a do Governador em exercício, visando a preservar a ordem pública e campo propício à instrução penal considerado o inquérito em curso. De forma harmônica com os elementos coligidos, de forma harmônica com o

resultado do que foi apurado pela Polícia Federal, registrou-se a tentativa de subornar testemunha e de utilizar-se documento falsificado ideologicamente para alterar a verdade da investigação. Então, após aludir-se à comprovação da materialidade dos crimes de corrupção de testemunha e de falsidade ideológica, escancarou-se o quadro a revelar a participação do ora paciente, não bastasse a circunstância de este último surgir como beneficiário dos atos praticados.

Tudo ocorreu visando a levar o jornalista Edmilson Edson dos Santos a modificar a verdade no depoimento que viria a prestar, direcionando-o a demonstrar que os fatos relatados no inquérito teriam sido fruto de armação para comprometer o Governador. O auto de prisão em flagrante daquele que por último veio a atuar em nome do Governador, ofertando numerário para a mudança de óptica no depoimento e, mais do que isso, o próprio depoimento por ele prestado tornam precisos os parâmetros essenciais a ter-se a adequação do artigo 312 do Código de Processo Penal.

São mesmo geradoras de perplexidade as minúcias retratadas nas peças aludidas, no que foram confirmadas no depoimento do citado jornalista. Em jogo fez-se a necessidade de preservação da ordem pública e de campo propício à regular instrução penal. Friso, mais uma vez, não se estar diante de situação a revelar capacidade intuitiva, supondo-se práticas passíveis de serem realizadas, mas sim de dados concretos a evidenciarem desvios de condutas a atingirem a ordem pública e a solaparem a regular instrução própria ao inquérito, a coleta de dados visando a esclarecer, quanto aos fatos que motivaram a instauração do inquérito, a verdade real. Além disso, tudo veio a ser implementado conforme auto de prisão em flagrante e depoimentos a partir do Palácio do Governo, a partir de iniciativa do beneficiário das esdrúxulas manobras, o Governador do Distrito Federal. Confiram com os seguintes trechos:

> *Depoimentos do policial, condutor do agente preso em flagrante* (fls. 137 a 139):
>
> (...) *Que* verificou também que o conteúdo do envelope repassado a *Antônio* por *Sombra* era uma declaração impressa em computador e preenchida à caneta, onde *Edson Edmilson dos Santos* afirmara que fora chamado para participar da edição fraudulenta dos vídeos supostamente feitos por *Durval Barbosa* e que teria se recusado a participar; *que* o condutor, diante da notícia prévia de que referido dinheiro prometido e entregue, ora apreendido, destinava-se à alteração da verdade em depoimento a ser prestado por *Edson Sombra* e com o fim de obter prova no inquérito 650-STJ, deu voz de prisão a *Antônio Bento da Silva* (...)
>
> *Que* no percurso até a superintendência, conversou com *Antônio Bento*, o qual disse ser funcionário aposentado da CEB e confirmou ter sido procurado há 15 dias por *Rodrigo*, assessor "da casa do governador", com a finalidade de entregar determinada quantia de dinheiro a *Edson Sombra*; *Que Antônio* disse ao condutor que tem o telefone de *Rodrigo* registrado em seu celular, esclarecendo que essa pessoa é assessora especial do governador *Arruda*" (...).
>
> *Que Antônio* disse ter sido colocado como intermediário apenas por sua proximidade com *Edson Sombra*; *Que* o condutor ainda indagou a *Antônio Bento* se sabia a motivação para a entrega do dinheiro, ele respondeu que sua tarefa era checar o teor da declaração que lhe foi entregue e dar o dinheiro a *Edson*, sendo que outra parcela seria paga quando *Edson Sombra* confirmasse o teor do documento (...)
>
> *Depoimento do conduzido* (fls. 144 a 147):
>
> (...) *Que* foi procurado por uma pessoa chamada *Rodrigo*, que trabalha na residência do Governador *Arruda*; (...) *Que Rodrigo* questionou o interrogado a respeito da situação de *Edmilson Edson dos Santos* (conhecido como

Edson "*Sombra*") com relação à *Operação Caixa de Pandora*; *Que* há aproximadamente 20 dias, *Rodrigo* procurou o interrogado para que conversasse com *Edson* "*Sombra*" para que "*Sombra*" aceitasse R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em troca de confirmação e assinatura de uma declaração, ora apreendida em poder do interrogado, e para que "*Sombra*" confirmasse o teor de tal declaração em seu depoimento como testemunha na Polícia Federal; *Que* o interrogado confirma que o teor da declaração era que *Edson* afirmava serem os fatos da *Operação Caixa de Pandora* criados por *Durval Barbosa* para prejudicar o Governador *Arruda*; *Que* não possui conhecimento da origem dos R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) apreendidos em seu poder; (...)

Que acredita que o objetivo de *Rodrigo* com relação à declaração era possibilitar uma possível defesa do Governador *Arruda* com relação à *Operação Caixa de Pandora*; *Que* no início, foi procurado por *Rodrigo* para que intercedesse junto a *Edson* "*Sombra*" informando-o que, caso confirmasse em seu depoimento a história descrita na declaração, receberia uma bonificação em dinheiro, no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais); (...)

Que durante o período em que ocorreram as tratativas, o interrogado em nenhum momento foi contatado diretamente pelo Governador *Arruda*, mas apenas por *Rodrigo*, entretanto, ao falar com *Edson* "*Sombra*", o interrogado falava em nome do Governador *Arruda*"; (...)

Que Edson "*Sombra*" informou que teria sido procurado por *Durval Barbosa* para participar das gravações dos vídeos; *Que* o interrogado acredita que, ao longo do tempo, o Sr. *Edson Sombra* percebeu o objetivo de *Durval* era de atingir o Governo *Arruda* com os vídeos apresentados por *Durval*; *Que* acredita que a declaração apreendida seria utilizada pelo Governo *Arruda* no sentido de fazer acreditar que *Durval* criou os vídeos para prejudicar o Governador *Arruda*; *Que* na data de ontem, o interrogado encontrou *Rodrigo* na residência oficial, em Águas Claras, para tratar da entrega do dinheiro; *Que* acredita que *Rodrigo*, por ser ligado ao Governador, queria ajudar na defesa da *Operação Caixa de Pandora*, inclusive com a entrega do dinheiro para "*Sombra*". *Que Rodrigo* agiu em nome do Governador *Arruda*; (...)

Que não acreditava que poderia estar cometendo um crime ao entregar o dinheiro, de origem não sabida, para uma testemunha importante em Inquérito Judicial em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, para que, em troca do dinheiro, assinasse a declaração apreendida e criasse novo fato a ser apreciado no referido inquérito; *Que*, por fim, acrescenta que, após os R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) ora apreendidos em benefício da assinatura da referida declaração a ser produzida para possível defesa do Governador *Arruba*, teria a promessa de mais quatro parcelas de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), oferecidas por *Rodrigo* em nome do Governador *Arruda*; *Que* reitera que em nenhum momento tratou do asusnto da entrega do dinheiro diretamente com o Governador *Arruda*; (...)

Que acredita que *Rodrigo* é o mesmo que apareceu em um vídeo divulgado durante a *Operação Caixa de Pandora*, em que é entregue um pacote de dinheiro para o Governador *Arruda* e, em tal momento, este *Rodrigo* entra e recolhe tal quantia em dinheiro; (...)

Depoimento da vítima Edmilson Edson dos Santos (fls. 148 a 150):

Que foi procurado por *Geraldo Naves*, Deputado Distrital, no início do mês de janeiro do corrente ano, em nome do Governador *Arruda*, para que pudesse prestar serviço de forma a atrapalhar a investigação em curso da

Operação Caixa de Pandora, arranjar fitas que tenham *Valério Neves*, chefe de gabinete da época do Governo *Roriz* recebendo dinheiro de *Durval Barbosa*, fitas editadas para incriminar *José Roberto Arruda*, conseguir documentos da investigação da Polícia Federal que pudessem ajudar na defesa da *Operação Caixa de Pandora* e fitas que ainda não tivessem sido divulgadas sobre o caso e que, em tese, estaria na posse de *Durval Barbosa* ou do próprio depoente; *Que* em seguida, o interlocutor enviado por *José Roberto Arruda* foi trocado, em comum acordo, pelo Secretário de Comunicação do GDF, *Wellington Moraes*, com os mesmos objetivos trazidos por *Geraldo Naves*; *Que* o depoente entrou em contato com o Governador *Arruda*, através do telefone celular de *Wellington Moares*, com o intuito de questionar o motivo pelo qual *Arruda* teria enviado *Geraldo Naves* para intermediar assunto de interesse do Governador *Arruda*, sendo que o depoente não possuía intimidade com *Geraldo Naves*, motivo pelo qual foi realizada a troca de interlocutores; (...)

Que Bento levou a versão da declaração para *Arruda* e este devolveu com algumas anotações, trazidas por *Bento* até o depoente; *Que* nesse meio tempo, também foi tratado o valor pelo qual seria pago ao depoente para assinatura da referida declaração, em sua versão final, apreendida na data de hoje em poder de *Bento* por ocasião da troca do dinheiro pela declaração; (...)

Que além dos valores acima descritos, o depoente também receberia uma conta garantida no BRB, contratos de publicidade no GDF, quitação de sua dívida junto à CEB, no valor de quatorze parcelas de R$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais), dentre outros benefícios que poderiam surgir; *Que* tudo o acima descrito também pode ser confirmado através dos DVDs trazidos e gravados pelo depoente, com a finalidade de "me precaver, uma vez que na cidade corre o boato de que está ocorrendo o uso de parte da Polícia Civil a manda do Governo *Arruda* para coação de testemunhas, algumas ameaças de flagrante, principalmente com as pessoas que foram indicadas ou são amigas de *Durval Barbosa*; *Que* apresenta também, junto com os DVDs em que *Antônio Bento* aparece, um de *Wellington Moraes*, Secretário de Comunicação do GDF, todos gravados pelo depoente em sua residência, com o objetivo acima descrito (...).

Que com o avançar da hora e a pressão exercida pelos interlocutores, o depoente achou melhor marcar para a manhã de hoje e, logo em seguida, entrou em contato com a Polícia Federal, na pessoa do Delegado *Alfredo Junqueira*; (...).

Eis os tempos novos vivenciados nesta sofrida República. As instituições funcionam atuando a Polícia Federal, o Ministério Público e o Judiciário. Se, de um lado, o período revela abandono a princípios, perda de parâmetros, inversão de valores, o dito pelo não dito, o certo pelo errado e vice-versa, de outro, nota-se que certas práticas – repudiadas, a mais não poder, pelos contribuintes, pela sociedade – não são mais escamoteadas, elas vêm à balha para ensejar a correção de rumos, expungida a impunidade. Então, o momento é alvissareiro.

Sob o ângulo do aditamento – verdadeira e esforçada impetração a nos fazer lembrar do enquadramento leigo da EC 1/1969, tamanha a extensão –, cumpre considerar a inexistência de vício no ato do Superior Tribunal de Justiça no que tomada de empréstimo a representação do Ministério Público visando à custódia. Isso ocorreu no campo da economia processual levando em conta a alusão,

de forma minuciosa, a dados coligidos. Em síntese, ao encampar o que contido na peça, o Judiciário fez suas as premissas dela constantes, não se podendo estender a esse campo, da custódia preventiva, o que se diz sobre a impossibilidade de ter-se sentença condenatória a reproduzir integralmente peça do Estado-Acusador. A fase na qual atuou o Superior Tribunal de Justiça mostrou-se outra e reportar-se ao conteúdo da representação, mesmo porque difícil seria ter-se algo novo, não implicou comprometimento da ordem de prisão, sob pena de, assim não se concluindo, desprezar o conteúdo e proclamar-se o império da forma pela forma.

Também não guarda sintonia com a espécie o disposto no art. 51, I, da Constituição Federal. Reconheça-se haver na Carta da República inúmeros preceitos de observância obrigatória nas unidades da Federação. Mas o que previsto no citado dispositivo não está em harmonia com a organização do Poder Legislativo nos Estados. Versa a admissibilidade da instauração do processo no Senado da República contra o presidente e o vice-presidente da República e os ministros de Estado, devendo partir-se para a interpretação sistemática considerando-se o artigo que se segue, a revelar a competência privativa do Senado da República para processar e julgar o presidente e o vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles. Está-se diante do envolvimento não de crime de responsabilidade propriamente dito, mas de crimes comuns.

Cabe ter presentes alguns aspectos. Em primeiro lugar, esta Corte fulminou, no julgamento da ADI 1.020-4/DF, reiterando entendimento formalizado na ADI 978-8/PB, no que esta envolvia a Constituição do Estado da Paraíba, preceito da Lei Orgânica do Distrito Federal que condicionava a prisão do Governador à licença da Câmara Distrital. O dispositivo tinha a seguinte redação:

> Art. 103 (...)
> § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória nas infrações comuns, o Governador não estará sujeito a prisão.
> § 4º O Governador, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de sua funções.

Cogitar-se da necessidade de licença para a custódia considerado inquérito em curso é levar às últimas consequências a extravagante previsão, no que direcionada à ação penal, da deliberação quanto ao recebimento, ou não, da denúncia. Norma a encerrar exceção somente pode ser interpretada de forma estrita, não bastasse conflito com a Carta Federal, conforme exposto no ato que implicou o indeferimento da liminar. Mais do que isso, é ter como inócua e contraditória a decisão deste Plenário que resultou na declaração de inconstitucionalidade da prévia licença para chegar-se à custódia. Sim, a prevalecer a óptica da abrangência, ou seja, de a exigibilidade da licença para deliberar-se sobre o recebimento, ou não, da denúncia alcançar a prisão provisória – e quem sabe até a apuração dos fatos mediante inquérito –, teriam atuado no vazio a Câmara Distrital, ao elaborar a Lei Orgânica do Distrito Federal, e o Supremo, ao fulminá-la

no particular. O enfoque contraria o princípio do terceiro excluído segundo o qual uma coisa é ou não é. Inconfundíveis são as disciplinas – da instauração do inquérito, da instauração do processo criminal e da prisão quer na primeira fase do inquérito como ocorreu na espécie, quer na segunda quando já existente a ação penal ante o recebimento da denúncia.

Relativamente à custódia que tanta repercussão causou no território nacional, tem-se o envolvimento no ato não só do Governador José Roberto Arruda, então em exercício, fato inédito, mas nem por isso estranho à ordem jurídica, como também de Geraldo Naves, Welligton Moraes, Antônio Bento da Silva, Rodrigo Diniz Arantes e Haroaldo Brasil de Carvalho. Ao implementá-la, o Relator – e o ato foi endossado pelo Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça – levou em conta, mediante transcrição, o requerimento formalizado, em peça redigida com esmero, conforme já consignado, pelo Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, e pela Subprocuradora-Geral da República Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge. Tudo se fez a partir não só de prisão em flagrante, mas também dos depoimentos colhidos, especialmente o daquele que se mostrou portador do que teria sido idealizado – pasmem – no Palácio. Adito os trechos já constantes da decisão interlocutória transcrita a outros que vieram à balha mediante os depoimentos colhidos. Antônio Bento da Silva, preso em flagrante, esclareceu (fls. 144 a 147):

> (...)
> *Que* foi procurado por uma pessoa chamada *Rodrigo*, que trabalha na residência do Governador *Arruda*, sem precisar há quanto tempo; *Que Rodrigo* é assessor do Governador *Arruda*; *Que* Rodrigo questionou o interrogado a respeito da situação de *Edmilson Edson dos Santos* (conhecido como *Edson* "*Sombra*") com relação à *Operação Caixa de Pandora*; *Que* há aproximadamente 20 dias, *Rodrigo* procurou o interrogado para que conversasse com *Edson* "*Sombra*" para que "*Sombra*" aceitasse R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em troca de confirmação e assinatura de uma declaração, ora apreendida em poder do interrogado, e para que "*Sombra*" confirmasse o teor de tal declaração em seu depoimento como testemunha na Polícia Federal; *Que* o interrogado confirma que o teor da declaração era que *Edson* afirmava serem os fatos da *Operação Caixa de Pandora* criados por *Durval Barbosa* para prejudicar o Governador *Arruda*; *Que* não possui conhecimento da origem dos R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), apreendidos em seu poder; *Que* a entrega do dinheiro para o intermediário foi realizada na data de ontem, por volta das 22h30min, nas imediações da churrascaria *Porcão*, em Brasília/DF; (...) *Que* o interrogado estava sozinho em tal evento e *Rodrigo* ligou afirmando que uma pessoa iria lhe entregar o dinheiro no *Porcão*; *Que* acredita que o objetivo de *Rodrigo* com relação à declaração era possibilitar uma possível defesa do Governador *Arruda* com relação à *Operação Caixa de Pandora*; *Que*, no início, foi procurado por *Rodrigo* para que intercedesse junto a *Edson* "*Sombra*" informando-o que, caso confirmasse em seu depoimento a história descrita na declaração, receberia uma bonificação em dinheiro, no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais); *Que* informa que *Rodrigo* falou com o interrogado em nome do Governador *Arruda*; *Que* afirma que desde o início *Edson* "*Sombra*" não queria aceitar tal quantia, informando que iria apenas contar a verdade que sabia; *Que* diante da negativa de *Edson*,

o interrogado comentou com *Rodrigo* e este pediu que o interrogado continuasse insistindo junto ao Sr. *Edson* para aceitar o dinheiro; *Que* o interrogado continuou assediando *Edson* "*Sombra*" e, por fim, este acabou aceitando; *Que* durante o período em que ocorreram as tratativas, o interrogado em nenhum momento foi contatado diretamente pelo Governador *Arruda*, mas apenas por *Rodrigo*, entretanto, ao falar com *Edson* "*Sombra*", o interrogado falava em nome do Governador *Arruda*; *Que* desde a deflagração da *Operação Caixa de Pandora* (dia 27-11-2009) o interrogado conversou com *Edson* "*Sombra*" sobre os acontecimentos, visto que os dois são amigos de longa data, e *Edson* "*Sombra*" informou que sabia que *Durval* teria procurado a Polícia Federal com vídeos que incriminariam o Governador Arruda; *Que Edson* "*Sombra*" informou que teria sido procurado por *Durval Barbosa* para participar das gravações dos vídeos; *Que* o interrogado acredita que, ao longo do tempo, o Sr. *Edson Sombra* percebeu que o objetivo de *Durval* era de atingir o Governo *Arruda* com os vídeos apresentados por *Durval*; *Que* acredita que a declaração apreendida seria utilizada pelo Governo *Arruda* no sentido de fazer acreditar que *Durval* criou os vídeos para prejudicar o Governador *Arruda*; *Que* na data de ontem, o interrogado encontrou *Rodrigo* na residência oficial, em Águas Claras, para tratar da entrega do dinheiro; *Que* acredita que *Rodrigo*, por ser ligado ao Governador, queria ajudar na defesa da *Operação Caixa de Pandora*, inclusive com a entrega do dinheiro para "*Sombra*"; *Que Rodrigo* agiu em nome do Governador *Arruda*; *Que* não sabe explicar de onde vieram os R$ 200.000,00 (duzentos mil reais); *Que* não acreditava que poderia estar cometendo um crime ao entregar o dinheiro, de origem não sabida, para uma testemunha importante em Inquérito Judicial em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, para que, em troca do dinheiro, assinasse a declaração apreendida e criasse novo fato a ser apreciado no referido inquérito; *Que* por fim, acrescenta que, após os R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) ora apreendidos em benefício da assinatura da referida declaração a ser produzida para possível defesa do Governador *Arruda*, teria a promessa de mais quatro parcelas de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), oferecidas por *Rodrigo* em nome do Governador *Arruda*; *Que* reitera que em nenhum momento tratou do assunto da entrega do dinheiro diretamente com o Governador *Arruda*; *Que* tem contatos frequentes com *Edson* "*Sombra*"; *Que* nos últimos quinze dias teve aproximadamente seis encontros com *Rodrigo*, além de alguns contatos telefônicos; *Que* na entrega da quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), na *Torteria de Lorenza* só estavam presentes o interrogado e o Sr. *Edson* "*Sombra*"; *Que* acredita que *Rodrigo* é o mesmo que apareceu em um vídeo divulgado durante a *Operação Caixa de Pandora*, em que é entregue um pacote de dinheiro para o Governador *Arruda* e, em tal momento, este *Rodrigo* entra e recolhe tal quantia em dinheiro.

(...)

Então, há de admitir-se – ante a clareza desse depoimento e, até certo ponto, a demonstração de sinceridade, para alguns até mesmo ingênua – o elo entre o que acontecido e retratado no flagrante e o Governador do Distrito Federal, mormente ante o contato havido com aquele que seria assessor do Governador – o Rodrigo – e a revelação, ao menos implícita, que tudo estaria a ocorrer a partir de algo engendrado no próprio Palácio e este, sabidamente, é comandado por aquele que, aliás, seria o maior beneficiário da esdrúxula e portanto condenável manobra. Desinfluente é o fato de o Governador não haver mantido contato direto com o mensageiro Antônio Bento. O que importa é a notícia de que tudo

estaria sendo feito com o respectivo conhecimento e para infirmar o que contido no Inquérito 650, no qual, o alvo principal, em termos de investigação seria Ele. Sobressai a revelação de que tudo foi feito com a aquiescência do Governador. A certeza sobre isso será elucidada no desenrolar da denúncia já apresentada pelo Ministério Público. Incoerente seria, a esta altura, excluir a participação do Governador e manter os demais envolvidos presos. Seria o agasalho do dito popular segundo o qual a corda sempre estoura do lado mais fraco.

O depoimento de Edmilson Edson dos Santos – de início a testemunha alvo da tentativa de corrupção, prevalecendo até aqui a intimação da Polícia Federal para depor nessa qualidade – mostra-se pormenorizado quanto à sucessiva substituição de mensageiros que se disse implementada pelo Governador Arruda (fls. 148 a 150):

> (...)
> *Que* foi procurado por *Geraldo Naves*, Deputado Distrital, no início do mês de janeiro do corrente ano, em nome do Governador *Arruda*, para que pudesse prestar serviço de forma a atrapalhar a investigação em curso da *Operação Caixa de Pandora*, arranjar fitas que tenham *Valério Neves*, chefe de gabinete da época do Governador *Roriz* recebendo dinheiro de *Durval Barbosa*, fitas editadas para incriminar *José Roberto Arruda*, conseguir documentos da investigação da Polícia Federal que pudessem ajudar na defesa da Operação Caixa de Pandora e fitas que ainda não tivessem sido divulgadas sobre o caso e que, em tese, estariam na posse de *Durval Barbosa* ou do próprio depoente; *Que* em seguida, o interlocutor enviado por *José Roberto Arruda* foi trocado, em comum acordo, pelo Secretário de Comunicação do GDF, Wellington Moraes, com os mesmos objetivos trazidos por *Geraldo Naves*; *Que* o depoente entrou em contato com o Governador *Arruda*, através do telefone celular de *Wellington Moraes*, com o intuito de questionar o motivo pelo qual *Arruda* teria enviado *Geraldo Naves* para intermediar assunto de interesse do Governador *Arruda*, sendo que o depoente não possuía intimidade com *Geraldo Naves*, motivo pelo qual foi realizada a troca de interlocutores; *Que* após a escolha, de comum acordo, de *Wellington Moraes*, *Antônio Bento da Silva* apareceu na residência do depoente com a primeira versão da suposta declaração a ser assinada pelo depoente, levando a entender que mais uma vez o interlocutor teria sido trocado, desta vez por *Bento*, mas sem conhecimento do depoente; *Que* a declaração apresentada por *Bento* teve o intuito de que o depoente pudesse analisá-la e, caso aceitasse, assiná-la, ou ainda, modificar de maneira que melhor lhe aprouvesse; *Que* a referida declaração foi modificada então pelo depoente; *Que Bento* levou a versão da declaração para *Arruda* e este devolveu com algumas anotações, trazidas por *Bento* até o depoente; *Que* nesse meio tempo, também foi tratado o valor pelo qual seria pago ao depoente para assinatura da referida declaração, em sua versão final, apreendida na data de hoje em poder de *Bento* por ocasião da troca do dinheiro pela declaração; *Que* no início, por meio de *Geraldo Naves*, foram oferecidos ao depoente R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para a realização da declaração e mudança no depoimento a ser prestado na Polícia Federal; *Que* com a troca dos interlocutores, o valor foi aumentado para R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) e, ao final, chegou-se a um valor de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a serem pagos da seguinte forma: R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em dinheiro na entrega da declaração assinada, como garantia, R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) após a oitiva a ser prestada na Polícia Federal na data de hoje, desde que condizente com a declaração assinada e já em poder de *Antônio Bento*, e o restante seria pago em

> três parcelas de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) mensais; *Que* além dos valores acima descritos, o depoente também receberia uma conta garantida no BRB, contratos de publicidade no GDF, quitação de sua dívida junto à CEB, no valor de quatorze parcelas de R$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais), dentre outros benefícios que poderiam surgir; *Que* tudo o acima descrito também pode ser confirmado através dos DVDs trazidos e gravados pelo depoente, com a finalidade de "me precaver, uma vez que na cidade corre o boato de que está ocorrendo o uso de parte da Polícia Civil a mando do Governador *Arruda* para coação de testemunhas, algumas ameaças de flagrante, principalmente com as pessoas que foram indicadas ou são amigas de *Durval Barbosa*"; *Que* apresenta também, junto com os DVDs em que *Antônio Bento* aparece, um de *Wellington Moraes*, Secretário de Comunicação do GDF, todos gravados pelo depoente em sua residência, com o objetivo acima descrito, ou seja, de se resguardar de futuras retaliações por parte de alguns integrantes do GDF; *Que* nesse momento, apresenta original de bilhete escrito de próprio punho por *José Roberto Arruda*, Governador do DF, entregue pelo Deputado Distrital *Geraldo Naves* no início do mês de janeiro, logo quando começou o assédio em cima do depoente para sua participação e mudança no depoimento a ser prestado na Polícia Federal; *Que* após aproximadamente vinte dias de idas e vindas de interlocutores do Governador do DF, variação no valor a ser pago para mudança do depoimento na Polícia Federal; *Que* na data de ontem, após telefonema de *Bento* para o depoente, em que Aroaldo, um dos diretores da CEB, também participou da conversa ao lado de *Bento*, o depoente foi pressionado para que encontrasse os interlocutores naquela mesma hora, já no fim da noite, para que pudesse receber o dinheiro e entregar a declaração assinada antes de prestar o depoimento na Polícia Federal; (...)

Então, não há como fugir a essas notícias, retratadas nos depoimentos prestados no Departamento de Polícia Federal Superintendência Regional no Distrito Federal, que direcionam ao envolvimento do próprio Governador, que, repita-se à exaustão, seria o maior beneficiário do embaralhamento de dados colhidos no inquérito em curso para apreciar atos de corrupção. Somam-se aos depoimentos o material apreendido, inclusive bilhete do próprio punho do Governador, a referir-se à testemunha, com o seguinte teor (fl. 170):

> 1) Gosto dele
> 2) Sei que tentou *evitar*
> 3) Quero ajuda
> 4) Sou grato
> 5) Geraldo – Tá valendo
> 6) GDF – OK

Presente se fez de forma clara, precisa e, portanto, concreta a prática de atos visando a obstruir a Justiça, a apuração dos fatos tal como realmente ocorridos, atraindo o fenômeno – verdadeiro fenômeno no que envolvido um Governador do Estado – a incidência do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a revelar a possibilidade de prisão preventiva, admitida pela Carta da República no art. 5º, incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI, em virtude da necessidade de preservar-se não só a regular instrução criminal, no caso retratada nos autos do inquérito, mas também a ordem pública no que envolvida a atuação profícua de instituições – a Polícia Federal, o Ministério Público e o Judiciário.

Reiterados são os pronunciamentos do Tribunal – relacionados, é certo, a cidadãos comuns e não a governadores, mas não cabe distinguir – placitando prisões preventivas quando constatado ato concreto de obstrução da Justiça, contrário à boa ordem da instrução criminal, alijada toda sorte de suposição no que fruto de engenhosa, reconheça-se, capacidade intuitiva. Confiram – e muitos outros poderiam ser referidos – os seguintes precedentes: RHC 83.179-6/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC 98.916/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e HC 98.130/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, com acórdãos veiculados no *DJ* de 22-8-2003, 5-2-2010 e 12-2-2010, respectivamente.

O ato da constrição – sem desprezo do relevante papel da mídia investigativa e esclarecedora do grande público, sem a qual difícil é falar em Estado de Direito, em Democracia – fez-se ao mundo jurídico calcado em elementos próprios, concretos, coligidos nos autos da prisão em flagrante. Tenha-se presente, ainda, sem adotar a máxima popular segundo a qual "cesteiro que faz um cesto faz um cento", que, sob o ângulo da regular instrução criminal e da preservação da ordem pública, a pressupor o normal funcionamento das instituições – policial e judicial –, a medida surgiu acauteladora, não se tornando desnecessária nem mesmo diante da postura do envolvido a revelar equidistância, a revelar dados aparentes de não vir a implementar atos de obstrução investigatória. Fosse assim, ruiria por terra, em todos os casos, a prisão preventiva decorrente da necessidade de preservar a regular instrução criminal, já que muitos são os arrependidos, ao menos aparentemente, ao enfrentarem uma séria crise, como a notada neste processo. Da mesma forma, tem-se a irrelevância jurídica de compromisso ainda que formal de o paciente não voltar à governança na qual, fora o que está ainda sendo apurado em inquérito, vinha merecendo aplausos dos brasilienses. A prisão, a toda evidência, não resultou da feitura de um aparente bom Governo.

Para que não passe sem exame, consigno não depender a prisão preventiva – quer implementada pelo Juízo, quer por relator, quer pelo próprio Tribunal – de comunicação prévia aos interessados, nem mesmo em face de reunião de Colegiado no sentido de apreciar, ante previsão regimental, o acerto ou desacerto da decisão de relator. O estabelecimento de contraditório e da ampla defesa implicaria a inversão da ordem natural das coisas, não sendo observáveis como procedimentos a antecederem o ato de deliberação quanto à custódia, ainda que complexo considerados os pronunciamentos do relator e do Colegiado. Do mesmo modo, surge neutra a articulação segundo a qual o paciente jamais foi ouvido nas investigações em curso considerado o Inquérito 650, o que poderá ocorrer a qualquer momento, considerada a conveniência e a necessidade a serem definidas pelo relator.

Quanto à competência do Superior Tribunal de Justiça para o implemento da medida, não fosse a qualidade dos destinatários, possível envolvimento nas investigações de deputado federal ainda está sendo elucidado – HC 102.827/DF –, não bastasse a possibilidade de desdobramento do inquérito, vindo para o Supremo, mediante cópia, o que relativo ao detentor da prerrogativa de foro. Do mesmo modo, a celeridade na prática de atos não tem repercussão maior, não fosse suficiente ser aconselhável em se tratando de medida que se impõe imediata

ante a possibilidade de fuga, que, embora inimaginável quanto a governador em pleno exercício, não o era relativamente aos demais envolvidos, e o flagrante apenas haver alcançado um deles – o mensageiro Antônio Bento. Leve-se em conta, de qualquer forma, que certos atos, sob pena de frustração considerado o objeto, prescindem, e até mesmo sugerem o abandono, da prévia entrada no protocolo do Órgão. O que importa ter presente é a inexigibilidade, no caso, da observação de balizas próprias ao contraditório, à ampla defesa, sempre posterior, em termos de preservação, a atos implementados como é o da prisão preventiva. Quanto à apresentação de denúncia, suplantada, assim, a fase de inquérito, notem a especificidade. Tudo teria sido feito para lograr a insubsistência material daquele em curso – o de n. 650. Sobre a assistência de advogado no desdobramento da prisão em flagrante, também não é dado concluir no sentido de defeito a comprometer a custódia preventiva do paciente. Em primeiro lugar porque a assistência não seria a este, no que não foi ouvido na dinâmica do flagrante. A atuação nos fatos que o ensejaram não se mostrou direta, mas intermediada por terceiros. Em segundo lugar, o ritual previsto no Código de Processo Penal não a contempla, sendo estranho o instituto do contraditório técnico. Com a apresentação daquele surpreendido no que se tem, ao primeiro exame, como a praticar crime, seguem-se a oitiva do condutor e o interrogatório, ocorrendo a advertência sobre direitos, inclusive o de contato com a família e advogado, bem como o de permanecer calado. Mas como visto, o conduzido, homem de boa escolaridade e larga experiência de vida, veio a colaborar com a Justiça, prestando, com desenvoltura, declarações sobre o episódio. Não cabe transportar para essa fase de documentação, simples documentação, o que estabelecido sob o ângulo da assistência jurídica. Estas colocações são feitas ante a flexibilidade processual própria ao *habeas corpus* e presente a abordagem no memorial distribuído.

É tempo de perceber-se a eficácia da ordem jurídica e a atuação das instituições pátrias. Paga-se um preço por viver-se em um Estado de Direito – sendo módico e estando, por isso mesmo, ao alcance de todos –, o respeito irrestrito às regras estabelecidas. É tempo de proclamar-se aos quatro ventos o que lançado na introdução deste voto:

> (...) a lei, documento abstrato, é universal. Assim o requer a República, assim o requer a democracia, assim o exige o povo brasileiro, assim há de pronunciar-se o Judiciário, especialmente na voz do guardião maior da Carta Federal – o Supremo. Descabe distinguir onde a lei não distingue. Eis princípio básico de hermenêutica e aplicação do Direito implícito na Constituição Federal. Fora isso, prevalece o despotismo, consagrando-se casta privilegiada.

Ante esse contexto, lamentável para todos os brasileiros, indefiro a ordem.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu cumprimento o voto do eminente Ministro **Marco Aurélio**, e gostaria de fazer a Sua Excelência algumas indagações.

No Inquérito 650 ainda não foi apresentada a denúncia contra o paciente? Não, não foi.

No crime de corrupção de testemunha, que deu ensejo à decisão da prisão, pelo qual foi fundamentada a prisão no STJ, parece que já houve apresentação de denúncia. É isso?

Então, o crime pelo qual o denunciado foi preso, já está ele denunciado. Essa denúncia foi submetida à Câmara Legislativa do Distrito Federal?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas estamos decidindo sobre a prisão preventiva, naturalmente anterior ao processo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Talvez o Ministério Público ou a defesa possam trazer esses conhecimentos.

O Sr. Advogado Nélio Roberto Seidl Machado: A denúncia foi apresentada no mesmo dia em que se decretou a prisão preventiva; o réu não foi citado, e, até onde sei, está completamente paralisado.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, em primeiro lugar, além de elogiar o voto do Ministro **Marco Aurélio**, eu gostaria de fazer algumas observações iniciais antes de entrar no meu voto.

Gostaria de dizer, Senhor Presidente, nobres colegas, que eu entendo que o procedimento que ocorreu no Superior Tribunal de Justiça, sob os aspectos formais – sobre a questão material e de conteúdo, falarei depois; mas, nos seus aspectos formais, ele ocorreu dentro da legalidade, dentro de toda lisura, dentro do procedimento correto. Aliás, ao contrário do que foi dito da tribuna, eu entendo que o ilustre Relator, lá naquela Corte, o Ministro **Fernando Gonçalves**, teve até a cautela de levar a sua decisão, no sentido de acatar o pedido de prisão feito pelo Procurador-Geral da República, ao Pleno daquela Corte, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. O Presidente daquela Corte teve a diligência de fazer uma convocação extraordinária, de levar toda a Corte a analisar. Então, nesse sentido, eu entendo que as alegações que a defesa fez da tribuna, *data venia*, não procedem.

Como disse a nobre Vice-Procuradora-Geral da República, aqui oficiando como Procuradora-Geral da República em exercício, no impedimento do titular, esse é um procedimento que ocorre normalmente, são petições apresentadas não no protocolo, mas diretamente ao juiz responsável pela causa, e o juiz, no caso o Ministro **Fernando Gonçalves**, lá, teve toda a cautela em levar isso à Corte, para, diante das circunstâncias do caso, ter uma decisão Colegiada.

Feitas essas declarações, Senhor Presidente, digo eu que sou o Relator da ADI 4.362 e pedirei vênia aos nobres pares, mas preciso ler aqui, para o meu raciocínio e para o meu voto, o despacho que proferi no final de dezembro, em 18-12-2009, nos autos da referida ação.

Disse eu:

> Cuida-se de ação direta, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 60, XXIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal.
>
> Eis o teor do dispositivo impugnado:
>
> "Art. 60. Compete, privativamente, à Câmara Legislativa do Distrito Federal:
>
> (...)
>
> XXIII – autorizar, por dois terços dos seus membros, a instauração de processo contra o Governador, o Vice-Governador e os Secretários de Governo."
>
> Sustenta o autor, em síntese, que a norma questionada, "ao condicionar a instauração de ação penal contra determinados agentes políticos do Distrito Federal à prévia autorização da Câmara Distrital, ofende simultaneamente os princípios constitucionais da República, da separação de poderes, da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da proporcionalidade" (fl. 3).
>
> Requer, por conseguinte, a suspensão liminar do art. 60, XXIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal, demonstrando a presença do *periculum in mora* nos seguintes termos:
>
> "O *periculum in mora*, por sua vez, decorre de um fato notório. No Inquérito n. 650-DF, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, apurou-se a possível prática de gravíssimos crimes por parte do Governador do Distrito Federal José Roberto Arruda e de outras pessoas, todos eles fartamente documentados, inclusive através de gravações de vídeo. O Ministério Público Federal deve oferecer denúncia criminal contra S. Exa. nos próximos dias, e o ato normativo impugnado condiciona o recebimento dessa denúncia à prévia autorização da Câmara Distrital, pelo voto de 2/3 dos deputados. O elevado *quorum* exigido, a amplitude da base de sustentação do Governador na Câmara Distrital e circunstâncias específicas do caso tornam bastante improvável a obtenção dessa autorização" (fl. 16).
>
> É o relatório.
>
> Passo a decidir.
>
> Inicialmente, é preciso ressaltar que a norma objeto da presente ação encontra-se em vigor há mais de dezesseis anos (...).

Inclusive, ao longo desses anos de vigência da Lei Orgânica, o próprio Procurador-Geral da República propôs ação direta contra o § 3º do art. 103 da Lei Orgânica, esse exatamente que trata sobre a vedação da prisão, antes da condenação final, e essa ação foi julgada, mas, àquela altura, não propôs o nobre Procurador-Geral da República, então no mandato, à época, a impugnação a esse dispositivo que, agora em dezembro de 2009, veio a impugnar.

Então, volto a dizer:

> Inicialmente, é preciso ressaltar que a norma objeto da presente ação encontra-se em vigor há mais de dezesseis anos, constando desde o texto original da Lei Orgânica do Distrito Federal. Embora sua redação tenha sido alterada pela Emenda à Lei Orgânica 44, de 2005, foi apenas substituída a expressão "Secretários de Governo" por "Secretário de Estado".

Ademais, conforme ressaltado pela própria Procuradoria-Geral da República (fl. 5), a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da constitucionalidade da exigência de prévia autorização da Assembleia Legislativa para a instauração de persecução penal, no Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado. Nesse sentido, confiram-se as ementas a seguir transcritas: (...)

E passei, no meu despacho, a discorrer sobre a jurisprudência desta Corte:

(...) Governador de Estado: processo por crime comum: competência originária do Superior Tribunal de Justiça que não implica a inconstitucionalidade da exigência pela Constituição Estadual da autorização prévia da Assembleia Legislativa. I – A transferência para o STJ da competência originária para o processo por crime comum contra os Governadores, ao invés de elidi-la, reforça a constitucionalidade da exigência da autorização da Assembleia Legislativa para a sua instauração: *se, no modelo federal, a exigência da autorização da Câmara dos Deputados para o processo contra o Presidente da República finca raízes no princípio da independência dos poderes centrais, à mesma inspiração se soma o dogma da autonomia do Estado-membro perante a União, quando se cuida de confiar a própria subsistência do mandato do Governador do primeiro a um órgão judiciário federal.*

II – A necessidade da autorização prévia da Assembleia Legislativa não traz o risco, quando negadas, de propiciar a impunidade dos delitos dos Governadores: a denegação traduz simples obstáculo temporário ao curso de ação penal, que implica, enquanto durar, a suspensão do fluxo do prazo prescricional. (RE 159.230/PB, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 10-6-1994 – Grifou-se).

Cito um outro julgado, na mesma linha:

Habeas corpus – Governador de Estado – Instauração de persecução penal – Competência originária do Superior Tribunal de Justiça – Necessidade de prévia autorização a ser dada pela Assembleia Legislativa do Estado – Exigência que decorre do princípio da federação – Habeas corpus deferido. Princípio republicano e responsabilidade plena dos governantes. – A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana (*RTJ* 162/462-464). A consagração do princípio da responsabilidade do chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal. O princípio republicano exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular – são igualmente responsáveis perante a lei. *Responsabilidade penal do Governador do Estado*. – Os Governadores de Estado – que dispõem de prerrogativa de foro *ratione muneris*, perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, *a*) – estão sujeitos, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Assembleia Legislativa (*RTJ* 151/978-979 – *RTJ* 158/280 – *RTJ* 170/40-41 – Lex/Jurisprudência do STF 210/24-26), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a eles imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais. *Controle legislativo da persecução penal instaurada contra Governador de Estado*. – A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, atenta ao princípio da Federação, impõe que a instauração de persecução penal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação

> penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado-membro, compreendidas, na locução constitucional "crimes comuns", todas as infrações penais (*RTJ* 33/590 – *RTJ* 166/785-786), inclusive as de caráter eleitoral (*RTJ* 63/1 – *RTJ* 148/689 – *RTJ* 150/688-689), e, até mesmo, as de natureza meramente contravencional (*RTJ* 91/423). Essa orientação – que submete, à Assembleia Legislativa local, a avaliação política sobre a conveniência de autorizar-se, ou não, o processamento de acusação penal contra o Governador do Estado – funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional (**É exatamente aqui que se dá a suspensão funcional do chefe do Poder Executivo estadual.**) do chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira "destituição indireta de suas funções", com grave comprometimento da própria autonomia político-institucional da unidade federada que dirige (HC 80.511/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 14-9-2001 – Grifou-se).

Cito, ainda, mais uma decisão no despacho no mesmo sentido do Ministro **Sepúlveda Pertence**, no HC 86.015, e depois volto a dizer eu, naquele despacho:

> Assim, pretende o autor que esta Suprema Corte reveja os seus precedentes, por entender que essa orientação não seria mais consentânea com os valores republicanos, o que não se mostra adequado nessa fase de análise inicial e de cognição sumária (...).

Disse eu, em 18-12-2009:

> Desse modo, em razão da alta relevância da matéria e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, entendo que a decisão deva ser tomada em caráter definitivo, aplicando-se o procedimento abreviado do art. 12 da Lei 9.868/1999.
>
> Solicitem-se informações ao requerido. Após, abra-se vista, sucessivamente, no prazo de cinco dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.
>
> Publique-se.
>
> Brasília, 18 de dezembro de 2009.

Esse processo, Senhor Presidente, já veio a manifestação da Câmara Legislativa, e ele se encontra desde 12-2-2010 na Advocacia-Geral da União para emitir seu parecer. Então, ele não se encontra em meu gabinete, não se encontra em minhas mãos.

Senhor Presidente, o que verificamos aqui? Houve um decreto de prisão pelo Superior Tribunal de Justiça baseado no despacho, depois ratificado, pelo Colegiado do STJ, despacho esse proferido pelo eminente Ministro **Fernando Gonçalves**, vou localizar aqui a decisão. O final dessa decisão diz o seguinte. Leio agora a decisão subscrita em 11-2-2010 pelo Ministro **Fernando Gonçalves**, Relator.

Após citar os pedidos formulados pelo Procurador-Geral da República – e aqui também, lateralmente, digo que o fato de ter fundamentado no pedido o decreto prisional, por esse fundamento, em nada há que se falar em alguma ilegalidade da decisão tomada. É evidente que pode, sim, a autoridade judicial valer-se das manifestações do Ministério Público e adotá-las para fim de fundamentar o pedido de prisão.

Exatamente após citar os sessenta e três itens contidos no pedido de prisão formulado pelo Procurador-Geral da República, disse, então, o Ministro **Fernando Gonçalves**:

> Em consequência será determinada a expedição de mandado de prisão a ser cumprido – imediatamente – pela Polícia Federal, com as cautelas devidas, inclusive com inteira observância das recomendações contidas na decisão de 26-11-2009, no que for aplicável, e consignada nos autos deste Inquérito nº 650.

Antes de ir ao parágrafo seguinte, abro um outro parêntese aqui na citação, Senhor Presidente, nobres pares, para elogiar toda a atuação que teve tanto a Procuradoria-Geral da República, quanto a magistratura, e a Polícia Federal no cumprimento desses mandados. Ao contrário de outras vezes, houve todas as cautelas, houve todas as condições de se cumprir esses mandados sem nenhum tipo de pirotecnia.

Volto ao que disse o Ministro **Fernando Gonçalves**:

> Cabe acentuar, também e por último, que deverão ser atendidas as formalidades do recolhimento em prisão especial, ficando, em decorrência da presente medida, afastado o Sr. José Roberto Arruda do cargo de Governador do Distrito Federal.
>
> Na forma do regimento interno, submeto a decisão ao referendum da Corte Especial.

É evidente que a questão do afastamento não está submetida à sede do *habeas corpus*, mas, para o meu raciocínio e para a evolução da minha decisão, é importante reproduzir o que significa essa decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, ao decretar a prisão, decretou, em consequência, o afastamento do governador do exercício do mandato.

Ora, Senhor Presidente, ele foi preso por corrupção de testemunha, a denúncia já foi apresentada, está em vigor o dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal do inciso XXIII do seu art. 60, que exige autorização da Assembleia para processá-lo. Por outro lado, e aqui também *a latere*, a ADI 4.362 esqueceu-se de impugnar o *caput* do art. 103. O art. 103, *caput*, da Lei Orgânica do Distrito Federal dispõe que:

> Art. 103. Admitida acusação contra o Governador, por dois terços da Câmara Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns, ou perante a própria Câmara Legislativa, nos crimes de responsabilidade.

Ou seja, existe um outro dispositivo na Lei Orgânica, não atacado pelo Procurador-Geral da República, que exige a mesma necessidade de autorização da Assembleia Legislativa. Essa necessidade de autorização – aqui por enquanto não estou na questão da prisão, estou falando sobre a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa –, essa questão já foi objeto de inúmeros julgados ao longo de toda a história desta Corte.

Vou me valer aqui apenas de um voto proferido, um voto que acompanhou o Relator, um voto vogal do eminente Ministro **Victor Nunes Leal**, na petição de HC 41.296 do Distrito Federal, em que fora paciente o então, à época, Governador Mauro Borges Teixeira, do Estado de Goiás. É evidente que aqui há situações específicas de acordo com os parâmetros constitucionais da época, evidente que, já adiantando, tem ajustes aqui, não estou adotando como maneira de decidir, mas para fundamentar uma *ratio* do porque se exige a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa, no caso do Distrito Federal, da Câmara Legislativa, para se autorizar o início de uma ação penal contra um governador de Estado.

Disse **Victor Nunes Leal**, acompanhando o voto do então Relator, eminente Ministro **Gonçalves de Oliveira**, no qual foi concedida a ordem ao Governador do Estado de Goiás, Mauro Borges Teixeira.

Disse Sua Excelência:

> A Constituição Federal, inspirando-se no regime norte-americano, instituiu todo esse mecanismo para, de um lado, reprimir a falta de exação no exercício das altas funções do Estado e, de outro, garantir eficazmente o livre exercício dos poderes políticos, porque "todo poder emana do povo" (art. 1º). Para destituir os governantes, dada a relevância da função política, o prévio julgamento dos seus atos é realizado, pelo menos em uma das fases, por um órgão político, que também deriva a sua legitimidade da mesma fonte, isto é, do povo, através de eleições.
>
> A contraprova dessa garantia está em que a Constituição define como crimes de responsabilidade, mesmo para o Presidente da República, atentar contra o livre exercício dos poderes constitucionais, seja da União, seja do Estado (art.89, II).

Só para localização, aqui, no caso, não era crime de responsabilidade, era crime militar, porque ele estava sendo processado no final do ano de 1964.

Continua **Victor Nunes**:

> Outra evidência de que é o exercício do poder político que se protege encontramos na circunstância de não ser necessário o prévio julgamento político, quando o titular já estiver afastado do cargo, como decidiu o Supremo Tribunal no Caso Epitácio Pessoa.

Na hipótese de Epitácio Pessoa, até pedi aqui, ele já tinha saído do cargo de Presidente da República, então, já se encontrava afastado porque já tinha expirado o mandato presidencial.

> Em tal hipótese, o que subsiste é o foro especial, para proteção da pessoa do ex-governante, se a acusação se funda em ato praticado no exercício do cargo.

Assim tem decidido o Supremo Tribunal Federal, não só no Caso Epitácio como em diversos outros, referidos nas Súmulas 394 e 396.

A 394 já foi cancelada pelo Supremo: deixando a função, perde-se o foro especial por função.

Volto a **Victor Nunes**:

Todo esse mecanismo de salvaguarda do exercício dos poderes políticos ruiria, se o Presidente da República ou os Governadores dos Estados pudessem ser presos e, portanto, suspensos ou destituídos por um simples despacho da Justiça Comum (incluindo nessa expressão a Militar), sobretudo de juízes de primeira instância – evidente que não é o caso; como eu disse antes, há peculiaridades. Se isso fosse possível, os juízes, mesmo os inferiores, é que governariam o país em lugar dos titulares legitimados pelo voto popular, de onde emana o poder.

Que esse sistema protetivo também ampara os poderes constitucionais do Estado não pode haver a menor dúvida. Em primeiro lugar, como já sublinhado, porque atentar contra o exercício desses poderes também constitui crime de responsabilidade por expressa disposição constitucional (art. 89, II). Em segundo, porque esta conclusão se impõe sob o ângulo da autonomia estadual.

E prosseguiu então Sua Excelência.

O que temos aqui? Temos uma *ratio*, uma *ratio* de que o poder popular só pode ser submetido a afastamento de alguém que tem mandato, seja presidente ou governador, através da deliberação dos representantes do povo. Em relação ao presidente, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; em relação aos governadores, à Assembleia Legislativa, no caso do Distrito Federal, à Câmara Legislativa.

Exatamente por esses dispositivos que estão presentes no art. 103, *caput*; no art. 68, XXIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal, alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça apresentaram uma preliminar e votaram no sentido de não decretar a prisão, notadamente os Ministros **Nilson Naves**, que abriu a divergência naquela Corte, e o Ministro **Teori Zavascki**, que o acompanhou.

Disse o Ministro **Nilson Naves**:

Sr. Presidente, se V. Exa. me permite, tenho uma preliminar. Antes da preliminar, gostaria de colocar a minha posição sobre a prisão preventiva. A minha posição é contrária à prisão preventiva. Mas a preliminar que tenho é a seguinte: **se dependemos de autorização para a instauração do processo penal, como haveremos de decretar a prisão preventiva, se nem autorização temos para o início do processo penal?**

E discorreu Sua Excelência sobre esse tema.

O Ministro **Fernando Gonçalves**, a seguir, disse o seguinte:

Sr. Presidente, quero esclarecer que os ora indiciados já foram denunciados pelo Ministério Público.

Está aqui nos debates, na decisão.

E eles foram denunciados em relação ao crime de corrupção de testemunha, não ao do Inquérito 650:

> (...) pela prática dos delitos que mencionei, de formação de quadrilha e de coação no curso do processo.

Então, essa denúncia foi apresentada. Ora, o que temos? Temos que estão presos em virtude desse crime. Estão denunciados em razão desse crime.

No caso do paciente, o Governador do Distrito Federal, se não houver a aprovação da Câmara Legislativa para autorizar esse processamento, quanto tempo ficará o paciente recolhido?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Até agora o STJ não mandou à Câmara. Isso não está na deliberação do Tribunal. Depois de recebida a denúncia tem de ser imediato, senão o próprio Relator passa a cultivar essa flama.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Tem um mês. Se recebeu a denúncia, deveria ter comunicado imediatamente à Câmara Legislativa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Isso me parece manifestamente indevido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, apenas um esclarecimento. Ele foi preso não tendo em conta um possível inquérito, que sequer houve, quanto à corrupção a testemunhas. Não houve, ante o flagrante. Ele foi preso levando em conta tentativa de influenciar a instrução criminal em outro inquérito em curso. Assim apontei no voto. Não posso potencializar o arrependimento; não posso potencializar até mesmo o fato de estar sob holofotes para dizer que, hoje, a prisão não é mais necessária, no que acauteladora.

Agora, quanto ao problema da projeção no tempo, da custódia, tem-se no ordenamento jurídico o instituto do excesso de prazo. Por isso, insisto muito – na Turma, na maioria das vezes vencido, no que placita prisão preventiva de dois, três anos – na observância desse instituto a atrair a análise sob o ângulo objetivo, cronológico, da passagem do tempo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O Ministro Presidente acabou de informar que parece não houve ainda; a prisão foi decretada em onze de fevereiro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A prisão não foi decretada, Ministro, tendo em conta a ação que, tudo indica, deverá ser instaurada. Não! O fato é precedente: tentativa de interferir em instrução criminal ainda em curso.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas, de qualquer forma, já é algo que nos chama a atenção, choca, e é um constrangimento. Eu entendo como constrangimento ilegal o fato de há quase um mês não ter sido encaminhado à Câmara Legislativa do Distrito Federal o pedido de autorização para recebimento ou não da denúncia, enquanto encontra-se o paciente encarcerado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas o objeto do *habeas corpus* é outro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, ainda que não tivesse sido denunciado por esses dois crimes, não se altera a questão dos autos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Os autos são de *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ainda que não tivesse sido denunciado. A questão dos autos é outra.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Estamos em fase de pré-processo, de investigação policial.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Sem entrar no mérito da questão propriamente dito, em razão desses dispositivos, é óbvio que tenho conhecimento da decisão, porque o Supremo Tribunal Federal tomou-a na ação direta que julgou inconstitucional o § 3º do art. 103, mas ele estava ali em um determinado posicionamento, e aqui eu vejo que não houve sequer recebimento de denúncia. Um governador de Estado ficará preso. Aqui estou a julgar não um caso concreto, mas sim uma questão formal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência me permite? Vossa Excelência transporta, ou não, para o inquérito a necessidade de licença?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não transporto para a necessidade de inquérito, porque a Constituição Federal diz em relação ao presidente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Se concluirmos que em se tratando de presidente da República, mesmo diante da evidência de que tentara influenciar na instrução criminal, não deve ser preso, admitiremos tratamento diferenciado, tendo em conta a qualificação. Admitiremos um bill de indenidade para ele continuar, inclusive, interferindo!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vamos estancar a investigação judicial.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vamos ter uma *aporia*. Por quê? Porque a necessidade de licença prévia supõe um objeto. Que objeto? Uma ação penal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É o processo penal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se a abertura de inquérito não pode depender de licença prévia, tampouco pode depender de licença prévia um ato que vise a resguardar o desenvolvimento regular do inquérito. Ou seja, não pode depender de licença prévia a prisão preventiva destinada a garantir o desenvolvimento regular do processo que levará, ou não, a uma ação penal, sobre a qual a Assembleia se manifestará, porque de outro modo jamais se chegará a uma ação penal sobre a qual deva pronunciar-se a Assembleia! Isso é uma *aporia*.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O inquérito policial se destina a preparar um ato de denúncia.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente. Nós vamos exigir uma autorização prévia para ato que jamais pode ser realizado. Nunca vai haver inquérito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Noutros termos, se não houver a possibilidade de decretação de prisão preventiva, nos casos em que o suspeito investigado, ou

eventual indiciado, está atrapalhando as investigações, é inútil haver investigações que independam de licença, porque serão investigações que não conduzirão a coisa nenhuma, porque haverá sempre empecilho para se chegar a algum resultado prático.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Autônomas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Completamente diferentes. Noutras palavras, a Assembleia deve pronunciar-se sobre as investigações abertas em relação a esses dois crimes. Isso nada tem a ver com o decreto da prisão preventiva, a qual tende a assegurar o resultado prático de um inquérito que apura outros crimes.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O contrário seria restaurar o art. 99 da Constituição Imperial, que dizia:

> A pessoa do imperador é inviolável e sagrada. Ele não está sujeito à responsabilidade alguma.

Ou seja, não pode haver inquérito nenhum, abertura de investigação policial nenhuma. República é outra coisa, é regime de responsabilidade pessoal dos governantes, dos agentes públicos.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não há que se falar em impunidade ou em qualquer outro tipo de situação de impossibilidade, porque a investigação pode ser feita e a denúncia apresentada aguarda aprovação da Assembleia, no caso a Câmara Legislativa, e nesse período não corre a prescrição.

Pois bem, Senhor Presidente, diante desses fundamentos é até curioso levantar que no pedido de liminar apresentada na ADI 4.382, da qual sou Relator, disse lá o Senhor Procurador-Geral da República que ele achava improvável – eu já citei aqui, não vou citar literalmente – qualquer aprovação para ser processado o ora paciente pela Câmara Legislativa.

Acabo de receber do meu gabinete cópia de matéria da imprensa noticiando que a Câmara Legislativa aprovou agora, por dezenove votos, a abertura de processo de *impeachment* contra o ora paciente.

Não se pode, adrede, imaginar que a Câmara Legislativa não iria autorizar o processamento.

Por esses fundamentos, Senhor Presidente, vejo o óbice formal para a decretação da prisão – e, da mesma forma, como se votou no STJ, o Ministro **Nilson Naves**, o Ministro **Teori Zavascki**, eu voto aqui pela impossibilidade da decretação dessa prisão, com a devida vênia da ampla maioria que aqui parece se formar como se formou no Superior Tribunal de Justiça, voto pela concessão da ordem.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, começo por focar bem o que é este *habeas corpus*, de novo, aliás, apenas para fazer referência e ressaltar

os traços que também me levam a uma conclusão num determinado sentido, o que já foi feito amplamente, muito brilhantemente como sempre o faz o eminente Ministro Relator Marco Aurélio.

É que neste *habeas corpus* se alegou basicamente falta de demonstração da necessidade da prisão preventiva, a falta de fundamentação e a ausência de autorização pela Câmara Distrital. Basicamente foi isso.

Ora, a Constituição Federal afirma que

> Art. 5º (...)
> (...)
> LXVIII – conceder-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Pelo que esses aqui seriam os três dados que estariam, de alguma forma, a demonstrar a ilegalidade ou o abuso de poder.

Encaminho-me rigorosamente no sentido do que votou o eminente Ministro Marco Aurélio.

Falarei muito rápido. Sei do cansaço de todos, mas falarei principalmente pelo que abre como divergência o Ministro Dias Toffoli.

Em primeiro lugar, quanto à falta de demonstração da necessidade da prisão.

O voto do Ministro Marco Aurélio, rememorando tudo aquilo que o Ministro Fernando Gonçalves, de forma tão percuciente, tão parcimoniosa, tão cuidadosa, como um exemplo de Magistrado deu ao decretar essa prisão e buscar inclusive a homologação, estabelecendo expressamente, como ela haveria de acontecer, inclusive que não houvesse nenhuma demonstração nem de poder excessivo, nem de alguma forma de indignidade em relação a qualquer dos pacientes – não apenas ao nosso ora paciente –, certo é que não se pode considerar que a conveniência da instrução criminal e a garantia da ordem pública não estivessem em causa grave quando foi decretada a prisão, tal como o Ministro Marco Aurélio demonstrou, tanto no indeferimento da liminar, como agora no seu voto.

Então, quanto a esse argumento, acho que não há muito que se acrescentar.

Quanto à falta de fundamentação que se reitera inclusive no material que nos foi trazido no sentido de que haveria uma remissão feita ao que alegado pelo Ministério Público, ainda que isso tenha sido feito em parte é certo que houve, sim, a fundamentação e, aliás, os debates havidos naquela sessão dão a demonstração categórica, tanto que houve voto vencido também com fundamentação.

Então, por ausência de fundamentação não se pode alegar ilegalidade ou abuso de poder na decretação da prisão, tal como ocorreu.

E, o terceiro ponto que se refere à falta de autorização prévia da Assembleia Legislativa e que agora é refutada pelo eminente Ministro Dias Toffoli, quero fazer uma brevíssima observação, nem tão brevíssima assim, mas enfim, foi

arguido lá como precedente o HC 89.417, da minha relatoria, relativo a uma caso em que também não pediu, não se teve essa apreciação prévia e a Primeira Turma votou naquele caso, isso foi alegado no Superior Tribunal e fundamentou a decisão. No memorial, inclusive que nos foi encaminhado pelo digno advogado, se diz que não se teria aplicação a argumentação que eu desenvolvi, então, e que ao contrário, as razões que eu tinha exposto naquele voto davam conta exatamente da necessidade dessa aprovação prévia.

Eu queria fazer rápidas observações para desdizer o que foi alegado. Na verdade, aquilo que aleguei naquela ocasião é rigorosamente o que se põe como fundamento válido, a meu ver, pedindo vênias evidentemente ao entendimento do Ministro Dias Toffoli e vou fazer realmente algumas observações apenas para comprovar isso, depois vou anexar um voto que é muito mais alongado.

Digo que a Constituição não distingue o agente público para privilegiá-lo. Aliás, o Ministro Marco Aurélio começou e terminou o seu voto, com outras palavras, falando exatamente isso, não há quanto ao agente público por essa necessidade de aprovação do órgão legislativo, nenhum privilégio, até porque os privilégios são incompatíveis com a República.

Aqui eu faço uma brevíssima observação, Ministro Dias Toffofi, quanto ao precedente que Vossa Excelência citou, citando o voto do Ministro Victor Nunes Leal quanto ao caso do Mauro Borges, era um outro momento, aliás um momento especialíssimo, e só para Vossa Excelência ter uma ideia o Ministro Gonçalves de Oliveira que foi o Relator, deu, aqui, o primeiro caso neste Supremo do deferimento de uma liminar em *habeas corpus* que tinha uma palavra "defiro", porque ele estava cercado no Palácio em Goiás e por isso mesmo entrou-se aqui, levou-se a ele e hoje isso seria absolutamente incompatível com o Estado democrático. Então, por isso mesmo é que eu digo que o momento é outro.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Exatamente por isso que me faz pensar, não na pessoa, mas na instituição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. Estou chamando à atenção é que o paradigma é outro.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não é a pessoa particular, mas a instituição e o cargo que ela ocupa. Exatamente esses fatos que Vossa Excelência traz com propriedade, esclarecendo as circunstâncias que levaram àquele deferimento que me fazem, aqui, na circunstância do Estado democrático de direito pleno, entender por bem em conceder a ordem.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Pois é, para dizer, Ministro, que o paradigma constitucional era outro. Estávamos naquela ocasião em dezembro de 64. Então, era outro momento e é preciso que se leve isso em consideração.

Então, eu digo que a Constituição dizia naquela ocasião, e volto aqui, distingue determinadas situações para criar esses anteparos para garantir o Estado democrático de direito para que os princípios sejam cumpridos jamais para que eles sejam desvirtuados. Afinal o que se garante é a imunidade não a impunidade.

Aqui, no caso relatado pelo Ministro Marco Aurélio, não tivesse ou chegarmos à conclusão que não se tem a possibilidade de se investigar, obviamente nem precisaria de ter essa norma das constituições estaduais e da distrital por um motivo simples: porque nunca se chegará a saber de nada porque quem detém o poder tem uma força enorme, inclusive, se quiser desvirtuar, para impedir que qualquer fato, qualquer, digamos, suposta malfeitoria venha a ser de conhecimento e de apuração e depuração do sistema.

Por isso é que, como afirmava Geraldo Ataliba, pensar que a impunidade possa ser acolhida no Estado de direito sob qualquer disfarce é imaginar que se pode construir uma fortaleza para dar segurança e nela instalar uma porta de papelão. Isso o que teria sido construído constitucionalmente se se admitisse que a Constituição estabeleceu os princípios da República com os consectários principiológicos que lhes são próprios para garantir a liberdade do eleitor para escolher o seu representante a fim de que ele crie e aplique o Direito, atendendo às demandas sociais, a garantia da moralidade, a obrigação da probidade dos representantes para segurança ética dos eleitores. E, paralelamente, se tivesse permitido que, se o representante trair e fraudar a lei e a Constituição, rui o Estado de Direito, afunda-se a Constituição, sossega-se o juiz constitucional, mas cala-se o Direito porque não haveria nada a fazer diante de uma regra a se sobrepor a toda e qualquer outra, tal como demonstrado, aliás, pelo Ministro Relator: uma norma não pode se sobrepor a outra de tal maneira que conduza ao absurdo de impedir a aplicação do sistema.

No caso que estamos apreciando, creio que o Ministro Relator, e também o ato tido como coator, do Ministro Fernando Gonçalves, no Superior Tribunal, pelo seu Colegiado Maior, demonstrou um comprometimento das instituições jurídicas de tal maneira que a ordem pública já não é pública e nem é ordem quando os agentes públicos, no exercício de suas funções, não permitem que o Direito possa ser devidamente apurado, verificado e todos os atos sujeitos à sindicabilidade judicial possam realmente levar a uma conclusão, quer no sentido de absolver aqueles que supostamente teriam cometido alguma infração, quer para o fim de punir.

Aplicar, como se pretende aqui, normas – inclusive as normas agora citadas pelo Ministro Dias Toffoli – como espaço jurídico que impede o poder público de cumprir a sua obrigação para chegar à apuração, e eventual punição, se for o caso, de alguns pela proibição da adoção de providências imprescidíveis para se chegar ao fim que o direito pôs, além de impedir que se extingua o ambiente institucional contaminado por práticas que podem se mostrar eventualmente delituosas e ao possível cometimento de infrações que se vêm perpetrando no próprio ente federado, simplesmente porque não se pode aplicar o Direito, seria chegar à mesma equação de ineficácia narrada em numerosas passagens. Só que a vida não é uma ficção e a moral e o Direito não hão de ser história para serem contadas sem compromisso com a eficácia, principalmente a de todas as instituições constitucionais.

A prisão do paciente foi decretada pela autoridade judiciária, agora indigitada coatora, porque não haveria como dar sequência às investigações e denúncias dos envolvidos sem que houvesse o imprescindível afastamento do ora

paciente, conforme o Ministro Marco Aurélio demonstrou, à saciedade, em seu voto. Portanto, tenho para mim que aqui foi aplicado rigorosamente o Direito.

Queria citar uma passagem. Sei o drama das prisões e levo em consideração enormemente isso para a garantia da igualdade de todos. O papel desempenhado pelos advogados, pelo advogado que subiu à tribuna, particularmente, demonstra bem a gravidade disso, mas é muito grave o que levou realmente o Superior Tribunal a decretar essa prisão. E esse drama das prisões, mais ainda das denominadas genericamente "cautelares", nunca foi desconhecido deste Supremo Tribunal, como não estamos a desconhecer agora. Sabe-se de sua gravidade, como afirma o Ministro Sepúlveda Pertence, no prefácio da obra "Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas":

> A prisão cautelar é, sem dúvida, a instituição mais cruel e angustiante no paradoxo dramático de todo o processo penal que, como repetidamente enfatizado, sendo em si mesmo um castigo, se instaura para decidir afinal se é o caso de punir.

Naquela obra, o autor afirma:

> Inserem-se nesse preceito constitucional da dignidade da pessoa humana outros mandamentos endereçados ao Estado que podem, eventualmente, resultar na restrição das liberdades públicas em nome de outros bens e interesses, também protegidos pelo interesse estatal, por igualmente interessarem à comunidade.
>
> Entre esses direitos sobressai o direito à segurança, o que implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado de terceiros quanto à segurança de toda e qualquer pessoa contra ataque de terceiros, inclusive do acusado, mediante a correspondente e necessária ação coativa, *potestas coercendi*, ou punitiva, *jus puniendi*. O direito à segurança também constitui uma das formas de realização da dignidade da pessoa humana.
>
> Assim, ao lado do garantismo negativo, que se traduz na proibição de excesso dos órgãos e agentes estatais em relação ao indivíduo, a quem se imputa a prática de infração penal, fala-se como contraponto em garantismo positivo identificado com a proibição de proteção insuficiente de toda a coletividade.

A aplicação, portanto, pura e simples de uma norma em detrimento de todos os princípios que regulam a vida na sociedade e os deveres do Estado é que levou Recaséns Siches a registrar que:

> A norma legislativa se formula em termos gerais, porém quem a formula tem em mente um determinado tipo de casos, bem reais, dos quais teve experiência, ou tem mentalmente antecipados por sua imaginação, em relação aos quais pretende que se produza um determinado resultado, precisamente porque considera este resultado o mais justo.
>
> Então resulta evidente que o juiz, ante qualquer caso que se lhe apresente, tem, antes de tudo, que verificar mentalmente se a aplicação da norma, que em aparência cobre dito caso, produzirá o tipo de resultado justo em que se inspirou a valoração que é a base daquela norma (...) Se o caso que se coloca perante o juiz é de um tipo diferente daqueles que serviram como motivação para estabelecer a norma e se a aplicação dela a tal caso produziria resultados opostos àqueles a que ela se propôs [que é exatamente o caso da necessidade de autorização prévia] ou opostos

às consequências das valorações em que a norma se inspirou, entendo que se deve considerar que a norma não é aplicável àquele caso.

Tal é o que me parece ocorrer no caso agora apreciado. O que se põe na norma garantidora da condição excepcional a ser cumprida para a prisão de determinados agentes públicos, como lembrado agora pelo Ministro Dias Toffoli, não poderia conduzir definitivamente a que quem criou o Direito e quem o aplica deixasse de levar em consideração as peculiaridades desse caso, sob pena de se esfacelarem as instituições e a confiança da sociedade no Direito e a descrença na justiça que, por ele, se pretende realizar e, daí à barbárie é um pulo. Perigoso o pulo porque, se o Direito é ineficiente, a desconfiança da sociedade costuma até lembrar a justiça pelas próprias mãos que é a não justiça, mas a força a garantir os mais fortes.

As instituições são públicas, como tais têm de ser conduzidas e, se os agentes públicos, mais que todos os outros, não dão exemplo de cumprimento do direito há que se fazer com que o Direito seja devidamente cumprido.

Por isso, Senhor Presidente, embora esteja ciente da gravidade e das situações que se põem neste processo, eu estou concluindo rigorosamente no mesmo sentido do Ministro Marco Aurélio, lembrando que o perigo do estado de liberdade demonstrado pelo comportamento do paciente que determinou a decretação de sua prisão pelo Superior Tribunal de Justiça foi devidamente comprovado e o *fumus comissi delicti* a respaldar induvisodamente a carência de ilegalidade ou abuso de poder na providência cautelar adotada é que faz com que não se configurem as condições constitucionais para a concessão da ordem de *habeas corpus*, porque não há violência ou coação que estejam, de alguma forma, tisnar direito constitucional do paciente por ilegalidade ou abuso de poder. Nem se configura ilegalidade nem abuso de poder pelo o que violência não se pode considerar ter havido no caso senão a aplicação das regras constitucionais, razão pela qual, Senhor Presidente, eu faço juntar o meu voto na sua íntegra e acompanho, às inteiras, o relator para denegar a ordem.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1.** Neste *habeas corpus* impetrado por José Gerardo Grossi, Nélio Roberto Seidl Machado e Cristiano Ávila Maronna em favor de José Roberto Arruda, que responde a processo no Superior Tribunal de Justiça, em razão do qual foi determinada a sua prisão pelo Ministro Fernando Gonçalves (Inq 650), se alterou a natureza da ação que, de preventivo tornou-se liberatório, pela superveniência da execução do decreto prisional.

Alguns pontos são centralmente postos pelos Impetrantes na busca de comprovar a ilegalidade da prisão decretada.

De se acentuar, inicialmente, que o que se questiona e se há de verificar e concluir neste julgamento é a validade jurídica, ou não, da prisão do paciente para a denegação ou concessão da ordem pedida.

2. Emergem das questões trazidas como argumentos a serem considerados para a decisão a ser agora tomada os seguintes pontos: primeiramente, o item relativo à competência, ou não, do Superior Tribunal de Justiça para a decretação da prisão pela carência de autorização da Câmara Legislativa.

Os impetrantes afirmam que tal autorização seria "pressuposto de índole constitucional". Daí por que, segundo eles, o decreto de prisão teria sido praticado em desacordo com aquele condicionamento constitucional segundo disserta o impetrante.

Alertam os impetrantes que "não se está buscando, com o presente *writ*, defender a total impossibilidade de prisão do Governador Distrital, como imunidade absoluta (...) pretende-se, isto sim, que qualquer decisão sobre a prisão provisória de Governador seja precedida de autorização por parte do Poder Legislativo local, a quem cumpre fazer um juízo político da conveniência, ou não, da medida extrema" (fl. 265).

3. Pareceu-me necessário atentar, no exame do caso e com os dados que me chegaram, para os fatos e atos que desaguaram na prisão do paciente. Afinal, como já afirmei em outro julgamento, a aplicação das normas jurídicas há de ser feita em consideração e respeito a uma realidade que se ponha ao exame do julgador. Os fatos relembrados pelo Ministro Relator do presente processo dão plena ciência das circunstâncias em razão das quais o ato de prisão se deu e sob que regência normativa se fundamentou.

A sequência dos fatos e atos que culminaram na providência ora questionada, praticada pela autoridade dita coatora, fica patenteada na exposição do Ministro Fernando Gonçalves, Relator do Inquérito 650, no Superior Tribunal de Justiça, o qual afirmou, peremptoriamente, que a prisão era medida cautelar imprescindível para que o inquérito pudesse ter seguimento regular, vulnerável como estava pela atuação comprovada do Paciente, a impor embaraços ilegais a seu prosseguimento.

E o argumento contrário, de dois dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que participaram da sessão na qual se decidiu pela prisão cautelar do ora paciente, foi no sentido de que não poderiam eles processá-lo sem autorização da Câmara Distrital, pelo que não poderiam também adotar a medida preventiva porque não haveria como dar sequência ao processo que eventualmente se tivesse de abrir contra ele.

Competência da autoridade coatora e princípio do juiz natural

4. Vê-se, pois, que a primeira formulação argumentativa do impetrante em defesa de seu entendimento quanto à nulidade da decretação de prisão do paciente, na forma acima resumida, vincula-se à questão da competência da autoridade tida como coatora para a sua decretação pela carência de autorização legislativa para a abertura de ação penal contra ele.

5. O princípio do juiz natural é uma das garantias emanada daquel'outro princípio do devido processo legal. É direito titularizado pelo cidadão para

impedir que o Estado exorbite de suas atribuições em benefício ou em detrimento de alguém, fixando para determinada pessoa julgador *ad hoc*, vale dizer, juiz que, mesmo não estando previamente designado pelo sistema jurídico, seja definido para atender um objetivo não da sociedade, de todos, mas para atender capricho de alguém. Juiz natural é o juiz constitucional ou o juiz legal, quer dizer, o órgão ou agente designado constitucional ou legalmente, prévia e abstratamente, para prestar a jurisdição em caso que venha a ser submetido ao crivo judicial.

Por ser garantia constitucional é que se tem por certo ser tão importante a regra de competência constitucional determinante do órgão julgador para cada caso.

A decisão da autoridade coatora não apenas se fundamenta em norma constitucional de competência quanto ao investigado combina-se, perfeitamente, com a jurisprudência prevalecente sobre a matéria, incluída aquela sumulada por este Supremo Tribunal Federal.

6. Em outro julgamento, ao cuidar do tema relativo à imunidade parlamentar no Estado Democrático de Direito, sua interpretação e aplicação dos princípios e regras da Constituição da República ao caso, examinei exatamente a formulação agora feita pelo impetrante, relativamente às prerrogativas de detentor de cargo público, tal como o ostentado pelo paciente, em função do que não poderia ser preso, nem na prisão se manter, segundo assevera, sem prévia autorização do órgão legislativo competente, que, no presente caso, seria a Câmara Distrital.

A lógica exposta na peça inicial e demais documentos da ação pode ser assim descrita:

– o paciente é Governador do Distrito Federal;

– ao Governador aplicam-se as regras previstas na Constituição Estadual ou na Lei Orgânica Distrital, dentre as quais comparece a da imprescindibilidade de prévia autorização para o processo penal.

Logo, concluem os Impetrantes, em face dos elementos fáticos e jurídicos, a prisão decretada teria desrespeitado regra constitucional e não poderia subsistir.

7. Numa primeira análise, poderia parecer certo aceitar-se exatamente o quanto exposto pelo impetrante. Prisão decretada nas condições antes explicitadas contrariaria o sistema constitucional vigente e, portanto, não poderia ser aceita.

Todavia, o exame mais aprofundado de todos os elementos do que nos autos se contém impõe uma análise que considere mais que apenas a leitura seca da regra proibitiva da prisão de governador em razão de inquérito, que poderia desaguar em ação penal, a qual, contudo, não prescindiria da autorização prévia da Câmara Distrital.

Duas ordens de cuidados devem presidir a interpretação das normas constitucionais na matéria em causa na presente ação: *a)* a Constituição garante a imunidade relativa de Governador e a Constituição proíbe a impunidade absoluta de quem quer que seja; *b)* a regra limitadora do processamento de parlamentar e a proibitiva de sua prisão são garantias do cidadão, do eleitor para a autonomia do órgão público e da liberdade do eleito para representar, conforme prometera, e

cumprir os compromissos assumidos no pleito. Não configuram aqueles institutos direito personalíssimo do governante ou do parlamentar, mas prerrogativa que lhe advém da condição de membro do poder, cuja preservação é mister para que preservado seja também o órgão por ele titularizado em sua autonomia, a fim de que ali se cumpram as atribuições que lhe foram constitucionalmente cometidas.

É com a percepção desta natureza jurídica da imunidade e a proibição de prisão de governador que se há de interpretar a norma constitucional invocada pelo impetrante no caso ora apreciado.

Dito pela palavra de Black, em sua obra sobre a interpretação das leis, há que se enfatizar que: "Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena intenção legislativa" (BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws.* West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1896. p. 48).

E, ainda, citando decisão da Suprema Corte americana, o grande jurista transcreve as seguintes considerações: "É uma regra cediça a de que algo pode estar conforme à letra de uma lei e, entretanto, não com a própria lei, porque não está conforme ao seu espírito nem com o de seus fatores. Isto tem sido frequentemente afirmado e os repertórios estão repletos de casos ilustrativos de sua aplicação. Isto não é a substituição da intenção do juiz pela do legislador; pois, frequentemente, palavras de sentido geral são usadas em uma lei, palavras amplas o bastante para abarcar o ato em questão, e, todavia, a consideração da legislação em sua totalidade, ou das circunstâncias que envolvem sua produção ou dos resultados absurdos que promanariam de se atribuir tal sentido amplo às palavras, fazem com que seja descabido admitir que o legislador pretendeu nelas abranger o caso específico" (*Rector of Holy Trinity Cherch v. U.S.*).

8. A norma constitucional que cuida da imunidade de alguns agentes políticos e da proibição de sua prisão, ressalvada a hipótese prevista na regra antes mencionada, não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda excluída do sistema constitucional, como se apenas aquela regra existisse, sem qualquer vinculação com os princípios que a determinam e com os fins a que ela se destina.

Lembro a lição de Ruy Barbosa, que em seus Comentários à Constituição de 1891 anota que "... a lei política de um País não se interpreta com essa rigidez, não está subordinada, permita-se-lhe a expressão, à mesma literalidade que um regimento militar. Não são disposições que principiem e acabem cada uma em si mesmo; debaixo da lei política de cada País, existe uma substrutura de ideias gerais que ela propõe, uma finalidade de relações imanentes que ela não define, uma base comum, uma rede intrincada e sutil de princípios, que a apoiam, que a orientam, mas que ela não particulariza. Esse conjunto de princípios constitui, a respeito da lei fundamental do País, a fonte superior de sua interpretação e às conclusões que dela decorrem estão subordinadas em sua inteligência todas as cláusulas constitucionais" (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. III, p. 411).

A imunidade parlamentar e a proibição de prisão de agente político, que foram contemplados desde a primeira Constituição brasileira (a monárquica de 1824), objetivaram sempre *a)* a garantia de autonomia das instituições estatais, especialmente dos órgãos que compõem o poder encarregado de elaborar o direito, pelo qual se dota de segurança jurídica a sociedade; *b)* a garantia de que o representante dos cidadãos possa exercer o mandato que recebeu, sem se submeter a pressão de qualquer natureza; *c)* a garantia de que o voto do cidadão firma um pacto desse com o seu representante, o qual não pode ser desvirtuado.

A Constituição não diferencia o agente político para privilegiá-lo. Distingue-o e torna-o imune ao processo judicial e até mesmo à prisão para que os princípios do Estado Democrático da República sejam cumpridos; jamais para que eles sejam desvirtuados e descumpridos. Afinal, o que se garante é a imunidade, não a impunidade. Essa é incompatível com a Democracia, com a República e com o próprio princípio do Estado de Direito.

Afirmava Geraldo Ataliba, que pensar que a impunidade possa ser acolhida no Estado de Direito, sob qualquer disfarce, é imaginar que se pode construir uma fortaleza para dar segurança e nela instalar uma porta de papelão. E seria isso o que teria sido construído, constitucionalmente, se se admitisse que a Constituição estabeleceu, expressamente, os princípios da República, com os consectários principiológicos que lhe são próprios, a garantia da liberdade do eleitor para escolher o seu representante a fim de que ele crie e aplique o direito que possa atender às demandas sociais, a garantia da moralidade e a obrigação da probidade dos representantes para segurança ética dos eleitores e, paralelamente, se tivesse permitido que se o representante trair o eleitor e fraudar a Constituição rui o Estado Democrático, afunda-se a Constituição, sossega-se o juiz constitucional, cala-se o direito, porque nada há a fazer, diante de uma regra que se sobreporia a toda e qualquer outra; a garantir que uma pessoa pudesse se ressalvar de qualquer regra jurídica em face da regra proibitiva de seu processamento e de sua prisão em qualquer caso.

9. Na espécie aqui examinada, o que se mostra nos autos é que: *a)* o paciente é governador do Distrito Federal; *b)* há investigações que demonstram, segundo aduz o Ministério Público Federal – e poderão ser apurados quanto à tipificação em processo próprio – ter ele se valido dessa sua condição para praticar atos tipificados, em tese, como crimes contra a sociedade, contra o Estado, contra a administração pública e contra particulares; *c)* o paciente influencia, no exercício do seu cargo, pessoas e circunstância e impede a prevalência das condições necessárias para a apuração e a depuração jurídica das instituições sujeitas a sua influência direta ou indireta, mas permanente, segundo alegam as autoridades policiais, o Ministério Público e a autoridade judiciária, ora tida como coatora, que decretou a sua prisão, tendo-a por imprescindível para o prosseguimento não apenas da ação penal, mas das investigações que estão em fase de prosseguimento.

De se notar que membros da própria Câmara Distrital também estão sendo incluídos no mesmo procedimento, no qual o Paciente é investigado.

Como se cogitar, então, numa situação de absoluta anomalia institucional, jurídica e ética, que os membros daquela Casa poderiam decidir livremente sobre o processo penal que viesse a ser aberto, se muitos estão sendo investigados pelas mesmas práticas?

A situação descrita nos autos patenteia situação excepcional e, por isso, absolutamente insujeita à aplicação da norma constitucional em sua leitura isolada e seca.

Tal como a autonomia da vontade, encarecida como expressão da liberdade individual e, por vezes, amparada por decisão judicial pela ausência de condições da pessoa para manifestar livremente a sua vontade, sendo forma aparentemente (e apenas aparentemente) contraditória garantidora da liberdade, também para garantir a vida constitucional livre e democrática há que se aceitar que, em situações excepcionais e de anormalidade, como a que se apresenta no caso em foco, o provimento judicial, fundado, rigorosa e estritamente, nos princípios que sustentam o sistema positivado, é que se poderá garantir a integridade da Constituição. Em espécies como a presente, há que se adotar não a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional.

Imunidade é prerrogativa que advém da natureza do cargo exercido. Quando o cargo não é exercido segundo os fins constitucionalmente definidos, aplicar-se cegamente a regra que a consagra não é observância da prerrogativa, é criação de privilégio. E esse, sabe-se, é uma agressão aos princípios constitucionais, ênfase dada ao da igualdade de todos na lei.

A se observar aquele princípio é que se há de concluir que a prisão há de ser aplicada segundo as regras que valem para todos quando o *status* funcional de alguém não esteja em perfeita adequação ao ofício, determinante da aplicação do regime jurídico constitucional diferenciada ao agente público. Então, ter-se-á de garantir a ordem pública, que se põe como obrigação a ser assegurada por ser dever do Estado e responsabilidade de todos (art. 144 da Constituição da República). Afastar os princípios constitucionais para aplicar a regra excepcional não é, seguramente, garantir a ordem pública e a segurança jurídica em casos como o que ora se apresenta.

Em situação de inegável comprometimento das instituições jurídicas e políticas, a ordem pública já não é pública e nem é ordem quando os agentes públicos deixaram de se submeter aos ditames impostos por essa condição, nela se mantendo apenas formalmente, para se locupletarem do que entendem ser benesses e não deveres que os cargos públicos impõem àqueles que os proveem.

10. Aplicar, como pretende o impetrante, as norma jurídicas, incluídas as distritais, como espaço jurídico que impede que o poder público cumpra a sua obrigação para chegar à apuração, e, se for o caso, à eventual punição de alguns pela proibição de adotar as providências devidas para se chegar ao fim do direito, além de se impedir que se extinga o ambiente institucional, contaminado por práticas que podem se mostrar delituosas e ao possível cometimento de infrações

que se vêm perpetrando no ente federado, simplesmente porque não se pode aplicar o direito, seria chegar à mesma equação de ineficácia já narrada em numerosas passagens literárias.

Mas a vida não é ficção e a moral e o direito não hão de ser história para ser contada sem compromisso com a eficácia.

Deve ser, então, salientado que há de ser aplicado o princípio de que todos se submetem igualmente ao direito quando em iguais condições estiverem. O que se há de verificar, então, é se as condições legais para a prisão estão cumpridas. E, nesse caso, como é óbvio, os Códigos processual e penal haverão de ser interpretados segundo a Constituição e não o contrário, como pretendem alguns inadvertidamente.

11. A prisão do paciente foi decretada pela autoridade judiciária, ora tida como coatora, porque não haveria como sequer dar sequência às investigações e denúncias dos envolvidos sem que houvesse o imprescindível afastamento do ora paciente, tido como "chefe", nem haveria como estancar a operatividade das ações questionadas.

O que se tem, então, é a aplicação do mínimo normativo constitucional que se conseguiu comprovar, com as dificuldades com que se defrontaram as autoridades policiais e o Ministério Público, enquanto os agentes envolvidos se mantinham no comando das operações que obstaculizavam, como é certo, as investigações.

Nem se há afirmar, pois, que não teria sido cumprido o dispositivo constitucional, mas que se buscou atender o condicionamento nele posto para fundamentar a prisão, sem se estancar diante de situações que eram impossíveis, faticamente, de ser ultrapassados. Tal vem a ser a condição de manifestação livre dos pares do ora paciente, que, atingidos pelas circunstâncias noticiadas nos autos, não se dotam dos requisitos de autonomia constitucionalmente previstos para votar em representação à vontade do povo e aos comandos das normas constitucionais vigentes.

12. A prisão, como medida restritiva do direito de liberdade de locomoção, há de ser decretada em estrita observância a duas condições essenciais previstas no sistema jurídico vigente, a saber, a reserva legal e a reserva jurisdicional.

Há de ser ela prevista no sistema jurídico com a descrição das condições que determinaram a sua aplicação a cada caso e não pode ser excluída da sindicabilidade judicial, para fins de garantia da integridade e obediência do sistema normativo. A reserva jurisdicional não se exclui pela circunstância de ser o preso titular de um cargo e, portanto, achar-se estar a salvo do dever de observar o Direito. Menos ainda se excluiria alguém, de forma absoluta, da aplicação do direito em situação gravosa ou possivelmente afrontosa ao direito. E seria o ocorrido se não se permitisse que o Estado não pudesse se valer dos meios necessários para apurar, processar e, se vier ou se viesse a ser o caso, punir quem agrava o Direito.

Afirma a autoridade tida como coatora que buscou realizar os princípios e atender à regra da necessidade de garantir a aplicação da lei penal e a ordem pública.

Pelas informações constantes dos autos, o conteúdo normativo exigido para a prisão decretada, na contingência de uma excepcional condição, foi atendido. Quer dizer: não há dados nos autos que comprovem ter havido constrangimento ilegal, porque fundado em lei é que se deu o arrestamento.

A prisão atende, portanto, à ordem pública, ao princípio da segurança de todos e de cada um dos membros da sociedade. Nem se indague sobre a excepcionalidade e a gravidade da prisão, mais ainda quando se volta contra um agente que representa o povo.

O drama das prisões, mais ainda denominadas genericamente cautelares, não é desconhecido. Sabe-se de sua gravidade e, como afirma o Ministro Sepúlveda Pertence, em prefácio da obra "*Prisão cautelar:* dramas, princípios e alternativas" (autoria: Rogério Schietti Machado Cruz – p. XVI), ela é "sem dúvida, a instituição mais cruel e angustiante no paradoxo dramático de todo o processo penal que, como repetidamente enfatizado, sendo em si mesmo um castigo, se instaura para decidir afinal se é o caso de punir."

Mas é o próprio autor prefaciado pelo insigne Ministro que observa, naquela mesma obra, que: "inserem-se nesse preceito constitucional (o da dignidade humana) outros mandamentos endereçados ao Estado, que podem, eventualmente, resultar na restrição das liberdades públicas, em nome de outros bens e interesses também protegidos pelo poder estatal, por igualmente interessarem à comunidade. Entre esses direitos sobressai o direito à segurança (...) o que implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros, quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra ataque de terceiros – inclusive do acusado – mediante a correspondente e necessária ação coativa (*potestas coercendi*) ou punitiva (*ius puniendi*). O direito à segurança também constitui uma das formas de realização da dignidade da pessoa humana (...) assim, ao lado do garantismo negativo, que se traduz na proibição de excesso dos órgãos e agentes estatais em relação ao indivíduo a quem se imputa a prática de infração penal, fala-se, como contraponto, em garantismo positivo, identificado com a proibição de proteção insuficiente de toda a coletividade, pelo mesmo Estado" (op. cit., p. 66 a 68).

13. A aplicação pura e simples de uma norma em situação que conduz ao resultado oposto àquele buscado pelo sistema jurídico fundamental – que se inspirou na necessidade inegável e salutar de proteger os parlamentares contra investidas indébitas de antidemocracias – é negar a Constituição em seus esteios mais firmes, em seus fundamentos mais profícuos, em suas garantias mais caras. É ignorar a cidadania (art. 1º, II) para enaltecer o representante que pode estar infringindo todas as normas que o deixam nessa legítima condição; é negar a submissão de todos, governantes e governados, ao direito, cuja possível afronta gera o devido processo legal, ao qual não há como fugir de maneira absoluta sob qualquer título ou argumento.

Recaséns Siches registrou, com indiscutível acerto, que: "A norma legislativa se formula em termos gerais, porém quem a formula tem em mente um

determinado tipo de casos, bem reais, dos quais teve experiência, ou tem mentalmente antecipados por sua imaginação, em relação aos quais pretende que se produza um determinado resultado, precisamente porque considera este resultado o mais justo.

Então resulta evidente que o juiz, ante qualquer caso que se lhe apresente, tem, antes de tudo, que verificar mentalmente se a aplicação da norma, que em aparência cobre dito caso, produzirá o tipo de resultado justo em que se inspirou a valoração que é a base daquela norma (...) Se o caso que se coloca perante o juiz é de um tipo diferente daqueles que serviram como motivação para estabelecer a norma e se a aplicação dela a tal caso produziria resultados opostos àqueles a que ela se propôs, ou opostos às consequências das valorações em que a norma se inspirou, entendo que se deve considerar que a norma não é aplicável àquele caso" (SICHES, Luis Recaséns. *Filosofia del Derecho.* 2. ed. México, 1961, p. 659).

Tal é o que me parece ocorrer no caso ora apreciado. O que se põe, constitucionalmente, na norma garantidora da condição excepcional a ser cumprida para a prisão de determinados agentes políticos, como o paciente, há de atender aos princípios constitucionais, fundamentalmente, *a)* ao da República, que garante a igualdade de todos e a moralidade das instituições estatais; *b)* ao da democracia, que garante que as liberdades públicas, individuais e políticas (aí incluída a do cidadão que escolhe o seu representante) não podem jamais deixar de ser respeitadas, especialmente pelos que criam o direito e o aplicam, sob pena de se esfacelarem as instituições e a confiança da sociedade no direito e a descrença na justiça que por ele se pretende realizar. Daí à barbárie é um pulo. Perigoso pulo, porque se o direito é ineficiente, a desconfiança da sociedade costuma lembrar a justiça pelas próprias mãos, que é a não justiça, mas a força a garantir apenas os mais fortes. Se as instituições já não são públicas, se os agentes já não representam o povo, pouco sobra que o direito possa fazer.

Deve ser acentuado, entretanto, que

a) o princípio da imunidade parlamentar permanece íntegro e de aplicação obrigatória no sistema constitucional para garantir a autonomia das instituições e a garantia dos cidadãos que proveem os seus cargos pela eleição dos seus representantes. Cuida-se de princípio essencial para assegurar a normalidade do Estado de Direito;

b) a sua não incidência, na espécie, pelo menos na forma pretendida pelo impetrante, deve-se a condição especial e excepcional, em que a sua aplicação gera a afronta a todos os princípios e regras constitucionais que se interligam para garantir a integridade e a unidade do sistema constitucional, quer porque acolher a regra, em sua singeleza, significa tornar um brasileiro insujeito a qualquer processamento judicial, faça o que fizer, quer porque dar aplicação direta e isolada à norma antes mencionada ao caso significa negar aplicação aos princípios fundantes do ordenamento;

c) o caso apresentado nos autos é situação anormal, excepcional e não cogitada, ao que parece, em qualquer circunstância pelo constituinte. Não se imagina

que um órgão legislativo, atuando numa situação de absoluta normalidade institucional do País e num período de democracia praticada, possa ter 23 dos 24 de seus membros sujeitos a inquéritos e processos, levados adiante pelos órgãos policiais e pelo Ministério Público;

d) à excepcionalidade do quadro há de corresponder a excepcionalidade da forma de interpretar e aplicar os princípios e regras do sistema constitucional, não permitindo que para prestigiar uma regra – mais ainda, de exceção e de proibição e aplicada a pessoas para que atuem em benefício da sociedade – se transmute pelo seu isolamento de todas as outras do sistema e, assim, produza efeitos opostos aos quais se dá e para o que foi criada e compreendida no ordenamento.

Tal é o que aconteceria se se pudesse aceitar que a proibição constitucional de um representante eleito a ter de submeter-se ao processamento judicial e à prisão sem o respeito às suas prerrogativas seria um álibi permanente e intocável dado pelo sistema àquele que pode sequer não estar sendo mais titular daquela condição, a não ser formalmente. Se, para que o sistema jurídico constitucional possa ser garantido em sua integridade vem a se mostrar imprescindível à autoridade judicial competente garantir o afastamento precário e momentâneo daquela proibição para, de forma igual para todos os cidadãos, se chegar ao prosseguimento de uma ação penal e ao desbaratamento da situação de doença ética, jurídica e política que as práticas parecem ter imposto às instituições de um Estado membro da Federação; se não houver dúvida de que a excepcionalidade da situação – indiciamento e inquérito contra 23 da totalidade dos 24 deputados de uma Casa Legislativa – impuser a excepcionalidade do afastamento da imunidade para não se ter de proclamar a impunidade no sistema em relação a alguns homens que, ficam, então, brasileiros diferentes e acima de qualquer suspeita, ainda que sobre eles pesem todas as suspeitas, então há de se preferir aplicar e garantir a efetividade do sistema como um todo do que fazer prevalecer uma única regra. Tal como a quimioterapia impõe que se agridam células boas para atingir e exterminar células más, a fim de salvar o corpo do doente, assim também, repito o quanto antes afirmei: haverá de haver remédio jurídico, sempre, a garantir que o corpo normativo fundamental não se deixe abater pela ação de uma doença que contraria a saúde ética e jurídica das instituições e que pode pôr a perder todo sistema constitucional.

Não estou insciente da gravidade, da excepcionalidade e dos riscos que a medida aqui oferecida como alternativa impõe. Mas já aprendi que situações de crise impõem medidas saneadoras de idêntica natureza, grave e absolutamente excepcional. Afasta-se uma regra para assegurar que ela se mantenha e se aplique sem ser privilégio, mas prerrogativa, como é própria e consentânea com o sistema.

Trago, apenas à guisa de exemplo paralelo e que considero merecedor de atenção pela analogia das situações, que o mesmo princípio da imunidade, que protege também os embaixadores de prisão ou submissão a processo no Estado em que estejam no exercício de suas funções, e que secularmente era tida como intocável, foi alterada a partir de 1998 (caso do Embaixador da Geórgia nos Estados Unidos, quando atropelou e matou uma brasileira em Washington),

exatamente para adaptar os princípios e a sua aplicação aos novos tempos de um direito mais justo e de aplicação igual para todos. Afastou-se, naquele caso, a imunidade – que, entretanto, prevalece para as hipóteses regulares – para proteger o sistema jurídico que se cumpre pela aplicação de punições quando tanto se comprovar ser o caso para garantir o direito que se realiza e não que se idealiza.

A minha foi uma geração que lutou para o restabelecimento democrático a fim de que todos os brasileiros pudessem ter plenos os princípios que a Constituição brasileira de 1988 abrigou. Não seria possível admitir que ela tivesse inoculado alguns com a intangibilidade da mão da Justiça e com a inaplicação total do Direito, de tal modo que ficassem alguns intocáveis para a observância do próprio sistema jurídico. Nem os princípios nem os fins a que se destina a norma de direito prestam-se a tal interpretação e aplicação. E é a conclusão a que se chegaria se se pudesse, singelamente, aplicar a norma do art. 53, § 2º e § 3º, ao caso do ora paciente em face da decisão da autoridade judicial tida como coatora, nas circunstâncias apresentadas e demonstradas na espécie agora sujeita ao julgamento deste Tribunal Supremo.

Lembro Ruy, ainda uma vez e para finalizar este voto que vai se fazendo longo, ao ensinar aos moços que "(...) dizia São Paulo que boa é a lei, onde se executa legitimamente (...) Quereria dizer: Boa é a lei quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando "inexecutada" ou "mal executada" (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada. (...) Na Constituição brasileira (...) a mão sustentadora das leis, ali a temos, hoje, criada, e tão grande que nada lhe iguala a majestade, nada lhe rivaliza o poder. Entre as leis, aqui, entre as leis ordinárias e a lei das leis, é a justiça quem decide, fulminando aquelas quando com esta colidirem. (...) o eixo (da República) é a justiça, eixo não abstrato, não supositício, não meramente moral, mas de uma realidade profunda, e tão seriamente implantado no mecanismo do regimen, tão praticamente embebido através de todas as suas peças, que, falseando ele ao seu mister, todo o sistema cairá em paralisia, desordem e subversão. Os poderes constitucionais entrarão em conflitos insolúveis, as franquias constitucionais ruirão por terra, e da organização constitucional, do seu caráter, das suas funções, das suas garantias apenas restarão destroços" (BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Aguilar, 1997, p. 673).

Saliento, finalmente, que o perigo do estado de liberdade demonstrado pelo comportamento do paciente e que determinou a decretação de sua prisão pelo Superior Tribunal de Justiça parece-me devidamente comprovado, bem como o *fumus comissi delicti*, a respaldar, induvidosamente, a carência de ilegalidade ou abuso de poder na providência cautelar adotada.

Considerando, pois, os dados trazidos nas informações do processo aos quais tive acesso, enfatizadas nas manifestações do Ministério Público, e por não

considerar comprovado que se tenha afrontado a ordem jurídica pelo decreto de prisão do ora paciente para o atendimento dos princípios constitucionais é que **denego a ordem de *habeas corpus*** requerida.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, louvo inicialmente o belíssimo voto do eminente Ministro Relator Marco Aurélio. Também cumprimento aqueles que fizeram as sustentações orais, defendendo os respectivos pontos de vista, e assinalo inicialmente que concordo com o Ministro Dias Toffoli no que tange à constatação de que é absolutamente firme a jurisprudência da Casa quanto à necessidade de autorização do parlamento, no caso, da Câmara Distrital, quando se trata do início da ação penal.

Esta Corte recentemente se debruçou sobre esse tema, na questão de ordem que eu trouxe no Inq 2.718, e o Plenário então encaminhou a solução dessa questão de ordem, na sessão do dia 20-8-2009, no sentido de que é, sim, necessária autorização do parlamento – tratava-se, no caso, de autorização da Assembleia Legislativa de Goiás – para que o STJ processasse ou desse início à ação penal contra o Governador. E eu trouxe à colação vários precedentes, à época, inclusive um muito interessante, o precedente correspondente ao HC 86.015, de que foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16-8-2005 pela Primeira Turma, em que se analisa a questão, inclusive após a superveniência da EC 35, que aboliu a exigência de licença prévia antes exigida para o processo contra membros do Congresso Nacional, mas dizendo que essa Emenda 35 não altera o entendimento da Suprema Corte quanto à necessidade de autorização parlamentar para o início da ação penal.

No entanto, divirjo de Sua Excelência no que tange à necessidade dessa autorização quando se trata de uma prisão cautelar, sobretudo quando a prisão cautelar foi decretada justamente para assegurar a coleta de provas para subsidiar as investigações em curso contra o Governador, que são várias, e que não dizem respeito somente à coação de testemunhas, mas envolvem inúmeras acusações, como se tem notícia pela mídia.

E observo depois, respondendo ao eminente advogado, que fez uma brilhante sustentação oral, que, quando se trata de prisão preventiva, não se pode exigir o contraditório e nem mesmo a prévia ciência daquele contra o qual essa medida é dirigida, como bem acentuou o próprio Relator, sob pena de ineficácia da medida. Se se for ouvir primeiramente aquele contra o qual é decretada a prisão preventiva, evidentemente essa medida se revelará absolutamente inócua.

Depois levanto um ponto que foi objeto de discussão no STJ, pela Corte Especial. Não me lembro bem qual foi o Ministro que suscitou essa questão, embora brevemente, que é a seguinte: o Ministro Relator, Fernando Gonçalves, que decretou a prisão preventiva, calcou a sua atuação na Lei 8.038/1990, que é exatamente aquela lei que regula normas de procedimento relativamente a determinados

processos que tramitam nos Tribunais Superiores, no STJ e aqui nesta Suprema Corte. E eu verifico que o art. 2º dessa Lei 8.308 atribui ao relator, escolhido na forma regimental, nos Tribunais Superiores as atribuições que a lei processual confere ao juiz singular, ou seja, as atribuições coincidentes com as atribuições do juiz da instrução, e nesse mister o relator, em se tratando da decretação da prisão preventiva, está jungido apenas ao art. 312 do Código de Processo Penal.

E, no caso, verifico, pelo menos no tocante ao argumento do Ministério Público que diz respeito à conveniência da instrução criminal – nem quero adentrar nessa questão um pouco mais complexa sobre a qual o Ministro Ayres Britto tem tecido considerações muito substantivas, que é a preservação da ordem pública, mas no que tange realmente à asseguração, à conveniência da instrução criminal, parece-me que a decisão do Ministro Fernando Gonçalves, ao decretar a prisão, acatando o requerimento do Ministério Público, calca-se em fatos concretos, como foi muito bem demonstrado pelo eminente Relator. Ele não fez apenas considerações abstratas, mas baseou-se em fatos concretos que subsidiam essa prisão cautelar.

O ponto levantado pelo eminente Ministro Toffoli que pode causar uma certa perplexidade, a mim causou, é bastante relevante, e eu não havia atentado para isto, é que o Ministro Relator, Ministro Fernando Gonçalves, ao decretar a prisão preventiva, também decretou o afastamento do Governador do cargo de chefe do Poder Executivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas seria uma consequência física.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida, uma consequência lógica e uma consequência física.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Para ele não administrar o Distrito Federal de uma repartição federal, que é a Polícia Federal.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E eu vou mais adiante, eminente Ministro, refletindo sobre a questão muito bem levantada pelo Ministro Dias Toffoli, com a perspicácia que lhe é peculiar. Num primeiro momento, nós poderíamos imaginar que esse afastamento não poderia ser decretado porque só parlamento pode fazê-lo, preventivamente, ao dar início a um processo de *impeachment*.

Mas eu ousaria dizer, eminente pares, que esta determinação do Ministro Fernando Gonçalves tem a natureza de uma interdição provisória de direitos, que é muito comum no direito penal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência não acha mais simples interpretar essa frase do Ministro como *dixit minus quam voluit*? Na verdade, o que ele quis dizer é que, em consequência da prisão, automaticamente fica, na prática, afastado. Mas não que lhe decretasse o afastamento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu estou elaborando teoricamente, claro que é uma consequência prática da prisão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Acho que não podemos interpretar essa frase isolada do Ministro como se decretasse destituição provisória.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Na prática, é uma interdição provisória de direito. É muito comum, veja Vossa Excelência...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, disse menos do que ele pretendia dizer. Na verdade ele quis dizer que a consequência prática era essa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu estou fazendo aqui uma elaboração intelectual...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Metaforicamente, não se pode fazer omeletes sem quebrar os ovos. Como é que se pode decretar uma prisão preventiva sem afastar alguém do exercício?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Claro, é uma consequência lógica da prisão, mas é preciso fazer uma distinção teórica entre aquele afastamento que é autorizado pelo parlamento, naquelas duas hipóteses: nos crimes de responsabilidade e nos crimes comuns.

Então essa é uma certa perplexidade.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Que, *data venia*, ainda não é o caso. Nós estamos em sede de prisão preventiva. Mas o raciocínio de Vossa Excelência é muito pertinente, mostrando que existem hipóteses em que há um automatismo no afastamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A admissão do processo de *impeachment*.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E, em relação ao Presidente da República, estabelece que ele só será preso depois da sentença condenatória.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Agora, o Supremo acredita que essa prerrogativa não é extensiva aos governadores.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas eu me permitiria terminar o raciocínio para dizer que concordo plenamente com o Ministro Relator e com o Ministro Cezar Peluso. No caso, esse afastamento é uma consequência lógica, até de ordem material, porque o Governador preso não poderá se reunir com seus secretários, assinar decretos, etc.

Eu gostaria de elaborar um pouco mais o raciocínio, até com compromisso de eventualmente aperfeiçoá-lo futuramente, imaginando que a natureza dessa medida é uma interdição provisória de direitos, que ocorre, por exemplo, quando se concede a liberdade provisória para alguém. Ou seja, a pessoa é proibida de frequentar determinados lugares, ou é proibida de dirigir veículos automotores, ou tem suspenso o direito de exercer a sua profissão. Interessantemente, essa medida, essa interdição provisória de direitos, é mencionada, embora em outro contexto, pelo art. 492, II, *b,* do Código de Processo Penal, quando, depois de absolvido, após o pronunciamento do corpo de jurados, o juiz revoga eventual decisão que tenha sido proferida no sentido de interditar direitos do acusado.

Com essas considerações, pronuncio meu voto no sentido de acompanhar integralmente o pronunciamento do Ministro Marco Aurélio para indeferir a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, Srs. Ministros,

1ª Preliminar

Quanto à primeira preliminar, concernente à suposta impossibilidade de decretação da prisão cautelar do Governador do Distrito Federal, a matéria não merece maiores considerações, na medida em que esta Corte, no julgamento da ADI 1.020, Rel. Min. Celso de Mello, julgou inconstitucional a norma da Lei Orgânica distrital que dava amparo a essa pretensão. Afasto-a, portanto.

2ª Preliminar

Quanto à preliminar referente à necessidade da licença da Câmara Legislativa para o processo em si, não obstante o fato de que esta Corte, em pelo menos duas ocasiões, já tenha considerado válidas normas de constituições estaduais que, a exemplo do art. 51, I, da Constituição Federal, condicionam a abertura de ação penal contra os governadores de Estado à autorização da respectiva Assembleia Legislativa (**HC 80.511/MG, Celso, e HC 86.015/PB, Pertence**), entendo que é chegado o momento para uma melhor reflexão sobre o assunto.

Nos precedentes existentes e citados sobre a matéria, a Corte reafirmou a necessidade da autorização das assembleias legislativas para o início de ação penal contra os governadores de Estado, ao argumento de que tal exigência seria uma consequência natural do princípio federativo. Ou seja, se a norma existe na Constituição Federal para o titular do Poder Executivo federal, necessariamente ela também deverá existir no âmbito dos Estados-membros, como elemento indissociável do estatuto constitucional do chefe do Executivo local, por força do princípio da simetria decorrente da nossa organização federativa.

A meu sentir, e *data venia* dos que pensam de maneira diferente, creio que a matéria deve ser examinada sob um outro ângulo de análise. A questão crucial consiste em saber se a norma do art. 51, I, da Constituição Federal há de ser mesmo necessariamente estendida aos Estados-membros por força do princípio da simetria.

E a resposta me parece deva decididamente ser negativa, partindo-se não da evocação pura e simples do princípio federativo, que é, não desconheço, um dos pilares da nossa organização político-constitucional, mas sim à luz do exame rigoroso acerca do excepcional e elevadíssimo *status* constitucional que tem o presidente da República no nosso sistema presidencial de governo, confrontando-o à respectiva estatutura político-constitucional dos nossos governadores de Estado.

O presidente da República, no sistema presidencial clássico, tal como instituído nos EUA em 1787 e ulteriormente transplantado para a América Latina e outros continentes é, numa certa medida, o legítimo sucessor dos monarcas de direito divino, porém limitado e controlado por inúmeros *garde-fous*

institucionais que lhe limitam a ação, tais como a temporariedade do mandato, a necessidade de convivência harmoniosa com outros dois poderes independentes, o controle judicial e outros limites contidos no sistema de pesos e contrapesos inerentes ao regime de separação de poderes.

No modelo que transplantamos para cá em 1891, a excepcionalidade do *status* constitucional do chefe de Estado pode ser constatada a partir da simples análise de certos elementos da disciplina constitucional que a Constituição Federal lhe reserva.

Com efeito, o presidente da República é o único agente político estatal a ascender ao cargo através do voto direto de todos, repito, de *todos* os brasileiros, em eleição de cunho nacional. Por isso mesmo, ele encarna e simboliza a Nação, com quem dialoga constantemente, fortalecendo, assim, os vínculos da cidadania e da nacionalidade, surgindo, em contrapartida, dessa relação direta com o povo um maior controle social e político de suas ações, com a valiosa intermediação dos meios de comunicação.

O presidente da República, enquanto comandante em chefe das Forças Armadas, tem sob sua responsabilidade a defesa nacional, a preservação da integridade do território nacional, o poder de fazer a guerra e declarar a paz, em colaboração, é certo, com o Congresso Nacional. Sob o seu comando encontram-se todos os recursos humanos e logísticos voltados à defesa da pátria, para eventualidade de invasões ao território nacional ou de participação em conflitos armados.

No campo das relações internacionais, o presidente representa a face visível e identificável do país na cena internacional. A ele cabe oficialmente a conduta das relações exteriores do nosso país, a esse título celebrando tratados e convenções com outros Estados ou organismos internacionais. A ele se subordinam centenas de representantes diplomáticos nacionais que agem e dialogam em nome da República Federativa do Brasil no exterior, e é perante ele que são acreditados os representantes diplomáticos das nações com as quais o Brasil mantém relações diplomáticas. E mais, há um dado de ciência política que não deve ser menosprezado: à medida que aumenta a importância do país na esfera internacional, o presidente da República, pouco importa quem seja o eventual ocupante do posto, tenderá cada vez mais a projetar sua importância para fora das fronteiras nacionais, tornando-se não apenas um líder nacional, mas um líder regional. Foi essa, aliás, a transformação crucial que se deu na Presidência americana, em que o presidente deixou de ser apenas o chefe de um dos poderes domésticos do país e passou a ser o líder do mundo livre.

Ora, Srs. Ministros, essas são algumas das atribuições e elementos de observação indissociáveis do *status* constitucional do presidente da República, que o tornam um agente ímpar no nosso sistema constitucional, o seu verdadeiro pilar constitucional.

São essas relevantíssimas atribuições que justificam o *status* constitucional singular do presidente da República no nosso sistema constitucional de governo. Foi tendo em vista essa centralidade da figura do chefe de Estado na nossa pólis

que o Constituinte de 1988 concebeu os dispositivos do art. 51, I, e 86 da Constituição, que condicionam a abertura de processo criminal contra o chefe de Estado à autorização da Câmara dos Deputados, por deliberação de dois terços dos seus membros.

E a razão, óbvia, para tanta cautela é plenamente justificável no caso do presidente da República, pois tudo que diz respeito a ele pode ter efeitos profundamente desestabilizadores para o sistema político como um todo, não apenas de forma episódica, mas, ao contrário, com consequências duradouras, podendo até mesmo conduzir à ruptura do pacto nacional, como nossa histórica bem registra.

Ora, nenhuma dessas características que emolduram institucionalmente a figura do presidente da República se faz presente no *status* constitucional dos governadores de Estado. A submissão dos governadores de Estado a processos criminais, se conduzida sem leviandade e com responsabilidade (e é o caso, em se tratando de uma Corte Superior como o STJ), terá efeitos meramente locais. Nenhum abalo sísmico produzirá no edifício institucional da Nação. Daí por que faço minhas as palavras do Ministro Celso de Mello na ADI 1.020, quando Sua Excelência sustentou que "O Distrito Federal não pode reproduzir, em sua própria Lei Orgânica (...) o conteúdo material dos preceitos inscritos no art. 86, § 3º e § 4º, da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da lei fundamental, por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de chefe de Estado, são apenas extensíveis ao presidente da República" (ADI 1.020). Também eu estimo absolutamente indevida a comparação entre esses dois agentes políticos, e inconstitucional a extensão do estatuto de um ao outro.

Resolvo, pois, a preliminar simplesmente declarando a inconstitucionalidade do art. 60, XXIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal, que indevidamente transplantou o art. 51, I, da Constituição Federal, com base no princípio da simetria. Afasto, por impróprio, o fundamento baseado no princípio federativo, que supostamente poria o governador de Estado em pé de igualdade com o chefe de Estado no que diz respeito à respectiva responsabilidade penal.

Não é ocioso lembrar, por outro lado, que constitui um dos pilares do regime republicano, que é, aliás, um dos elementos que o distinguem com nitidez do regime monárquico, o firme compromisso com o princípio da responsabilidade dos governantes. Em memorável voto proferido na ADI 978, o nosso decano, Ministro Celso de Mello, assim se manifestou:

> *Princípio republicano e responsabilidade dos governantes.*
>
> – A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana. A consagração do princípio da responsabilidade do chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal.
>
> – O princípio republicano exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular – são igualmente responsáveis perante a lei.
>
> (...)

> – A imunidade do chefe de Estado à persecução penal deriva de cláusula constitucional exorbitante do direito comum e, por traduzir consequência derrogatória do postulado republicano, só pode ser outorgada pela própria Constituição Federal. Precedentes: *RTJ* 144/136, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 146/467, Rel. Min. Celso de Mello. Análise do direito comparado e da Carta Política brasileira de 1937.
>
> (...)
>
> Os Estados-membros não podem reproduzir em suas próprias constituições o conteúdo normativo dos preceitos inscritos no art. 86, § 3º e § 4º, da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nestes preceitos da lei Fundamental – por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de chefe de Estado – são apenas extensíveis ao presidente da República.

Ora, largamente conscientes da realidade institucional da grande maioria das nossas unidades federadas, os constituintes de 1988 sabiamente subtraíram aos Tribunais de Justiça locais a competência para o julgamento de ações penais contra os governadores de Estado, entregando-a ao STJ, uma Corte Superior estrategicamente distanciada das questões paroquiais que sabidamente influenciam o processo judicial, sobretudo quando envolvidas altas autoridades locais.

Pois bem. A norma ora em discussão, que se produz nas constitucionais de diversos Estados federados, constitui sem sombra de dúvida um enorme retrocesso na matéria, pois, na prática, tendo em vista a realidade política dos Estados, ela visa precisamente a impedir a consagração dos princípios republicano, da responsabilidade dos agentes públicos, com base nos quais os governadores de Estado deveriam submeter-se, em igualdade de condições com os demais cidadãos, ao Poder Judiciário de nosso país, sem a injustificável condição de ordem puramente política que a exigência de autorização da Assembleia lhes confere.

Reitero, pois, meu voto pela inconstitucionalidade da norma da Lei Orgânica distrital.

Mérito

No mérito, melhor sorte não assiste aos impetrantes.

1) Quanto ao argumento de que existiria uma **perseguição** contra o paciente, os autos dão conta do inverso: o paciente foi preso não só depois de terem sido colhidas inúmeras provas contra ele, nos autos da ação penal de origem, mas ainda **depois de reiteradas tentativas, de sua parte, no sentido de prejudicar a investigação criminal**, de **impedir a busca da verdade** e de **manter, em tese, as atividades da suposta organização criminosa instaurada na cúpula do Governo do Distrito Federal, com auxílio de inúmeros deputados distritais e, inclusive, do presidente da Câmara Legislativa.** Os atos mais patentes dessa prática foram a **tentativa de subornar uma testemunha para mentir** a **seu favor** em depoimento que prestaria perante a Autoridade Policial – e os indícios dessa tentativa de suborno **estão patentes nos autos** e foram evidenciadas por vídeos que vazaram na mídia; e, em segundo lugar, pela **apresentação de documentos ideologicamente falsos** ao STJ, tentando induzir a erro o órgão julgador e utilizando-se, para tanto, do cargo de governador por ele ocupado.

Com isto, o paciente atuou exatamente nos termos que autorizam o decreto de prisão preventiva, conforme disciplinada no art. 312 do CPP, *verbis*:

> Art. 312. **A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública**, da ordem econômica, por **conveniência da instrução criminal**, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver **prova da existência do crime e indício suficiente de autoria**.

Assim, a prisão preventiva foi decretada não com base em meras perseguições políticas, mas em **provas da existência dos crimes investigados no Inquérito 650**, em **indícios suficientes de sua autoria**, e por necessidade de **garantir a ordem pública e a instrução criminal**, que, aparentemente, vinha sendo obstada pelo paciente enquanto esteve em liberdade (v., especialmente, documentos de fls. 137/139, 140/141, 142/143, 144/147, 148/150).

Do depoimento de fls. 148/150, prestado por *Edmilson Edson dos Santos*, extraio o seguinte:

> *Que* foi procurado por *Geraldo Naves*, Deputado Distrital, no início do mês de janeiro do corrente ano, **em nome do Governador *Arruda*, para que pudesse prestar serviço de forma a atrapalhar a investigação em curso da *Operação Caixa de Pandora*** (...); *Que* **o depoente entrou em contato com o Governador *Arruda***, através do telefone celular de *Wellington Moraes* [Secretário de Comunicação do GDF], com o intuito de **questionar o motivo pelo qual *Arruda* teria enviado *Geraldo Naves* para intermediar assunto de interesse do Governador *Arruda***, sendo que o depoente não possuía intimidade com *Geraldo Naves*, **motivo pelo qual foi realizada a troca de interlocutores**; *Que*, após a escolha, de comum acordo, de *Wellington Moraes, **Antônio Bento da Silva*** **apareceu na residência do depoente**, levando a entender que, **mais uma vez, o interlocutor teria sido trocado, desta vez por *Bento***, mas sem o conhecimento do depoente; *Que* **a declaração enviada por** *Bento* teve o intuito de que **o depoente pudesse analisá-la** e, **caso aceitasse, assiná-la ou, ainda, modificar da maneira que melhor lhe aprouvesse**; *Que* a referida declaração foi modificada, então, pelo depoente; *Que **Bento*** **levou a versão da declaração para *Arruda* e este devolveu com algumas anotações**, trazidas por *Bento* até o depoente; *Que*, nesse meio tempo, **foi tratado o valor pelo qual seria pago ao depoente para assinatura da referida declaração em sua versão final**, **apreendida na data de hoje em poder de *Bento*, por ocasião da troca do dinheiro pela declaração**; *Que*, no início, por meio de *Geraldo Naves*, **foram oferecidos ao depoente R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)** para a **realização da declaração e mudança no depoimento a ser prestado na Polícia Federal**; (...) ao final, chegou-se a um valor de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a serem pagos da seguinte forma: **R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em dinheiro na entrega da declaração assinada, como garantia**, R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) **após a oitiva** a ser prestada na Polícia Federal na data de hoje, desde que **condizente com a declaração assinada e já em poder de *Antônio Bento***, e o restante seriam pagos em três parcelas de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) mensais; *Que*, além dos valores acima descritos, **o depoente também receberia uma conta garantida no BRB, contratos de publicidade no GDF, quitação de sua dívida junto à CEB,** no valor de **quatorze parcelas de R$ 41.000,00** (quarenta e um mil reais), dentre outros benefícios que poderiam surgir; *Que* tudo o acima descrito

> também pode ser confirmado através dos **DVDs trazidos e gravados pelo depoente, com o intuito de "me precaver, uma vez que na cidade corre o boato de que está ocorrendo o uso de parte da Polícia Civil a mando do Governo *Arruda* para coação de testemunhas**, algumas **ameaças de flagrante**, principalmente com as pessoas que foram indicadas ou são amigas de *Durval Barbosa*; (...) *Que*, nesse momento, **apresente original de bilhete escrito de próprio punho por *José Roberto Arruda***, Governador do DF, entregue pelo Deputado Distrital *Geraldo Naves* no início do mês de janeiro, logo quando começou o assédio em cima do depoente para sua **participação e mudança no depoimento a ser prestado na Polícia Federal**; (...) *Que*, na data de ontem, após telefonema de *Bento* para o depoente, em que *Aroaldo*, um dos diretores da CEB, também participou da conversa ao lado de *Bento*, **o depoente foi pressionado para que encontrasse os interlocutores naquela mesma hora, já no fim da noite, para que pudesse receber o dinheiro e entregar a declaração assinada antes de prestar o depoimento na Polícia Federal**; *Que*, com o avançar da hora e a pressão exercida pelos interlocutores, o depoente achou melhor marcar para a manhã de hoje e, logo em seguida, entrou em contato com a Polícia Federal, na pessoa do Delegado *Alfredo Junqueira*; *Que* reitera o depoimento prestado no dia 21-1-2010 ao Delegado *Alfredo*, **ocasião na qual o depoente comunicou a tentativa de produção da declaração e mudança em seu depoimento a ser prestado na Polícia Federal**, motivo pelo qual **o depoente começou a temer por sua segurança e de sua família**; (...)

Este depoimento é suficiente para demonstrar o **perigo para a ordem pública e para a instrução criminal** causado pela liberdade do paciente, **autorizando a manutenção da prisão preventiva**, cujos pressupostos estão fartamente presentes e demonstrados no pedido de prisão formulado pelo Ministério Público Federal.

2) A segunda alegação dos impetrantes é de que teria ocorrido uma violação dos **direitos fundamentais inerentes à ampla defesa**. Sustentam que os **defensores** constituídos **não foram cientificados da reunião do Órgão Especial do STJ que decidiu manter a prisão preventiva do paciente** e que **não teriam tomado conhecimento do inteiro teor dos autos do inquérito de origem**. Além disto, impugnam o fato de o paciente **ter sido preso sem ser ouvido pela autoridade apontada como coatora**.

Em primeiro lugar, **não foi juntado qualquer despacho que tenha indeferido pedido de vista dos autos formulado pelos advogados do paciente no Inquérito 650, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça**. Para haver cerceamento de defesa, é preciso que tenha havido o indeferimento de algum pedido legítimo da defesa, o que não está demonstrado.

Ademais, a alegação **não encontra verossimilhança nos autos**. Vê-se que **foram os próprios patronos do paciente que tiraram cópia do pedido de prisão preventiva formulado no inquérito de origem** e da **decisão que o acolheu**, *decretando a prisão do paciente*, o que demonstra o **franco acesso da defesa aos autos em questão**.

Por fim, **não há qualquer previsão legal de intimação do investigado para que preste declarações antes que seja decretada sua prisão preventiva**.

A prisão pode ser decretada de ofício pela autoridade judiciária competente ou a pedido do órgão de persecução estatal, para salvaguarda do fim maior do processo criminal, que é a busca da verdade real.

Esta ausência de previsão de oitiva prévia do investigado se dá em razão de que a prisão preventiva somente é decretada quando já foram **colhidos indícios suficientes de autoria e prova da materialidade de crimes a que se responde preso**, havendo, portanto, o juízo da **necessidade da constrição cautelar**. Diferentemente, portanto, do caso da **prisão em flagrante**, única em que se prevê a oitiva, em **interrogatório**, do preso, já que não há um procedimento investigatório prévio, o que dá a necessidade de contrastar o depoimento do preso com o dos condutores, testemunhas e vítimas do fato que lhe é imputado.

No caso, portanto, **não estão presentes as nulidades alegadas pelos impetrantes, no que diz respeito ao suposto cerceamento de defesa praticado pelo Superior Tribunal de Justiça**.

3) A defesa alega, ainda, que o inquérito de origem está baseado em depoimentos e provas produzidas por pessoa inidônea, mediante o benefício da delação premiada.

A suspeição lançada sobre a testemunha não pode ser apreciada na via do *habeas corpus*, por demandar amplo revolvimento de fatos e provas. De qualquer sorte, não há qualquer ilegalidade ou nulidade no fato de o colaborador, no Inquérito 650, ser beneficiário de delação premiada, que é um instituto **legalmente previsto em nosso ordenamento**, sem qualquer violação a normas constitucionais, o que torna **perfeitamente legítima sua utilização pelo Ministério Público.**

4) Relativamente à alegação de que **não há, ainda,** "**o esclarecimento cabal dos fatos em apuração**", não há, com a devida vênia, qualquer relevância neste argumento, tendo em vista que o **esclarecimento cabal** só é necessário para a **condenação**, bastando, no momento da prisão preventiva, a existência de **indícios** de autoria contra o investigado, e a decisão impugnada concluiu ser **este o caso dos autos do Inquérito 650**.

Do exposto, **voto pela denegação do *writ***.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também louvo, de saída, o judicioso voto do Ministro Marco Aurélio e antecipo que subscrevo a conclusão pela denegação do *habeas corpus*.

Analisei com cuidado os fundamentos da prisão preventiva e os do *habeas corpus*. Nesse entrechoque de fundamentos, a meu sentir, ficam de pé os da preventiva e caem todos os fundamentos do *habeas corpus*, desde a preliminar – agora referida pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Não há necessidade de prévia autorização da Câmara Legislativa para o processo do Governador, simplesmente porque não há processo, há um

pré-processo, que é o inquérito policial. Sabemos de cor e salteado que o processo penal se instaura com o recebimento da denúncia. Ora, o inquérito pré-processo está para a denúncia assim como a denúncia está para a jurisdição penal, tudo sequenciadamente.

Disse bem o Ministro Peluso, a meu ver: se se obstaculizar a abertura de uma investigação policial, nós estaremos blindando as autoridades públicas, mesmo a governadoria de Estado, como se fossem eles dotados daquela irresponsabilidade jurídica de que tratava o art. 99 da Constituição Imperial, repito, fazendo da pessoa do Imperador uma figura inviolável, absolutamente inviolável, sagrada e juridicamente irresponsável; respondiam por ele os seus ministros de Estado.

Em matéria penal, nunca é demasiado lembrar que o tamanho das garantias constitucionais se mede pela trena da investigação; se a investigação se contiver no plano do inquérito policial, o tamanho das garantias constitucionais é evidente que é menor do que se a investigação já estiver no plano da instrução penal propriamente dita, do processo penal propriamente dito. Por isso que no inquérito não há propriamente abertura de espaço para o contraditório e a ampla defesa, tal como conceituados esses dois institutos, conceituadas essas duas garantias pelo Supremo e pela doutrina. Aliás, a Constituição é claríssima, ela assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais, não nos pré-processos, porque os processos, tanto administrativos como judiciais, deságuam numa decisão; eles constituem uma sequência ordenada de atos preparatórios de uma decisão estatal. Ora, não há decisão nenhuma no inquérito. O inquérito é concluído por um relatório, que será encaminhado ao Poder Judiciário e reenviado ao Ministério Público.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Passa-se a ter acusado a partir do oferecimento da denúncia, quando se imputa.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito. Assegura-se o contraditório, assegura-se a ampla defesa aos litigantes e aos acusados. No inquérito, não há acusado. No inquérito, como não há processo, não há partes processuais, também não há litigantes.

E quanto aos fundamentos de mérito da impetração:

Medida constritiva decretada com base em investigação inconclusa. Ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Ausência de intimação da Seção da Corte Especial que referendou o decreto de prisão preventiva.

E, complementarmente, no aditamento ao *habeas corpus*:

Falta de submissão da prisão à apreciação do Poder Legislativo. Total ausência de fundamentação pela autoridade judicial com a mera reprodução textual do pedido de prisão preventiva subscrito pelo Ministério Público. Falta de demonstração da necessidade de prisão preventiva.

O eminente Relator enfrentou, secundado pela Ministra Cármen Lúcia, Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Lewandowski, cada um desses fundamentos, e derruiu tecnicamente todos eles, *data venia* de entendimento contrário.

Eu vou concluir, Senhor Presidente; não vou ler o meu voto, vou oralizar apenas essas palavras pelo adiantado da hora e pela desnecessidade também da argumentação tão bem feita pelos que me precederam.

Quero dizer que dói em cada um de nós, dói na alma, dói no coração ver um governador sair do Palácio para a cadeia. Isso acabrunha o País como um todo e constrange cada um de nós enquanto seres humanos. Mas o fato é que há quem chegue às maiores alturas só para fazer as maiores baixezas.

É preciso que o Estado reaja. Não quero aqui condenar ninguém, não é o momento, estamos apreciando um *habeas corpus*, mas muitas prisões de altas autoridades do País se fazem necessárias pelo seu caráter profilático, pelo seu caráter de exemplaridade; e, nesse ponto, eu não posso deixar de secundar o que disse a Ministra Cármen Lúcia.

O Ministro Fernando Gonçalves – que decretou a prisão preventiva e afetou o seu decreto prisional ao crivo do STJ, pelo seu Órgão Especial – convive conosco há dois anos no Eleitoral, é um julgador cuidadosíssimo, cauteloso, não corre riscos processuais, não dá um passo em falso, "mineiramente" – no melhor sentido –, ele se faz calçar de todas as investigações, de todas as pesquisas para prolatar seus votos naquela Casa de Justiça Especializada.

E, pelo que li do decreto de Sua Excelência e dos debates travados no Órgão Especial do STJ, as medidas constritivas se louvaram em exibição de vídeos, análises de medidas de busca e apreensão, depoimentos de colaborador, escutas e interceptações autorizadas pelo próprio STJ – pelo Relator e pelo STJ –, revelando a atuação, pelo menos em princípio, de formação de uma quadrilha e de atuação pessoal do ora paciente, ou com grupo de seguidores mais próximos, no sentido de destruir provas, ou pelo menos, camuflá-las, e subornar, comprar uma testemunha importante para que fizesse uma declaração quanto à inaltenticidade daqueles filmetes, daqueles vídeos exibidos para todo o País.

Em suma, Senhor Presidente, concluo meu voto entendendo que a defesa não conseguiu demonstrar, como lhe cabia, com previedade, com prova pré-constituída, o cometimento de violência ou coação do STJ por parte do STJ, valendo-se de ilegalidade ou abuso de poder, porque são os pressupostos de concessão de *habeas corpus*, a teor do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição.

Denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, não obstante o avançado da hora, mas diante da gravidade do caso, e até porque não tenho voto escrito, pois entendi que não era necessário chegar a tanto, não posso deixar de examinar, ainda que rapidamente, os principais pontos suscitados, não apenas no pedido original, mas também na sustentação oral.

Não vejo, nem poderia ver, nenhuma ilegalidade nem tampouco irregularidade, na alegada rapidez com que a Corte Especial do Superior Tribunal de

Justiça tomou a decisão de homologar a prisão preventiva decretada com fundamento em todos os fatos, extremamente graves, trazidos pela douta Procuradoria-Geral da República. Eu diria até que, além de irrelevante, essa rapidez era louvável, porque o caso era de urgência e exigia medida pronta do Judiciário.

Em segundo lugar, alega-se que o paciente não foi ouvido. O paciente, ao que apuro dos autos, até agora não foi sequer indiciado. Ele é suspeito e investigado, e os suspeitos e investigados – e até os próprios indiciados – nem sempre são ouvidos antes da eventualidade de decretação de prisão preventiva, cuja necessidade apareça no curso das investigações. Isto é, a oportunidade de se ouvir – como é necessário – indiciado em inquérito penal depende das circunstâncias do inquérito e, se há – como houve – um incidente que justifique o decreto de prisão preventiva, não há nenhum motivo jurídico, nem extrajurídico que recomende um audiência prévia desse suspeito.

Em terceiro lugar, a defesa alega que não foi ouvida. Mas, a meu ver, nem deveria sê-lo.

Trata-se de incidente típico do inquérito policial, onde não há aplicação plena do princípio do contraditório, porque envolve colheita unilateral de elementos que podem conduzir, ou não, ao desencadear de uma ação penal. E, em caso de decreto de prisão, em nenhuma circunstância, nem sequer no curso de ação penal sujeita a todas as exigências do contraditório, não se ouve previamente a defesa, por uma das razões óbvias que já foram dadas, as quais põem em risco a efetividade de eventual decreto dessa natureza.

O ponto aqui que me pareceu um pouco mais delicado é a questão da necessidade, ou não, de autorização ou licença prévia para a prisão preventiva.

O Tribunal fixou, na **ADI 1.020**, relatada pelo ilustre Ministro Celso de Mello, a inconstitucionalidade do art. 103 da Lei Orgânica do Distrito Federal, que reproduzia os § 3º e § 4º do art. 86 da Constituição Federal. Evidentemente não votei naquela oportunidade, e não sei se acompanharia às inteiras a conclusão de inaplicabilidade de alguns dos dispositivos do art. 86, por simetria, aos governadores de Estado, por uma razão que me ocorreu e que está no seguinte: o Ministro Joaquim Barbosa há pouco levantou uma série de consequências práticas que justificariam tratamento autônomo da posição do presidente da República e dos governadores de Estado.

Eu não chegaria a tanto, e enxergo aí menos uma questão de restrição à autonomia política dos Estados do que, na verdade, a tomada de posição da Constituição diante de outras consequências práticas.

Assim como o presidente da República, os governadores de Estado, os prefeitos, os membros do Legislativo também são eleitos pelo povo e, de certo modo, representam o povo.

Por que a Constituição faz distinção entre a posição do presidente da República – e agora os tribunais, por força da regra da simetria, também o fazem em relação aos governadores – e a dos Membros do Congresso? Os Membros do

Congresso hoje, para serem processados por crime comum, já não dependem de prévia autorização.

Se estivesse em jogo puramente a questão da soberania popular, acho que as posições, os tratamentos constitucionais deveriam ser idênticos. Por que não são idênticos? Porque a previsão do afastamento temporário por 180 dias no curso da ação penal acarreta não apenas para a Presidência da República, mas também para os governos estaduais, mudança abrupta dos rumos políticos e administrativos. Por quê? Porque se substitui a pessoa de cuja orientação, de cujas ordens esses rumos dependem. É claro que o presidente da República "A" tem a sua visão política, de administração. No instante em que é, ainda que temporariamente, substraído do exercício do poder e, posta em seu lugar outra pessoa, que tem outras ideias, outra visão, podem ser alterados profundamente os destinos políticos institucionais e administrativos.

Acho que essa é a consequência prática levada em conta também em relação aos governadores de Estado. Daí por que não me parece – embora não queira estabelecer compromisso definitivo a esse respeito – ajustável à situação dos governadores a aplicação da regra do afastamento automático e compulsório durante o período de 180 dias.

Mas esse afastamento, a meu ver, também está ligado a outra circunstância: a Constituição, no § 4º, não admite a prisão do presidente da República, e, por via de consequência, não deveria admitir também a dos governadores, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, porque, na verdade, também tem aí caráter preventivo. Em outras palavras, não é apenas pela gravidade do fato da denúncia penal, diante do princípio da presunção de não culpabilidade, mas pela circunstância de o presidente da República e os governadores de Estado, no exercício do poder, terem nas mãos ferramentas extremamente eficientes para interferir no curso das ações penais. Essa é a razão substancial por que são afastados. Não é apenas pela gravidade de uma denúncia penal ser aceita que se justifica esse afastamento temporário, mas é também, e, sobretudo, o fato de que o poder, em especial o poder do Executivo, ter aparato de força capaz de atrapalhar o exercício da jurisdição.

Por isso mesmo a situação do Governador de Estado, que se encontra, no curso de inquérito, sob suspeita de prática de crimes graves, não pode depender de licença prévia, não apenas porque chegaríamos àquela aporia a que já me referi – se ele pudesse, no exercício da função, dispor de todo esse equipamento de força política e de força material para interferir no curso das investigações –, mas também pelo fato de que pode interferir na conclusão desse inquérito.

Ora, no caso, o que se tem é distinção clara entre os eventuais e supostos delitos, que teriam levado o egrégio Superior Tribunal de Justiça a decretar-lhe a prisão preventiva, e que não se confundem com os crimes que estão sendo apurados no curso do inquérito em que a prisão preventiva é tida por necessária para concluir a investigação desses outros crimes. Ao contrário, o oferecimento da denúncia – pelos crimes de falso, do 299, e de corrupção de testemunha, do

343 do Código Penal – apenas demonstra a seriedade dos fatos que justificaram o decreto de sua prisão preventiva. Não é possível confundir as duas situações sob fundamento de que, estando recebida a denúncia pelos crimes cujos indícios levaram à decretação da prisão preventiva, também agora dependeria de autorização parlamentar o decreto de prisão preventiva, porque a sua prisão preventiva não foi decretada para assegurar a apuração daqueles dois crimes, mas porque aqueles dois crimes interferem na apuração de outros crimes que são o objeto original do Inquérito 650.

Então, Senhor Presidente, não vejo como não acompanhar integralmente o eminente Relator e os votos que o seguiram, com a devida vênia do Ministro Dias Toffoli, sobretudo sobre a necessidade dessa prisão preventiva, quando se caracterizou caso típico previsto no art. 312 do Código de Processo Penal, e que é a conveniência da instrução criminal. Porque o que se alega, com um pouco mais de gravidade, dado o oferecimento da denúncia por esses crimes, é que o ora paciente estaria interferindo na apuração correta da verdade, a qual poderia até, ao cabo desse procedimento investigatório, beneficiá-lo.

Noutras palavras, a tentativa de interferir nas investigações é alguma coisa que do ponto de vista prático não o ajuda em nada; antes, acho que só lhe agrava a situação, razão pela qual, Senhor Presidente, não encontrando nenhuma prova de conluio entre os depoentes, entre os elementos de prova desses supostos delitos que configuram interferência danosa do curso das investigações, acompanho integralmente o voto do eminente Relator e indefiro a ordem.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também somo o meu voto à corrente que denega a ordem, acompanhando o eminente Relator, porque não vejo nos fundamentos dessa impetração a força suficiente para abalar a decretação da prisão, que entendo suficientemente bem fundamentada perante o STJ, de modo que restaria apenas – e eu me debrucei sobre essa questão com alguma preocupação – a refletir sobre a efetiva necessidade de uma autorização legislativa para que se pudesse decretar essa prisão.

No entanto, ficou bem demonstrado no voto do Relator e em todos os que o seguiram na mesma linha, que impedir-se o desenvolvimento normal e regular de investigações tendentes a trazer eventualmente ao Ministério Público uma *notitia criminis* seria blindar inteiramente essas autoridades contra qualquer investigação. Há indícios bastante fortes, eles foram ressaltados, de que o paciente estaria efetivamente tentando interferir na coleta da prova ou prejudicar a coleta dessa prova mediante a distorção de depoimentos a serem tomados.

Portanto, Senhor Presidente, vencido também aquele impedimento que existia na normativa distrital e que foi derrubado pela declaração de inconstitucionalidade na ADI 1.020, Rel. Min. Celso de Mello, não resta da fundamentação posta pelos defensores, cujo empenho há de se louvar, realmente não tenho como ver abalados os fundamentos da decretação e acompanho integralmente o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se de** "***habeas corpus***", que, **impetrado** em favor de José Roberto Arruda, **Governador do Distrito Federal**, tem por finalidade **garantir**, ao ora paciente, **o direito de liberdade**, desconstituindo-se, em consequência, ato decisório que determinou a sua prisão preventiva.

Aponta-se, como autoridade coatora, **a Corte Especial** do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **ao referendar** decisão do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES, relator do Inq 650/DF, **ora em curso perante** aquela Corte judiciária, **proferiu** o ato apontado como coator.

Sustenta-se, na presente impetração, **em síntese**, que, **da** "*(...)* ***leitura atenta*** *do decreto prisional,* ***nele identificam-se*** *três fatores determinantes de sua ilegalidade: (****i****)* ***falta de submissão*** *da prisão à apreciação do Poder Legislativo; (****ii****)* ***total ausência*** *de fundamentação pela autoridade judicial,* ***com a mera reprodução textual*** *do pedido de prisão preventiva subscrito pelo Ministério Público; (****iii****)* ***falta de demonstração*** *da necessidade efetiva da prisão*" (fl. 263 – **Grifei**).

Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é **sempre** qualificada **pela nota da excepcionalidade**. **Não obstante o caráter extraordinário** de que se reveste, a prisão preventiva **pode** efetivar-se, **desde que** o ato judicial que a formalize **tenha fundamentação substancial**, **com base em elementos concretos e reais** que se ajustem aos pressupostos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da decretação dessa modalidade de tutela cautelar penal (**RTJ 134/798**, Rel. p/ o ac. Min. CELSO DE MELLO).

É por essa razão que esta Corte, **em pronunciamento** sobre a matéria (**RTJ** 64/77), **tem acentuado**, na linha de autorizado magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 376, 2ª ed., 1994, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, "**Curso Completo de Processo Penal**", p. 250, item n. 3, 9. ed., 1995, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, "**Manual de Processo Penal**", p. 243/244, 1991, Saraiva), **que**, uma vez **comprovada a materialidade** dos fatos delituosos **e constatada** a existência de meros **indícios** de autoria – **e desde que concretamente ocorrente qualquer** das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal –, **torna-se legítima** a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar.

É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, **prisão preventiva**, prisão decorrente da decisão de pronúncia **e** prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível) – **não se revela incompatível** com o princípio constitucional da presunção de inocência (**RTJ** 133/280 – **RTJ** 138/216 – **RTJ** 142/855 – **RTJ** 142/878 – **RTJ** 148/429 – **HC 68.726/DF**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, **v.g.**).

Impõe-se ressaltar, no entanto, que a prisão cautelar ("***carcer ad custodiam***") – **que não se confunde** com a prisão penal ("***carcer ad poenam***") – **não**

objetiva infligir punição à pessoa **que sofre** a sua decretação. **Não traduz**, a prisão cautelar, em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** ideia de sanção. **Constitui**, ao contrário, **instrumento** destinado a atuar "***em benefício*** *da atividade desenvolvida no processo penal*" (BASILEU GARCIA, "**Comentários ao Código de Processo Penal**", vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), **tal como esta Suprema Corte tem proclamado**:

> ***A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.***
>
> *– **A prisão preventiva não pode** – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de **punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois**, no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade, **incompatível** com punições **sem** processo **e inconciliável** com condenações **sem** defesa prévia.*
>
> ***A prisão preventiva – que não deve** ser confundida com a prisão penal – **não objetiva** infligir punição àquele que sofre a sua decretação, **mas destina-se**, considerada a **função cautelar** que lhe é inerente, a atuar **em benefício** da atividade estatal desenvolvida **no processo penal**.*
>
> (**RTJ 180/262-264**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, **que tem sido reiterada** em diversos julgados, **no sentido** de que se revela absolutamente inconstitucional a utilização, **com fins punitivos**, da prisão cautelar, **pois esta não se destina a punir** o indiciado **ou** o réu, **sob pena** de manifesta ofensa **às garantias constitucionais** da presunção de inocência **e** do devido processo legal, **com a consequente** (**e inadmissível**) prevalência da ideia – **tão cara aos regimes autocráticos** – de supressão da liberdade individual, **em um contexto** de julgamento **sem** defesa **e** de condenação **sem** processo (**HC 93.883/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar – **considerada a função exclusivamente processual** que lhe é inerente – **não pode ser utilizado** com o objetivo de promover **a antecipação satisfativa** da pretensão punitiva do Estado, **pois**, se assim fosse lícito entender, **subverter-se-ia a finalidade** da prisão preventiva, **daí resultando grave** comprometimento ao princípio da liberdade (**HC 89.501/GO**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É por isso que esta Suprema Corte **tem censurado** decisões **que fundamentam** a privação cautelar da liberdade **no reconhecimento** de fatos **que se subsumem** à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal:

> (...) ***PRISÃO PREVENTIVA – NÚCLEOS DA TIPOLOGIA – IMPROPRIEDADE.*** *Os elementos **próprios** à tipologia **bem como** as circunstâncias da prática delituosa **não são suficientes** a respaldar a prisão preventiva, **sob pena** de, em última análise, **antecipar-se** o cumprimento de pena ainda não imposta* (...).
>
> (**HC 83.943/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Grifei**.)

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal **tem examinado** a utilização, por magistrados **e** Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, **em ordem a impedir** a subsistência dessa **excepcional** medida privativa da liberdade, **quando inocorrente** hipótese que possa justificá-la:

> ***Não serve** a prisão preventiva, **nem a Constituição permitiria** que para isso fosse utilizada, **a punir sem** processo, **em atenção** à gravidade do crime imputado, do qual (...) "**ninguém** será considerado culpado **até** o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (**CF**, art. 5º, LVII).*
>
> ***O processo penal**, enquanto corre, **destina-se a apurar** uma responsabilidade penal; **jamais a antecipar-lhe** as consequências.*
>
> ***Por tudo isso**, **é incontornável a exigência** de que a fundamentação da prisão processual **seja adequada à demonstração** da sua necessidade, **enquanto** medida cautelar, **o que** (...) **não pode** reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato (...).*
>
> (**RTJ 137/287**, **295**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**.)

Entendo, no entanto, **que os fundamentos subjacentes ao ato decisório** emanado do eminente Relator **e** referendado pela Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, que decretou a prisão cautelar do ora paciente, **ajustam-se aos estritos critérios** que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **consagrou** nessa matéria, **tal como o demonstrou** o eminente Relator em seu substancioso voto.

Vale registrar, por necessário, **que se reveste** de plena legitimidade jurídico-constitucional **a adoção**, pelo Relator do **Inquérito** 650/DF, o eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES, **da técnica** da motivação "*per relationem*" (**HC 69.438/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 69.987/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, **pronunciando-se a propósito** da técnica da motivação por referência ou por remissão, **reconheceu-a compatível** com o que dispõe o art. 93, **inciso** IX, da Constituição da República, **como resulta** de diversos precedentes firmados por esta Suprema Corte (**HC 54.513/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RE 37.879/MG**, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI – **RE 49.074/MA**, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI).

É que a remissão feita pela decisão ora impugnada – **referindo-se**, expressamente, **aos fundamentos** (de fato **ou** de direito) que deram suporte à formulação do pedido de prisão preventiva pelo Ministério Público – **constitui** meio apto a promover **a formal incorporação**, ao seu ato decisório, **da motivação** a que este último se reportou **como razão de pedir**, tal como se verifica na espécie.

As razões que fundamentam o decreto judicial de prisão cautelar, **podem ser assim resumidas**:

> ***35. Nestes termos, os indícios da participação do Governador José Roberto Arruda** (...) **na grave conduta criminosa** de coação da testemunha (art. 343 do CP), que é crime contra a administração da justiça **vêm de mais de uma fonte***

***e incluem**: o bilhete manuscrito; as declarações de Edson Sombra prestadas à Polícia Federal; as declarações de Antonio Bento prestadas à Polícia Federal; as declarações de Geraldo Naves dadas à imprensa – no sentido de que, de fato, foi incumbido de levar um bilhete do governador Arruda para Edson Sombra; o envolvimento de Rodrigo Arantes, secretário particular de Arruda, quem segundo Antonio Bento, enviou os R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para serem entregues a Edson Sombra e, ainda, o envolvimento do ex-Secretário de Comunicação de Arruda, que confirma ter intermediado uma conversa entre Edson Sombra e o Governador.*

(...)

***37**. **Com efeito**, José Roberto Arruda, **com o concurso** (...), **ofereceu e deu dinheiro** a Edson Sombra e ofereceu-lhe vantagem contratual com o GDF e o Banco de Brasília, em janeiro e fevereiro de 2010, em troca da assinatura da carta cujo conteúdo contém declaração falsa de que Durval Barbosa Rodrigues manipulou e forjou os vídeos em que aparecem políticos, empresários e servidores públicos de Brasília, com o nítido propósito de incriminar o Governador do DF e outras pessoas. A afirmação falsa contida na carta tem por finalidade alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante para os fins do inquérito n. 650-DF. O original da carta instrui a denúncia e foi apreendido no ato da prisão em flagrante em 4 de fevereiro de 2010.*

(...)

***40**. **Assim**, **agindo em coautoria e com unidade de desígnios**, **José Roberto Arruda**, Geraldo Naves, Welligton Luiz Moraes, Antônio Bento da Silva, Rodrigo Diniz Arantes **e** Haroaldo Brasil de Carvalho fizeram Edson Sombra inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante no inquérito n. 650-DF e praticaram em coautoria o crime de falsidade ideológica tipificado no artigo 299 do Código Penal. Por serem funcionários públicos, incorreram no aumento de pena previsto no parágrafo único da mesma norma. O Governador José Roberto Arruda incorre na agravante de ter instigado, organizado e dirigido a participação dos demais agentes criminosos (artigo 62-I e II do Código Penal).*

(...)

***42**. **Além disso**, a imprensa vem noticiando há vários meses o uso ilícito da estrutura administrativa do Estado para tentar impedir a tramitação do processo de "impeachment" na Câmara Legislativa. A ameaça de demissão dos servidores públicos ocupantes de cargos comissionados, caso não participem de manifestações de apoio ao Governador Arruda foi amplamente noticiada pela imprensa. Ônibus que prestam serviço às Administrações Regionais foram usados para levar à Câmara Legislativa servidores públicos do Distrito Federal para manifestações contra o "impeachment" do Governador Arruda, em claro desvio de finalidade do uso do bem público e de abuso de poder sobre os servidores.*

(...)

***46**. **O caráter permanente do crime de quadrilha**, aliado à alta lesividade dos crimes de corrupção de testemunha (art. 343 do Código Penal) e de falsificação ideológica de documento privado para influir em inquérito policial (art. 299 do Código Penal), praticados pelos requeridos, colocam em risco a ordem pública do Distrito Federal.*

(...)

***50**. **Outra evidência da desfaçatez da ameaça à ordem pública** decorrente da atuação do Governador Arruda decorre do fato de que policiais civis do Estado*

de Goiás foram detidos em frente à Câmara Legislativa, onde tramita o processo de "impeachment", com equipamentos de escutas telefônicas. Os indícios são de que os policiais foram contratados por uma pessoa vinculada ao Governador com o intuito de realizar escutas telefônicas em Deputados da oposição. Ainda segundo a reportagem, a Polícia Civil do DF teria liberado os policiais sem autuá-los em flagrante. O fato acarretou a queda do Diretor-Geral da Polícia Civil do Distrito Federal Cléber Monteiro, cuja corporação é mantida com dinheiro público da União, administrado pelo Governador Arruda.

(...)

54. Como exposto, há fortes indícios da participação do Governador Arruda no pagamento de vantagem pecuniária a uma testemunha do Inquérito 650*, para coagi-la a mudar o depoimento e a assinar o conteúdo de carta ideologicamente falsa, a qual foi intimada a prestar depoimento à Polícia Federal sobre os fatos em apuração.*

55. O crime de corrupção de testemunha *é apenado com pena mínima de 3 anos e multa, pelo artigo 343 do Código Penal. O rigor do legislador justifica-se por tratar-se de crime contra a administração da Justiça. Crimes deste tipo afetam o livre exercício do Poder Judiciário, que é um dos três Poderes de República. Esta ação criminosa reflete o total desprezo dos requeridos pelo Poder Judiciário, visto que visam comprometer a lisura do processo penal e, assim, impedir a aplicação da lei penal.* ***Necessitam****, pois,* ***de severa resposta do Estado****.*

(**Grifei**.)

Vê-se, desse modo, **considerada a situação exposta** nestes autos, **que o comportamento** do ora paciente **configura** clássica hipótese de decretação de prisão preventiva, **pois traduz** verdadeira interferência **ilegítima** na instrução probatória, **revelando-se**, até mesmo, **criminosa** a atitude daquele **que corrompe** testemunha.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **e** dos demais tribunais **orienta-se no sentido** de reconhecer a legitimidade jurídico-constitucional **da decretação** de prisão preventiva **quando** o indiciado/réu, diretamente **ou** por intermédio de terceiras pessoas, **coage**, **ameaça**, **corrompe ou alicia** testemunha (**RTJ 204/348**, Rel. Min. MENEZES DIREITO – **HC 88.091/MG**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **HC 91.407/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 136.942/RS**, Rel. Min. FELIX FISCHER – **RHC 24.891/PR**, Rel. Min. LAURITA VAZ, **v.g.**), **ou**, ainda, **oferece-lhe ou promete-lhe** vantagem financeira indevida para que altere a verdade em seu depoimento (**HC 92.741/MG**, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

Essa **mesma** orientação **tem o beneplácito** do magistério doutrinário (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "**Código de Processo Penal Comentado**", p. 623, item n. 19, 2008, RT; LUIZ ROBERTO CICOGNA FAGGIONI, "**Prisão Preventiva**, **Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível e Prisão Decorrente de Decisão de Pronúncia – Considerações**", "*in*" Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 41, p. 138, item n. 2.3.1; MIGUEL TEDESCO WEDY, "**A Prisão em Flagrante e a Prisão Preventiva: uma análise crítica**", "*in*" Estudos em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy, p. 147/148, 2004, Livraria do Advogado; ALEXANDRE VILELA, "**Considerações acerca da**

Presunção de Inocência em Direito Processual Penal", p. 108, item n. 3.3.3, 2005, Coimbra Editora, **v.g.**), **valendo referir**, quanto ao caso ora em análise, **a lição** de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ("**Código de Processo Penal Comentado**", vol. I/742-743, 9. ed., 2005, Saraiva):

> ***Pode também ser decretada*** *se conveniente para a instrução criminal, ou seja, para preservar aquela fase procedimental em que o Juiz procura, com a colheita das provas, reconstruir o fato ocorrido para poder melhor discernir e julgar. Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando ou niquelando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a não encontrar as pessoas que devam prestar esclarecimentos em juízo etc., seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução. Não confundir "conveniência" com "comodidade". Não pode o Juiz, porque o réu reside um pouco distante, mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando dever apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição da precatória ou quejandos.*
>
> ***Assim***, ***se o indiciado ou réu*** *estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele,* ***se estiver subornando quaisquer pessoas*** *que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos,* ***aliciando*** *testemunhas falsas,* ***ameaçando*** *vítima ou testemunhas,* ***é evidente que a medida será necessária****, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal.* ***Aí***, ***sim***, ***o poder coercitivo do Estado se justifica para impedir que o réu prejudique a atividade jurisdicional****.*
>
> (**Grifei**.)

Cumpre observar, ainda, por necessário, **no tocante** à alegação da necessidade **de prévia** autorização da Câmara Legislativa do Distrito Federal **para instauração** de persecução penal **contra** o ora paciente, **que o Plenário** desta Suprema Corte, **ao apreciar a ADI 1.020/DF**, de que fui Relator para o acórdão, **firmou entendimento que desautoriza** o pleito deduzido nestes autos:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL – OUTORGA DE PRERROGATIVAS DE CARÁTER PROCESSUAL PENAL AO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL – IMUNIDADE*** *À PRISÃO CAUTELAR* ***E*** *A QUALQUER PROCESSO PENAL POR DELITOS* ***ESTRANHOS*** *À FUNÇÃO GOVERNAMENTAL –* ***INADMISSIBILIDADE*** *–* ***OFENSA*** *AO PRINCÍPIO REPUBLICANO –* ***USURPAÇÃO*** *DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO –* ***PRERROGATIVAS INERENTES*** *AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA* ***ENQUANTO*** *CHEFE DE ESTADO (****CF/88****, ART. 86, § 3º E 4º) –* ***AÇÃO DIRETA PROCEDENTE****.*
>
> ***PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES****.*
>
> *–* ***A responsabilidade*** *dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana. A consagração do* ***princípio da responsabilidade*** *do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal.*

O princípio republicano *exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que* ***todos*** *os agentes públicos – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular – são* ***igualmente*** *responsáveis perante a lei.*

RESPONSABILIDADE PENAL DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL.

– O Governador do Distrito Federal – ***que dispõe*** *de prerrogativa de foro "ratione muneris"* ***perante*** *o Superior Tribunal de Justiça (****CF****, art. 105, I, "****a****") – está* ***permanentemente*** *sujeito, uma vez obtida a* ***necessária*** *licença da respectiva Câmara Legislativa (****RE 153.968-BA****, Rel. Min. ILMAR GALVÃO;* ***RE 159.230/PB****, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE),* ***a processo penal condenatório****,* ***ainda*** *que as infrações penais a ele imputadas* ***sejam estranhas*** *ao exercício das funções governamentais.*

– ***A imunidade do Chefe de Estado*** *à persecução penal* ***deriva*** *de cláusula constitucional exorbitante do direito comum e, por traduzir consequência derrogatória do postulado republicano, só pode ser outorgada pela própria Constituição Federal. Precedentes:* ***RTJ 144/136****, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE;* ***RTJ 146/467****, Rel. Min. CELSO DE MELLO.* ***Análise do direito comparado*** *e da Carta Política brasileira de 1937.*

IMUNIDADE À PRISÃO CAUTELAR – PRERROGATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXTENSÃO, MEDIANTE NORMA DA LEI ORGÂNICA, AO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL.

– O Distrito Federal, ***ainda*** *que em norma constante de sua própria Lei Orgânica,* ***não dispõe*** *de competência para outorgar ao Governador a* ***prerrogativa extraordinária*** *da imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se,* ***com exclusividade****, ao poder normativo da União Federal, por efeito* ***de expressa reserva constitucional*** *de competência definida pela Carta da República.*

– ***A norma*** *constante da Lei Orgânica do Distrito Federal –* ***que impede*** *a prisão do* ***Governador do DF*** *antes de sua condenação penal definitiva –* ***não se reveste*** *de validade jurídica* ***e****, consequentemente,* ***não pode subsistir****, em face de sua evidente incompatibilidade, com o texto da Constituição Federal.*

PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO.

– O Distrito Federal ***não pode*** *reproduzir em sua própria Lei Orgânica – não obstante a qualificação desse diploma normativo como estatuto de natureza constitucional (****ADI 980/DF****, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – o conteúdo material dos preceitos inscritos no art. 86, § 3º e 4º, da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental, por serem* ***unicamente*** *compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado, são* ***apenas*** *extensíveis ao Presidente da República.* ***Precedente****:* ***ADI 978/PB****, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO.*

(**ADI 1.020/DF**, Rel. p/ o ac. Min. CELSO DE MELLO.)

Cumpre destacar, neste ponto, **que a garantia** da imunidade em sentido formal **não impede** a instauração de inquérito contra Governador de Estado ou do Distrito Federal, **que está sujeito**, em consequência – **e independentemente de qualquer autorização do Legislativo** –, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais

de persecução penal, no entanto, sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente – **o STJ**, **no caso de o investigando ser Governador** (**CF**, art. 105, I, "**a**"):

> *– **A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede** a instauração de inquérito policial **contra** membro do Poder Legislativo, que está sujeito, em consequência – **e independentemente de qualquer licença congressional** –, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente: **o STF, no caso de os investigandos serem congressistas** (**CF**, art. 102, I, "b").*
> (**Rcl 511/PB**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Tenho para mim, de outro lado, **consideradas** as razões ora expostas pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA, **sobre a necessidade**, ou não, **de prévia autorização** da Câmara Legislativa, **para efeito** de válida instauração, **contra** o Governador do Distrito Federal, ora paciente, de procedimento penal, que tal discussão, na presente fase ritual, revela-se prematura.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): No caso concreto, não há necessidade de enfrentar-se a inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Cabe referir**, ainda, no que concerne **a suposto** envolvimento de Deputado Federal nos fatos objeto de apuração **no Inquérito 650/DF**, **entendimento** firmado pelo Supremo Tribunal Federal **no julgamento da Rcl 2.101-AgR/DF**, Rel. Min. ELLEN GRACIE (**RTJ** 183/112), **em que**, ao analisar questão semelhante à que se registra na presente causa, **o Plenário desta Suprema Corte** proferiu decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***Reclamação. Negativa de seguimento.** Agravo regimental. **Art. 102, I, "b" da Constituição Federal. Foro privilegiado. A simples menção de nomes de parlamentares, por pessoas que estão sendo investigadas em inquérito policial, não tem o condão de ensejar a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento do inquérito**, à revelia dos pressupostos necessários para tanto dispostos no art. 102, I, "b" da Constituição. **Agravo regimental improvido**.*
> (**Grifei**.)

Finalmente, **o exame** da pretensão jurídica ora deduzida **estimula algumas reflexões que entendo imprescindíveis à formulação** de juízo **em torno** dos fatos noticiados no presente "*habeas corpus*".

A desejável convergência **entre** ética **e** política **nem sempre tem ocorrido** ao longo do processo histórico brasileiro, cujos atores, **ao protagonizarem** episódios lamentáveis e moralmente reprováveis, **parecem** haver feito uma **preocupante** *opção preferencial* **por práticas** de poder **e** de governo **que se distanciam**, gravemente, **do necessário respeito** aos valores de probidade, de decência, de impessoalidade, de compostura e de integridade pessoal e funcional.

Tais comportamentos, **porque motivados** por razões obscuras, por desígnios inconfessáveis **ou** por interesses escusos, **em tudo incompatíveis** com a causa pública, **são guiados e estimulados** por exigências subalternas resultantes de um **questionável** pragmatismo político, que, **não obstante o profundo desvalor ético** dos meios empregados, **busca justificá-los**, assim mesmo, **em face** de uma suposta **e** autoproclamada legitimidade dos fins visados pelos governantes.

Os membros de Poder, quando assim atuam, **transgridem** as exigências éticas **que devem** pautar e condicionar a atividade política, **que só se legitima quando efetivamente respeitado** o princípio da moralidade, **que traduz** valor constitucional de observância necessária na esfera institucional de qualquer dos Poderes da República.

A ordem jurídica **não pode permanecer indiferente** a condutas de **quaisquer** autoridades da República que hajam eventualmente incidido **em censuráveis desvios éticos** no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.

Sendo assim, pelas razões expostas, **peço vênia para denegar** o presente "*habeas corpus*", **mantendo**, em consequência, a prisão cautelar **definitivamente** decretada **contra** o ora paciente.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, também tenho voto na matéria e faço algumas considerações tendo em vista as múltiplas implicações que este caso suscita.

Realmente, este caso, conforme tem se repercutido na mídia nacional e internacional, tem conotações que fogem aos aspectos padrões dos escândalos políticos. Há o envolvimento dos Poderes Executivo e Legislativo, e esse estado aparente de contaminação vem sendo apontado como um dos problemas sérios deste debate. E isso levava, então, àquela apreensão quanto à não funcionalidade do sistema de controle. Há a possibilidade, até mesmo – isso aparece nos documentos da Procuradoria –, de o processo de *impeachment* não ter curso, de eventual decisão sobre a concessão da licença não se dar porque a eventual maioria sólida na Assembleia Legislativa estaria de tal forma comprometida – essa é a suposição – que poderia impedir o funcionamento normal do processo como sói acontecer no sistema de *checks and balances*.

E por isso também as múltiplas discussões que desaguaram na própria proposta do Procurador-Geral da República, na linha de uma representação interventiva que permitisse a decretação da intervenção não só no Executivo, mas, também, no próprio Legislativo. Portanto, é um caso multiplamente complexo e que merecerá, certamente, estudos não só no plano jurídico, mas, também, no plano político, sociológico e de outra índole.

Quanto ao problema da simetria ou das assimetrias entre a União e os Estados, para os fins de determinados privilégios ou prerrogativas, creio que devemos ter alguns cuidados, embora fascine o enunciado de que o republicanismo é evidente e trata a todos igualmente. Essas cautelas se fazem não em nome de um perfil monárquico, mas em função do risco que envolve as pessoas que atuam de determinada maneira – sabemos disso – e que têm determinadas funções.

Não faz muito – e eu lembrei isso aqui –, num encontro em Lisboa, o Professor Jorge Miranda lembrava que é muito fácil fazer discurso sobre isso, dizendo que todos são iguais. E eu disse uma vez até ao Presidente Lula: "Se Vossa Excelência não observar essas regras da prerrogativa de foro, Vossa Excelência estará todo dia numa delegacia no Brasil". E não é razoável que um Presidente da República esteja todo dia numa delegacia, porque isso não se banaliza.

A gratuidade dos processos. Quantas vezes nós encerramos aqui causas infantis? Brigas políticas chegam aqui subscritas – essas são hoje em que não se reparou nem que a República já havia sido proclamada. Extremamente mal feito. Cem anos de diferença. O Brasil nem existia, isso estava na peça acusatória. E outras coisas que nós já vimos por aqui. Brigas políticas se convolam, depois, em brigas jurídicas, muitas vezes subscritas pelo Ministério Público.

É preciso que a gente faça esses reparos e essas observações. Teremos aquilo que hoje é comum na sociologia política: a teoria do risco. Essas pessoas que tomam essas decisões – presidente da República, governador de Estado, prefeito – estão envolvidas num processo de maior risco. Daí a necessidade de que realmente haja as devidas cautelas nesse sentido.

A posição de presidente da República é diferenciada em múltiplos aspectos em relação ao governador de Estado. A representação internacional, o papel de chefe de Estado, tudo isso recomenda maiores cautelas no texto realmente enfático ao preservar a sua posição, mas não me parece, também como disse aqui o Ministro Cezar Peluso, que por si só nós devamos dizer que determinadas garantias não se aplicam ao governador de Estado, sobretudo quando isso se dá em nome de um igualitarismo que não se sustenta na prática. Nós sabemos disso. Nós somos muito ciosos das nossas prerrogativas na Loman. Ainda há pouco via uma publicação, também do Ministério Público, em que se fala contra prerrogativa de foro dos outros, mas são muito ciosos na não instauração de inquérito contra os seus próprios membros. Nós sabemos também: arquivamentos, processos que não andam, prescrição, é um histórico de abusos nesse quadro.

Portanto, é preciso que nós tenhamos atenção quanto a isso. É muito fácil fazer discurso em relação a essas prerrogativas. Todos são iguais. Não. Neste caso de responsabilidades institucionais não são todos iguais. O presidente da República não está colocado na mesma situação de um cidadão comum. Tem outra representatividade. É preciso que nós reparemos nisso. E nós temos consciência disso. E isso na República. Não estamos falando de Monarquia.

É preciso pensar essas garantias como garantias da instituição, não da pessoa. Garantias de funcionalidade do poder.

Só para deixar claro esse reparo, porque é muito fácil falar isso. Isso, em geral, colhe também aplausos fáceis da mídia, porque é inteligível para alguém que tenha meio neurônio funcionando, mas isso não diz com a seriedade das instituições. Não é assim, aqui, como não é alhures também. E quando se permite esse tipo de abuso – nós vimos naquele processo Clinton – onde termina? Termina depois, num processo de abuso da autoridade do promotor.

Portanto, vamos fazer todas as ressalvas em relação a esse ponto, porque realmente é muito fácil fazer poesia com a República e com o princípio republicano. É preciso ter realmente muito cuidado porque essas garantias se dão para que as instituições funcionem com as devidas cautelas.

Não estou realmente seguro – esse tema voltará a ser discutido também – de que nós devamos simplesmente dizer que é inconstitucional a norma que até aqui o Tribunal vinha declarando constitucional, a propósito do tema da licença, embora saiba que, sociológica e politicamente, nós temos aqui um grave problema. Quem visita os Estados sabe muito bem disto. Os senhores todos conhecem, desde que houve a mudança da matéria da imunidade formal no texto constitucional, não houve um caso sequer em que a Câmara ou o Senado tenham suspendido processos em tramitação no Supremo. Isso não ocorre quando se trata de assembleias legislativas, há verdadeiros bloqueios nesses processos.

Então, é preciso ter bastante cautela em relação a isto, quer dizer, banalizar também o processo; e pode haver banalização, pode haver demagogia, pode haver populismo nesse tipo de matéria; então é preciso realmente ter cautela. É claro que o tema vai ser recolocado, e nós vamos ter, então, oportunidade de nos manifestar sobre isso.

Em relação à questão que o Ministro Toffoli suscitou, já houve, como foi dito, uma manifestação clara do Supremo Tribunal Federal. É uma questão realmente delicada, porque pode levar a algum tipo de inconsistência. Depende-se da Assembleia Legislativa para concessão – pelo menos esse é o estágio da arte, para o processo criminal –, mas não se depende da Assembleia Legislativa para a autorização da prisão.

É claro que, como eu já disse no introito da minha fala, a questão do Distrito Federal assumiu uma dimensão toda ela peculiar. Em toda a sua extensão, tudo que tem sido revelado mostra problemas extremamente sérios, que até então ninguém tinha visto ou imaginado, pelo menos nessa dimensão. E todas as histórias que vêm sendo reveladas mostram que isso precisa ser devidamente cuidado, porque as histórias que correm nos bastidores dessas chamadas "ações controladas" mostram que tem muitos corruptos de todos os lados. Essas histórias, em geral, são muito mal acabadas, muito mal alinhavadas.

O próprio fundamento da prisão preventiva não foi objeto da impugnação, mas aquilo que diz com a fundamentação, a tal aquisição de simpatia ou de adesão da testemunha para adulterar fitas, ou melhor, para dizer que fitas foram adulteradas. Parece-me um pouco *naïf* o argumento. Mas, só pensando criti-

camente, parece um pouco *naïf*. Porque, claro, que, para provar se fitas foram adulteradas ou não, não se precisa de testemunha, mas se precisa de perícia.

Mas essa questão não foi agitada. Só para mostrar, portanto, que o tema não é tão singelo. É claro que a moldura, o caso é muito complexo, muito revelador, mas, sem dúvida nenhuma, temos que estar atentos para os vários aspectos, como também se pode discutir – e nós já tivemos oportunidade de fazê-lo – e há um projeto no Congresso que discute também, hoje, medidas outras, alternativas à própria custódia cautelar. Quando o Ministro Dias Toffoli falou, depois o Ministro Cezar Peluso se referiu à questão do afastamento do Governador, aqui usado como quase que impositivo, em razão daquele fato dele estar com a prisão decretada, eu mesmo me pus a pensar se o Judiciário pode fazer isso, por que não pode decretar o afastamento do Governador sem eventualmente a prisão como alternativa a esse processo?

Portanto, vejam que o tema permite uma série de indagações e que precisam ser pontuadas para que não façamos uma análise simples, simplista, e muito menos simplória de todo o quadro. Em todas as dimensões: na jurídica, na dimensão política e na dimensão sociológica. Essa me parece, então, uma reflexão digna da complexidade do caso que é extremamente grave em toda dimensão. Tanto é que, perguntado, algum dia, sobre esse quadro do Distrito Federal, eu usei a metáfora de que o que se estava a sinalizar, ou pelo menos o que se reclamava, era a indicação de um quadro de metástase institucional, algo que realmente poderia estar a comprometer o funcionamento das instituições.

Vossas Excelências percebem que tenho realmente algumas dúvidas em relação a todas essas questões. Cheguei a pensar, até mesmo, se a prisão, que aparentemente tem a sua justificativa, num momento histórico em que ela foi produzida, se subsistiriam as razões ainda hoje. Não sei. Não tenho elementos, também, para infirmar, mas penso que é um ponto para meditação, para reflexão; como também me pergunto se de fato não há medida alternativa para a prisão provisória.

Lembro-me que, num caso – já há algum tempo – da minha relatoria, medida cautelar em HC 91.657, eu tive oportunidade – no caso era prisão preventiva extradicional decretada pelo Ministro Ricardo Lewandowski – de encaminhar voto no sentido de transformar prisão preventiva em prisão domiciliar – era a prisão do Freddy Rincon, pedido de extradição feito pelo Estado do Panamá – e não por ele ter jogado com bom desempenho no Santos, mas simplesmente porque não me parecia que no caso houvesse justificativa.

De modo que gostaria apenas de compartilhar essas reflexões questionadoras em relação ao tema para mostrar que, talvez, devamos ser muito críticos em relação a esse caso, em todas as suas dimensões, até porque, segundo brincava o Ministro Carlos Britto, esse caso é tão singular que quem, aparentemente, quer deitar luz tem o nome de "Sombra". É uma coisa realmente que provoca – que não deve ser por acaso que assim se chama. Então, é todo um caso com todas as peculiaridades e singularidades que no mínimo desperta desconfiança nos espíritos que leem pelo menos romances policiais. Fico realmente em dúvida

em relação a este caso, mas, tendo em vista os elementos dos autos, no momento me encaminharei também no sentido do indeferimento da ordem. Mas infelizmente, diferentemente até do posicionamento de muitos outros colegas que me precederam, tenho muito mais dúvida do que convicção neste caso. Em relação inclusive a esta ação controlada, porque já tivemos processos aqui em que essas ações controladas, na verdade, parecem ações e verdadeiros criminosos em toda sua extensão – inclusive daqueles que fazem eventualmente o suposto controle.

De modo que, com essas considerações, também me manifesto, mas com todas essas ressalvas que constam do meu voto, no sentido do indeferimento do *habeas corpus.*

EXTRATO DA ATA

HC 102.732/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: José Roberto Arruda. Impetrantes: José Gerardo Grossi e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou questão de ordem suscitada pela defesa para que a sustentação oral fosse feita após a manifestação oral do Ministério Público, vencidos o Relator e o Ministro Dias Toffoli. Em seguida, o Tribunal, por maioria, denegou a ordem, vencido o Ministro Dias Toffoli. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Falaram, pelo paciente, o Dr. Nélio Machado e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República.

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, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 4 de março de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 286.921 — RS

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Agravante: Pascoal Padulla Luzzi — Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Constitucional. Previdenciário. Aposentadoria. Proventos integrais. Transformação em proventos proporcionais: impossibilidade.

1. Inviável a transformação da aposentadoria concedida com proventos integrais em proporcionais de acordo com a legislação em vigor à época em que teria direito à aposentadoria proporcional.

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 Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 31 de agosto de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de agravo regimental interposto da decisão (fls. 119-121) que negou seguimento ao recurso extraordinário.

2. A parte agravante alega, em síntese:

a) o acórdão recorrido contrariou a Súmula 359/STF;

b) a "decisão recorrida não representa a posição dominante dessa egrégia Corte, já que não há qualquer decisão da Primeira Turma em igual sentido" (fl. 217).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A decisão agravada não merece reforma, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

2.A decisão agravada fundamentou-se na jurisprudência pacífica desta Corte. Além do precedente mencionado, no mesmo sentido cito o RE 608.828/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJE* de 28-4-2010; o RE 607.683/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 30-3-2010; e o RE 352.391-AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 3-2-2006, este último assim ementado:

Constitucional. Previdenciário. Aposentadoria.

I – Aposentadoria concedida com proventos integrais, tendo em consideração o preenchimento dos requisitos legais exigidos. Pretensão de transformação do benefício com proventos proporcionais: impossibilidade.

II – Negativa de trânsito ao recurso extraordinário. Agravo não provido.

3. Quanto à alegação da parte agravante de que o acórdão recorrido contrariou a Súmula 359/STF, o Ministro Eros Grau, no RE 345.398-AgR/SP, *DJ* de 7-12-2006, em caso análogo, muito bem tratou do tema em questão nos seguintes termos:

> 3. A alegação de que o acórdão recorrido teria contrariado a Súmula 359/STF não procede. O direito à aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço é uma faculdade concedida ao servidor. Outra é a hipótese contida no enunciado da Súmula 359/STF, que, em face do princípio constitucional do direito adquirido, assegurou que lei nova menos favorável não incidisse sobre fatos consumados na vigência da lei revogada e, por isso, garantidores, a qualquer tempo, do direito do servidor à aposentadoria. É essa a exegese do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence nos autos do RE 243.415, acórdão publicado no *DJ* de 11-2-2000.

4. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

RE 286.921-AgR/RS — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Agravante: Pascoal Padulla Luzzi (Advogados: Daisson Portanova e outros). Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Advogado: Siegfried A. Ghilardi Ritta).

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausentes, neste julgamento, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, licenciado, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 31 de agosto de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 327.414 — SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravantes e Agravados: Estado de São Paulo e Empresa Folha da Manhã S.A.

Recurso extraordinário – Insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos – Imunidade tributária – Limitação constitucional ao poder de tributar que também se estende a materiais assimiláveis ao papel – Recurso do Estado de São Paulo improvido – Provimento do recurso deduzido pela empresa jornalística.

– O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar, restritivamente, o alcance da cláusula inscrita no art. 150, VI, *d*, da Constituição da República, firmou entendimento no sentido de que a garantia constitucional da imunidade tributária, tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estende-se, apenas, a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, em consequência, para esse efeito, os filmes e papéis fotográficos. Precedentes.

– Posição do Relator sobre o tema: o Relator, Ministro Celso de Mello, embora reconhecendo a possibilidade de interpretação extensiva do postulado da imunidade tributária (CF, art. 150, VI, *d*), ajusta o seu entendimento (pessoal e vencido) à orientação prevalecente no Plenário da Corte (RE 203.859/SP), em respeito ao princípio da colegialidade.

– Considerações em torno da imunidade tributária, notadamente daquela estabelecida em favor de livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão. Significado e teleologia da cláusula fundada no art. 150, VI, *d*, da Constituição da República: proteção do exercício da liberdade de expressão intelectual e do direito de informação.

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 interposto pelo Estado de São Paulo e, também por unanimidade, dar provimento ao recurso deduzido pela Empresa Folha da Manhã S.A., nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 7 de março de 2006 — Celso de Mello, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se de recursos** de agravo, **tempestivamente interpostos** pelo Estado de São Paulo **e** pela Empresa Folha da Manhã S.A., **contra** decisão **que conheceu e deu parcial provimento** ao recurso extraordinário **deduzido** por referida unidade da Federação.

A decisão agravada, **apoiando-se** na jurisprudência desta Corte, **reconheceu**, em favor da Empresa Folha da Manhã S.A., a imunidade tributária **apenas** no que se refere aos filmes fotográficos, **e determinou** que a verba honorária, as custas processuais, os honorários periciais **e** demais despesas processuais **fossem distribuídos e compensados**, recíproca e proporcionalmente, entre as partes litigantes, **suportando**, cada qual, **metade** dos encargos referidos (**CPC**, art. 21, "*caput*").

O Estado de São Paulo **postula**, com o presente recurso, **o provimento integral** do apelo extremo que deduziu, **enquanto** a empresa jornalística **objetiva a exclusão** da condenação que, **fundada** no art. 21, "*caput*", do CPC, **impôs-lhe** o pagamento de **metade dos encargos** pertinentes à sucumbência.

Submeto, à apreciação desta colenda Turma, os **presentes** recursos de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Cumpre assinalar**, primeiramente, **no que concerne** ao recurso de agravo **interposto** pelo Estado de São Paulo, **que não assiste razão** a essa entidade política, **eis que** a decisão agravada **ajusta-se**, com integral fidelidade, **à diretriz jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em exame.

Com efeito, como já enfatizado na decisão ora agravada, **a controvérsia constitucional** suscitada na **presente** causa **põe em evidência** a discussão em torno da **abrangência normativa da imunidade tributária** a que se refere o art. 150, VI, "**d**", da Constituição da República.

Devo registrar, neste ponto, **conforme já destaquei** no ato decisório ora impugnado, **que dissinto**, respeitosamente, **da orientação majoritária** que tem sido observada, **no tema em análise**, **pela jurisprudência** desta Suprema Corte.

É que, **embora vencido** no julgamento **do RE 203.859/SP**, **ocasião** em que o Supremo Tribunal Federal consagrou **entendimento restritivo** a propósito da matéria em causa, **sustento** – com fundamento **em autorizada** lição doutrinária (HUGO DE BRITO MACHADO, "**Curso de Direito Tributário**", p. 248, item n. 3.12, 20. ed., 2002, Malheiros; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, "**Curso de Direito Constitucional Tributário**", p. 681, item n. 4.4.3, 17. ed., 2002, Malheiros; REGINA HELENA COSTA, "**Imunidades Tributárias**", p. 192, item n. 2.4.5, 2001, Malheiros, **v.g.**) – **a possibilidade de interpretação**

extensiva do postulado da imunidade tributária, **na hipótese prevista** no art. 150, VI, "**d**", da Constituição da República, **considerando**, para esse efeito, **a própria teleologia** da cláusula **que impõe**, ao Estado, essa específica **limitação** constitucional ao poder de tributar.

É preciso ter presente, na análise do tema em exame, **que a garantia da imunidade** estabelecida pela Constituição republicana brasileira, **em favor** dos livros, dos jornais, dos periódicos e do papel destinado à sua impressão (**CF**, art. 150, VI, "**d**"), **reveste-se** de **significativa** importância de ordem político-jurídica, **destinada** a preservar **e** a assegurar **o próprio exercício** das liberdades de manifestação do pensamento **e** de informação jornalística, **valores em função dos quais** essa prerrogativa de índole constitucional foi conferida, instituída **e** assegurada.

Não se pode desconhecer, dentro desse contexto, que as imunidades tributárias **de natureza política** destinam-se a conferir efetividade **e** a atribuir concreção a **determinados** direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas **e** às instituições. **Constituem**, por isso mesmo, **expressões** que traduzem **significativas** garantias de ordem instrumental, **vocacionadas**, **na especificidade dos fins a que se dirigem**, **a proteger** o exercício da liberdade de expressão intelectual **e** da liberdade de informação.

O instituto da imunidade tributária **não constitui** um fim em si mesmo. **Antes**, representa um poderoso **fator de contenção** do arbítrio do Estado, **na medida** em que esse postulado fundamental, **ao inibir**, constitucionalmente, o Poder Público no exercício de sua competência impositiva, **impedindo-lhe** a prática de **eventuais** excessos, **prestigia**, **favorece e tutela** o espaço em que florescem aquelas liberdades públicas.

Cumpre ter em consideração, neste ponto, **a grave advertência** lançada pelo Ministro ALIOMAR BALEEIRO ("**Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**", p. 189 e 191, 5. ed., 1977, Forense), **cujo magistério**, versando o tema da imunidade concernente a livros, jornais e revistas, **assinala**:

> ***A Constituição almeja duplo objetivo ao estatuir essa imunidade: amparar e estimular*** *a cultura através dos livros, periódicos e jornais;* ***garantir*** *a liberdade de manifestação do pensamento, o direito de crítica e a propaganda partidária (...).*
>
> *(...)* ***o imposto pode ser meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade da manifestação do pensamento****, a crítica dos governos e homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático*.
>
> (**Grifei**.)

Dentro dessa perspectiva, é preciso considerar que a garantia da imunidade **qualifica-se** como instrumento **de proteção constitucional** vocacionado **a preservar** direitos fundamentais – **como** a liberdade de informar **e** o direito do cidadão de ser informado –, **em ordem a evitar uma situação de perigosa submissão tributária** das empresas jornalísticas, **reais** destinatárias dessa especial prerrogativa de ordem jurídica, **ao poder impositivo do Estado**.

Ocorre, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, **ao interpretar**, **restritivamente**, **o alcance** da cláusula inscrita no art. 150, VI, "**d**", da Carta Política, **firmou** entendimento **no sentido** de que a garantia constitucional da imunidade tributária, **tratando-se de insumos** destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estende-se, **exclusivamente**, a materiais **que se mostrem assimiláveis ao papel**, **abrangendo**, em consequência, **para esse efeito**, os filmes e papéis fotográficos (**RTJ 167/988-989**, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO – **RE 178.863/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RE 289.370/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES, **v.g.**).

Essa diretriz jurisprudencial – **de que respeitosamente divirjo**, **como já assinalei** no início deste voto – **exclui**, do alcance tutelar da garantia constitucional **a que alude** o art. 150, VI, "**d**", da Lei Fundamental, **quaisquer outros insumos**, embora referentes ao processo de composição, impressão **e** publicação de livros, jornais e periódicos (**RE 203.124/RS**, Rel. Min. NELSON JOBIM), **tais como tintas** (**AI 307.932-AgR/SP**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RE 265.025/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES, **v.g.**), **maquinários e peças necessárias** à produção (**RE 195.576-AgR/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 203.267/RS**, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – **RE 213.688/PR**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), **equipamentos** a serem utilizados no parque gráfico (**RE 215.798/RS**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO), **tiras plásticas** (fios de polipropileno) para amarração de jornais (**RE 208.638-AgR/RS**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RE 220.154/RS**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI) **e produtos à base de solução alcalina**, para acelerar o processo de secagem da tinta, **viabilizando**, desse modo, a pronta distribuição das publicações (**RE 204.234/RS**, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Cabe ressaltar, por necessário, **que esse entendimento tem prevalecido** na jurisprudência **firmada** pelo Supremo Tribunal Federal (**RTJ 167/1050**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RE 208.466-AgR/RS**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **RE 244.698-AgR/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **v.g.**):

> ***O Supremo Tribunal Federal**, no julgamento, em Plenário, **dos RE 174.474 e 203.859**, Relator para o acórdão o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **firmou entendimento** de que a **imunidade** alcança as operações de importação de filmes e papéis fotográficos, **e**, nas decisões proferidas **nos RE 208.466 e 203.063** (Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 14-3-1997), **afastou a referida imunidade relativamente aos demais insumos gráficos**.*
> (**RE 206.076/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.)

De outro lado, no tocante ao recurso deduzido pela Empresa Folha da Manhã S.A., **reconheço que assiste razão** à empresa recorrente **no ponto** em que esta pretende **a exclusão** de sua condenação ao pagamento de **metade** da verba honorária, das custas processuais, dos honorários periciais **e** das demais despesas processuais, **acolhendo-se**, para tanto (motivação "*per relationem*"), **os fundamentos** em que se apoia a petição recursal ora em exame (fls. 152/155).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao recurso de agravo interposto pelo Estado de São Paulo (**fls. 150/151**), **e**, **adstringindo-me** aos limites materiais deduzidos no recurso **interposto** pela Empresa Folha da Manhã S.A. (fls. 152/155), **dele conheço**, **para dar-lhe provimento**, **em ordem a excluir** a condenação, **imposta** à empresa jornalística em referência, **ao pagamento** de metade dos encargos pertinentes à sucumbência (verba honorária, custas processuais, honorários periciais e demais despesas processuais).

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 327.414-AgR/SP — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravantes e Agravados: Estado de São Paulo (Advogado: Miguel Francisco Urbano Nagib – PGE/SP) e Empresa Folha da Manhã S.A. (Advogado: Orlando Molina).

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo interposto pelo Estado de São Paulo e, também por unanimidade, deu provimento ao recurso deduzido pela Empresa Folha da Manhã S.A., nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Subprocurador-Geral da República Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 7 de março de 2006 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 348.468 — MG

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Município de Cristais — Recorridos: Gisele Rocha Athaide e outros

Recurso extraordinário. 2. Nulidade de concurso declarada pela administração pública. Atos normativos julgados inconstitucionais pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 3. Invalidade e Ineficácia dos atos baseados nos dispositivos legais declarados nulos. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator (RISTF, art. 148, parágrafo único).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de Cristais/MG, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

> *Servidor público municipal. Ato do prefeito consubstanciado em decreto anulatório de concurso público e exoneratório de servidor que, nele aprovado, veio a ser nomeado e se achava em cumprimento de estágio probatório, sob justificativa da inconstitucionalidade de disposições de leis locais. Posterior ajuizamento, pela Mesa da Câmara, de ação direta de inconstitucionalidade dos referidos textos, julgada procedente pelo Tribunal de Justiça. Ordem de segurança concedida pelo juiz local. No decorrer da ação direta e antes de seu julgamento, para fim de reintegração do servidor ao fundamento da incompetência da autoridade administrativa para pronunciar a inconstitucionalidade da lei em atos da sua esfera. Sentença confirmada em reexame oficial, prejudicado recurso do Município.*

O recorrente, em suas razões de recurso (fls. 879-895), sustenta que os concursos públicos em questão foram realizados com afronta ao princípio da igualdade, garantido no *caput* do art. 5º, da Constituição da República, e também no art. 4º, *caput*; 165, § 1º; e 31 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Em contrarrazões os recorridos alegam: (a) ofensa meramente reflexa ao texto constitucional; (b) ausência de prequestionamento do princípio da

igualdade; (c) questões de direito municipal não ensejam recurso extraordinário; (d) o STF não é uma terceira instância.

O Subprocurador-Geral da República Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, sob o fundamento de incidência da Súmula 280/STF, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que acolheu o fundamento da sentença, segundo o qual o Prefeito do Município de Cristais não poderia ter exonerado os recorridos à conta de interpretação própria da inconstitucionalidade do § 5º do art. 104 da Lei Orgânica Municipal e do § 2º do art. 5º da Lei 650/1994. É que ainda se achava pendente de julgamento a ação direta de inconstitucionalidade em que foram impugnados os citados dispositivos normativos.

Verifica-se, entretanto, que a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar a ADI 86.929-7, proposta pela mesa da Câmara do Município de Cristais, declarou inconstitucionais, por ofensa ao art. 4º da Constituição Estadual, as normas que conferiam pontuação extra a todos os servidores públicos municipais, quando submetidos a concurso público, suspendendo-lhes a eficácia.

Declarada a inconstitucionalidade de uma norma, seja na ação declaratória de constitucionalidade ou na ação direta de inconstitucionalidade, deve-se reconhecer, *ipso jure*, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico, salvo se, por algum fundamento específico, puder o Tribunal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que não ocorreu no presente caso.

Aceita a ideia de nulidade da lei inconstitucional, sua eventual aplicação após a declaração de inconstitucionalidade equivale a conferir eficácia a cláusula juridicamente inexistente.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas (BARBOSA. "Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo". In: *Trabalhos jurídicos*, p. 70-1; e *O direito do Amazonas ao Acre septentrional*, v. 1, p. 103; F. CAMPOS, *Direito constitucional, 1956*, v. 1, p. 430-1; A BUZAID. *Da ação direta*, p. 130-2; NUNES. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 589). Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual "*the inconstitutional statute is not law at all*" (Cf. W. W. WILLOUGHBY. *The Constitutional Law of the United States*, v. 1, p. 9-10. Cf., também, THOMAS M. COOLEY. *Treatise on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa

tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição (Cf. BUZAID, *Da ação direta*, p. 128-32).

A recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no direito brasileiro. Também a fundamentação dogmática na chamada nulidade de pleno direito ou *ipso jure* jamais se afigurou precisa entre nós. Assim, constatou, Lúcio Bittencourt, que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem a chamada retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal (BITTENCOURT. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 141).

É o que se lê na seguinte passagem do seu magno trabalho:

> (...) as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a "sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça", não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.
>
> Não o apontam os tratadistas americanos – infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo – limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*.
>
> Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subsequentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse *força de lei* ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais, tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional (Cf., a propósito, BITTENCOURT, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 141) e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (BITTENCOURT. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, p. 144; NUNES, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 592). O constituinte de 1934 introduziu a chamada *suspensão de execução da lei* mediante intervenção do Senado Federal (art. 91, IV) com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal (Cf., a propósito, PRADO KELLY. *Discurso na Assembleia Constituinte*. In: ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. *A competência do Senado Federal para suspender a execução*

dos atos declarados inconstitucionais. RIL n. 57, 1978 [jan./mar.], p. 260; ver, também, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *RTJ* 38, p. 23, 28, 81). Esse instituto foi incorporado à Constituição de 1946 (art. 64), à Constituição de 1967/1969 (art. 42, VII) e mantido na Constituição de 1988 (art. 52, X). Esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto (FERREIRA FILHO. *Curso de direito constitucional*, p. 35; SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 52).

Não se contemplou, inicialmente, a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas *(A Proposta de Emenda à Constituição 16, de 1965, continha cláusula que outorgava eficácia erga omnes às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – As disposições de lei ou ato de natureza normativa consideradas inconstitucionais em decisão definitiva perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União [Proposta de emenda, art. 5º]. Essa disposição não foi, contudo aprovada pelo Congresso Nacional, subsistindo, pois, a necessidade de que se encaminhassem as declarações de inconstitucionalidade ao Senado Federal para que se efetivasse a suspensão de execução do dispositivo declarado inconstitucional).* O Tribunal limitava-se, tal como no controle incidental, a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade também no processo de controle abstrato de normas. A este caberia decidir sobre a definitiva suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional (*Rp 933 – liminar, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 76, p. 343*).

Posteriormente, passou o Tribunal a admitir que as decisões de inconstitucionalidade proferidas no processo de controle abstrato de normas tinham eficácia *erga omnes*, deixando, assim, de submetê-las ao Senado Federal *(Parecer do Min. Rodrigues Alckmin, de 19-6-1974 – Sessão administrativa, DJ de 16 de maio de 1977, p. 3123. Ver, também, O. A. Bandeira de Mello, "Teoria das Constituições rígidas", a980, p. 213. Em 18-4-1977, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidenter tantum. Cf. ALENCAR. "A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais", RIL, n. 57, 1978, p. 305).*

É certo que, se essa conclusão se mostrava incensurável para a sentença de inconstitucionalidade – até porque, do contrário, ter-se-ia o esvaziamento completo do instituto –, haveria de ser aplicada, igualmente, à eventual declaração de constitucionalidade.

Somente em 1977 o Supremo Tribunal Federal deixou assente que, ao contrário da decisão proferida na *representação interventiva*, a pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes (Parecer do Min. Rodrigues Alckmin, de 19-6-1974, DJ de 16-5-1977, p. 3124).* Essa orientação foi fixada em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal *(Parecer do Min. Moreira Alves, de 11-11-1975, DJ de 16-5-1977,*

p. 3123; v., também, O. A. Bandeira de Mello, "Teoria das Constituições rígidas", p. 213). Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e independia, portanto, de qualquer fundamento legal *(Parecer do Min. Moreira Alves, de 11-11-1975, DJ de 16-5-1977, p. 3123).*

Desde então, não mais se coloca em dúvida, na doutrina e na jurisprudência, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas *(Em favor da tese da anulabilidade da lei inconstitucional, confira-se, porém, o excelente trabalho de Regina Maria Macedo Nery Ferrari. "Efeitos da declaração de inconstitucionalidade", 3. ed., São Paulo, 1992, p. 98; Cf., a propósito, J. A. da Silva. "Curso de direito constitucional positivo", p. 51-2).* Uma alteração posterior do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deixou assente que, apenas na hipótese de decisão proferida no controle incidental de normas, estava a Corte obrigada a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade (art. 178 do RISTF na versão de 15-10-1980).

A doutrina passou a admitir que a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade, no controle abstrato de normas, tem hierarquia constitucional. Sustenta-se, com base no argumento *a contrario*, lastreado no art. 52, X, da Constituição, que a suspensão da aplicação da lei inconstitucional pelo Senado Federal é exigida apenas nos casos de declaração incidental de inconstitucionalidade *(J. A. da Silva. "Curso de direito constitucional positivo", p. 52; Ferreira Filho. "Curso de direito constitucional", p. 33-5).* A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, consagrou expressamente a eficácia contra todos como uma qualidade da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade (art. 28, parágrafo único).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se identificar tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade.

Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas *(RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 795).*

A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo (*assim, também, Pontes de Miranda. "Comentários à Constituição Federal de 1967/69", v. 3, p. 619*). Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público (*RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 795*). Esse

seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, ficasse configurada quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé (*RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 795*).

É interessante registrar a síntese da argumentação desenvolvida pelo eminente Ministro Leitão de Abreu:

> Hans Kelsen, enfrentando o problema, na sua *General Theory of Law and State*, inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei inconstitucional. Consigna ele, em nota que figura à p. 160, desse livro: *The void ab initio theory is not generally accepted. Cf. for instance Chief Justice Hughes in Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308, U. S. 371 (1940). The best formulation of the problem is to be found in Wellington et al. Petitioners, 16 Piock. 87 (Mass., 1834), at 96: "Perhaps, however, it may be well doubted whether a formal act of legislation can ever with strict legal propriety be said to be void; It seems more consistent with the nature of the subject, and the principles apliccable to analogous cases, to treat it as voidable"*. Com base nessa orientação jurisprudencial, escreve o famoso teórico do direito: "A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado 'nulo'. Donde não se tratar de decisão 'declaratória', não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação, uma anulação com força retroativa, pois se faz mister haver legalmente existente a que a decisão se refira. Logo o fenômeno em questão não pode ser algo nulo *ab initio*, isto é, o não ser legal. É preciso que esse algo seja considerado como uma força anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula *ab initio*" (Ob. cit., p. 161).
>
> Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo (RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, *RTJ* 782, p. 791/795).

Essa posição não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade *ipso jure (Cf. RE 93.356, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 97, p. 1369)*, até porque, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o

princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição (*Rp 980, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 96, p. 508*).

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado formular essa conclusão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional *(Cf. RE 103.619, Rel. Min. Oscar Corrêa, RDA 160, p. 80 et seq*).

Na Assembleia Constituinte de 1986-1988, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação. O Projeto, do Senador Maurício Corrêa estabelecia, *verbis*:

> Art. 127. (...)
> (...)
> § 2º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória.

Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4º, da Constituição portuguesa ("Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2"), foi rejeitado (Cf., a propósito, J. Néri da Silveira. *A dimensão política do Judiciário*, Arquivos do Ministério da Justiça 173, p. 55).

Preservou-se, assim, orientação que considera nula *ipso jure* e *ex tunc* a lei inconstitucional.

O poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, *a*, *b* e *c*) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, *a*) *(Cf., a propósito, Rp 980, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 96, p. 508).*

Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional, quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional

(mediante interposição de recurso extraordinário) demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional.

Em certos casos, o efeito necessário e imediato da declaração de nulidade de uma norma, na declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, há de ser a exclusão de toda ultra-atividade da lei inconstitucional. A eventual eliminação dos atos praticados com fundamento na lei inconstitucional terá de ser considerada em face de todo o sistema jurídico, especialmente das chamadas *fórmulas de preclusão.*

Na espécie, com a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal local, dos atos normativos que conferiam pontuação extra a todos os servidores públicos municipais, quando submetidos a concurso público, atribuindo-lhes 40% da pontuação total das provas, entendo que o ato do prefeito não violou direito líquido e certo dos impetrantes.

Assim, conheço e dou provimento ao recurso extraordinário, para denegar a segurança. Sem honorários advocatícios (Súmula 512/STF).

EXTRATO DA ATA

RE 348.468/MG — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Município de Cristais (Advogados: José Nilo de Castro e outros). Recorridos: Gisele Rocha Athaide e outros (Advogados: Luiz Carlos Balbino Gambogi e outro).

Decisão: Deu-se provimento ao recurso. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Não participou do julgamento a Ministra Ellen Gracie. Presidiu este julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

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.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 375.715 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Embargante: Serviço Social da Indústria – SESI/DN — Embargado: Distrito Federal

Constitucional. Tributário. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Pretensão de reforma do julgado. Imunidade. IPTU. Art. 150, VI, *c*, da CF/1988. Terreno baldio. Finalidade essencial. SESI. Súmula 724/STF. Inaplicabilidade. Omissão. Inexistência.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, diante do nítido caráter infringente.

2. Terrenos baldios sem vinculação às finalidades essenciais da entidade afastam a imunidade prevista no art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal. Precedentes.

3. Decisão fundamentada, contrária aos interesses da parte, não constitui ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

4. 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 Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, converter os embargos de declaração em agravo regimental, e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 31 de agosto de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de embargos de declaração opostos em decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário contra acórdão que afastou a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *c*, § 4º, da Constituição Federal, incidente sobre terreno baldio, nos seguintes termos (fls. 391-392):

> Esta Corte, no julgamento do RE 98.382, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 12-11-1982, firmou a orientação no sentido de que terreno baldio não está vinculado às finalidades essenciais da entidade a ser tributada, o que afasta a imunidade.

2. O embargante alega, em síntese (fls. 395-396), que houve omissão quanto à apreciação do mérito recursal, referente à aplicação do art. 150, VI, *c*, § 4º, da Carta Magna e da Súmula 724/STF, invocada pela Procuradoria-Geral da República.

3. Instado a se manifestar (fl. 398), o embargado requereu a manutenção da decisão impugnada (fls. 401-407).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. Preliminarmente, apesar de o ora recorrente sustentar a ocorrência de omissão nos presentes embargos de declaração, é evidente o seu caráter infringente, razão por que recebo como agravo regimental os embargos de declaração e, como tal, passo a apreciá-los.

2. A decisão impugnada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

3. Inicialmente, no que tange à suposta ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal, verifico que o acórdão contém motivação suficiente e adequada. O fato de ter sido contrário aos interesses da parte não configura ofensa ao referido dispositivo constitucional. Nesse sentido: RE 535.315-AgR-ED/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, unânime, *DJE* de 22-5-2009; e AI 557.074-AgR/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, *DJE* de 22-6-2007.

Sobre o assunto, ressalte-se, ainda, que esta Corte tem o seguinte entendimento: "o que a Constituição exige, no inciso IX, do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada" (RE 430.637-AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 23-9-2005).

4. Quanto ao mérito, assevero que a decisão proferida pelo meu ilustre antecessor, Ministro Gilmar Mendes (fls. 391-392), fundou-se em entendimento desta Turma, a qual, ao interpretar o art. 150, VI, *c*, e § 4º, da Constituição Federal, assentou que "são devidos tributos municipais sobre terreno baldio de propriedade de autarquia" (RE 98.382/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 12-11-1982). No mesmo sentido, entre outros, o RE 251.772/SP, Segunda Turma, de minha relatoria, *DJ* de 29-8-2003.

5. Ademais, o Tribunal *a quo* afastou a imunidade tributária por considerar que o imóvel de propriedade do recorrente encontra-se desocupado, e, portanto, não estaria diretamente vinculado ao cumprimento de suas finalidades institucionais. É o que se depreende do voto condutor do acórdão dos embargos de declaração, cujo trecho transcrevo (fls. 286-290):

> Como se vê, o v. acórdão detectou a restrição no texto constitucional. E, consabidamente, o amplexo da lei ordinária não poderá alcançar maior amplidão que o lindeiros traçados pela Carta Política. Daí porque o v. acórdão não cuidou, nem poderia fazê-lo, da elasticidade dos diplomas legais enfocados. Se é que as normas invocadas pelo embargante concedem benefício que vai além das fronteiras traçadas pela Carta Magna, não de ser interpretadas dentro dos limites que a Constituição Federal estabeleceu.

E a maioria que participou do julgamento dos embargos infringentes entendeu que terreno baldio não está imune à tributação, porque não corresponde à atividade essencial da embargante.

6. Assevere-se, por fim, que também não há que falar em aplicação da Súmula 724/STF, por ser inaplicável à espécie dos autos, dado que, não obstante refira-se à imunidade de imóvel locado a terceiro, traz em seu bojo a exigência de que o produto dos aluguéis seja revertido às atividades essenciais das entidades referidas pelo art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal.

7. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

RE 375.715-ED/DF — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Embargante: Serviço Social da Indústria – SESI/DN (Advogados: Elizabeth Homsi e outro). Embargado: Distrito Federal (Advogada: PG/DF – Tatiana Ferreira Tamer Lyrio).

Decisão: Embargos de declaração convertidos em agravo regimental, a que se nega provimento. Decisão unânime. Ausentes, neste julgamento, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, licenciado, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 31 de agosto de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 399.307 — MG

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Agravante: Estado de Minas Gerais — Agravado: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Senador Firmino – SAAE

Constitucional. Tributário. Imunidade recíproca. Autarquia. Serviço público de água e esgotamento. Atividade remunerada por contraprestação. Aplicabilidade. Art. 150, § 3º, da Constituição.

Processual civil. Agravo regimental.

1. Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, para evitar pressões políticas entre entes federados ou para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza.

2. É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).

3. O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, *a*, e § 2º e § 3º, da Constituição). A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão.

Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.

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, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de março de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de agravo regimental interposto de decisão que tem o seguinte teor:

> *Decisão:* Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição) interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que considerou o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Senador Firmino (SAAE) sujeito ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).
>
> Sustenta-se, em síntese, aplicação da imunidade tributária recíproca (art. 150, IV, *a*, da Constituição).
>
> Nos termos de orientação firmada por esta Corte, a imunidade tributária recíproca se aplica à renda, ao patrimônio e aos serviços diretamente relacionados às atividades inerentes ao Estado e ao interesse público em sentido estrito. Em sentido diverso, se a entidade, posto que estatal ou ligada de alguma forma ao Estado, desempenha atividade econômica, a imunidade tributária recíproca não lhe é aplicável.
>
> Registro, neste sentido, os seguintes precedentes:
>
> "*Ementa: Processual civil. Ação cível originária. Decisão monocrática que indefere antecipação de tutela. Agravo regimental. Constitucional. Tributário. Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Exame da índole dos serviços prestados. Diferenciação entre serviços públicos de prestação obrigatória e serviços de índole econômica. Art. 150, VI, a, e § 3º, da Constituição*. Em juízo cautelar, reputa-se plausível a alegada extensão da imunidade recíproca à propriedade de veículos automotores destinados à prestação de serviços postais. Precedentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental conhecido e provido."
> (**ACO 765-AgR**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, *DJ* de 15-12-2006.);
>
> "*Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Autarquia federal – Incra. Imunidade tributária: não configuração do exercício de atividade econômica. Precedente. Desnecessidade do reexame de provas. Agravo regimental ao qual se nega provimento.*"
> (**RE 248.824-AgR**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* 213 de 13-11-2009.);
>
> "*Ementa*: Agravo regimental em ação cível originária. 2. Decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada, nos termos do RE 407.099-5/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 6-8-2004. 3. Suspensão da exigibilidade da cobrança de ICMS sobre o serviço de transporte de encomendas realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). 4. Este Tribunal possui firme entendimento no sentido de que a imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, *a*, da CF, estende-se à ECT (ACO 765-1-AgR/RJ, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, *Informativo STF* 443). 5. A controvérsia sobre a natureza jurídica e a amplitude do conceito dos serviços postais prestados pela ECT está em debate na ADPF 46. 6. Agravo regimental desprovido."
> (**ACO 1.095 MC-AgR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, *DJE* 78 de 2-5-2008.);
>
> "*Ementa*. Incra. Imunidade tributária. Exploração de unidade agroindustrial. Ausência de configuração de atividade econômica capaz de impor o

regime tributário próprio das empresas privadas. 1. A atividade exercida pelo Incra, autarquia federal, não se enquadra entre aquelas sujeitas ao regime tributário próprio das empresas privadas, considerando que a eventual exploração de unidade agroindustrial, desapropriada, em área de conflito social, está no âmbito de sua destinação social em setor relevante para a vida nacional. 2. A imunidade tributária só deixa de operar quando a natureza jurídica da entidade estatal é de exploração de atividade econômica. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido."

(**RE 242.827**, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, *DJE* 202 de 24-10-2008.);

"*Ementa: Constitucional. Tributário. Imunidade tributária recíproca. Autarquia estadual*. IPTU. CF, art. 150, VI, *a*, § 2º. I – A imunidade tributária recíproca dos entes políticos – art. 150, VI, *a* – é extensiva às autarquias no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. CF, art. 150, VI, *a*, § 2º. Precedentes. II – Agravo não provido."

(**RE 302.585-AgR**, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 28-10-2004.)

No caso em exame, trata-se de **autarquia** destinada a prestar serviços essenciais de fornecimento de água e esgotamento público.

Portanto, o acórdão recorrido **divergiu** da orientação firmada por esta Corte.

Ante o exposto, **conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento.**

Sem honorários (Súmula 512/STF).

Publique-se.

Brasília, 1º de dezembro de 2009 — Joaquim Barbosa, Relator.

(Fls. 155-157.)

O Estado agravante sustenta, em síntese, impossibilidade de conhecimento do recurso extraordinário por ausência de prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF) e inaplicabilidade da imunidade tributária recíproca às entidades que cobram contraprestação pelos serviços (art. 150, § 3º, da Constituição).

Mantenho a decisão agravada e submeto o recurso ao conhecimento da Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Inconsistente o recurso.

O acórdão recorrido decidiu a matéria com base em exclusivo argumento constitucional, relativo à impossibilidade de aplicação da imunidade tributária às entidades que cobram pela prestação de seus serviços (art. 150, § 3º, da Constituição). Por seu turno, o recurso extraordinário debateu o mesmo ponto, ao afirmar que "o impetrante não visa o lucro e o que arrecada tem por finalidade, exatamente, possibilitar o seu funcionamento, com a própria administração pública, diferentemente das empresas públicas, de economia mista, concessionários e permissionárias" (fl. 110).

Quanto à questão de fundo, registro, por oportuno, o teor do art. 150, § 3º, da Constituição:

> Art. 150. (...)
> § 3º As vedações do inciso VI, *a* [refere-se à imunidade tributária recíproca], e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, **relacionados com exploração de atividades econômicas** regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que **haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário**, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.
> (Grifei.)

Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, (i) para evitar pressões políticas entre entes federados ou (ii) para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza.

Para proteger o pacto federativo, a norma de imunidade define negativamente a competência tributária dos entes federados. **Como a proteção de um ente federado é feita em detrimento do direito fundamental de outro ente federado à tributação**, somente as materialidades ligadas inexoravelmente ao exercício de funções estatais e de estritos serviços públicos estão abrangidas pelo benefício. Em uma sociedade caracterizada pela livre-iniciativa de mercado e pela concorrência, as atividades de exploração econômica denotam inequívocos signos presuntivos de riqueza, e, portanto, não escapam à tributação pela circunstância de serem desempenhadas pelo Estado em qualquer de suas manifestações.

Uma terceira dimensão da imunidade recíproca se desdobra das duas dimensões expostas[1] e da proibição constitucional à discriminação (arts. 150, VI, § 2º e § 3º; e 173 da Constituição).

A imunidade recíproca opera como um instrumento de proteção de instrumentalidades estatais, e, portanto, não pode ter como efeito jurídico colateral o desequilíbrio das condições de concorrência econômica, nem tampouco o benefício de entidade particular, voltada à exploração econômica e lucrativa de qualquer objeto.

Essa proibição foi expressamente positivada nos arts. 150, § 3º e § 4º; e 173, § 2º, da Constituição de 1988.

Como testemunhava **Aliomar Baleeiro**[2], o sistema jurídico brasileiro contém o mecanismo da imunidade recíproca desde a Constituição de 1891, então elaborado sob a influência da Doutrina das Imunidades Tributárias Implícitas, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América a partir do conhecido precedente *McCulloch v. Maryland*. A orientação norte-americana tem parâmetro na *Supremacy Clause* e na ausência do poder de tributar quando

---

1 Isto é, a salvaguarda do pacto federativo e a expressão do princípio da capacidade contributiva.

2 P. 246-250.

também ausente a legitimidade de representação política, mas alguns dos debates realizados por aquela Corte aproveitam à experiência brasileira.

Aliás, a evolução do entendimento norte-americano sobre a matéria registra uma preocupação crescente acerca do alcance da imunidade recíproca e da extensão de privilégios às entidades particulares. Com efeito, em uma série de precedentes, a Suprema Corte daquele país reverteu o centenário entendimento anterior, que era baseado na constatação de que "qualquer tributo sobre as receitas auferidas por uma parte em função de um contrato firmado com o Estado equivalia a um tributo 'sobre' o Estado, pois a exação onerava a capacidade do estado para contratar"[3].

Como ponderou o *Justice* Stone (cf. *Helvering v. Gerhardt,* 304 US 421 1937), que agora relembro com a necessária cautela, a imunidade não pode redundar na desoneração de particulares do dever de contribuir financeiramente à manutenção do Estado, apenas para garantir uma vantagem teórica ao membro do pacto federativo, tão especulativa em sua essência e medida a ponto de ser insubstancial (cf., *v.g*., os precedentes *Graves v. N.Y. ex rel. O´Keefe,* 306 U.S. 483 1938[4] e *South Carolina v. Baker,* 485 US 505 1987).

Entre nós, **Aliomar Baleeiro** já sustentava que:

> Toda vez que a imunidade for inútil, porque o tributo, pela sua natureza ou por seus efeitos econômicos, não atinge os meios de ação da pessoa de direito público, mas apenas a particulares, que razoavelmente devem suportar o gravame, não há por que excluí-los à sombra do art. 19, III, *a* [da EC 01/1969, que dispunha sobre a imunidade recíproca].
>
> (...)
>
> Uma aplicação rígida e literal do princípio do art. 19, III, *a*, já tem ensejado decisões dificilmente compatíveis com os fins políticos protegidos pela Constituição nesse dispositivo. Não parece que se ajustam à análise teleológica do estatuto supremo, por exemplo, julgados que liberaram particulares do pagamento do imposto territorial porque ocupavam terrenos foreiros ou cedidos pela União.[5]

Registro, ainda, semelhante opinião de Misabel Derzi quanto à extensão da imunidade recíproca, textualmente:

---

[3] Interpretação dada pelo *Chief Justice Rehnquist*, durante o julgamento do caso *South Carolina v. Baker* (485 US 505 1987), sobre o precedente *Pollock v. Farmers´Loan & Trust Co.* (157 US 429 1895).

[4] Assim se prounciou o Justice Stone: "*It was further pointed out that, as applied to the taxation of salaries of the employees of one government, the purpose of the immunity was not to confer benefits on the employees by relieving them from contributing their share of the financial support of the other government, whose benefits they enjoy, or to give an advantage to a government by enabling it to engage employees at salaries lower than those paid for like services by other employers, public or private, but to prevent undue interference with the one government by imposing on it the tax burdens of the other. […] The Court concluded that the claimed immunity would do no more than relieve the taxpayers from the duty of financial support to the national government in order to secure to the state a theoretical advantage, speculative in character and measurement and too unsubstantial to form the bases of an implied constitutional immunity from taxation.*"

[5] P. 259.

> (...) a imunidade recíproca não beneficia particulares, terceiros que tenham direitos reais em bens das entidades públicas, nem créditos ou rendas de outrem contra tais entidades como queria Pontes de Miranda – cessando os "odiosos" privilégios de funcionários públicos, magistrados, parlamentares ou militares; não se estende, pelos mesmos fundamentos, aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos relativamente ao bem imóvel.
> (BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed., at. Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 295.)

Portanto, é aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais:

1) Não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva);

2) Não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).

No caso em exame, a cobrança de tarifas é irrelevante (cf. os precedentes relativos à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – *e.g.*, a ACO 959, Rel. Min. Menezes Direito, Pleno, *DJE* 88, de 16-5-2008; e à Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) – *e.g.*, o RE 253.394, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJ* de 11-4-2003).

Ante o exposto, conheço do agravo regimental, **mas a ele nego provimento.**

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 399.307-AgR/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Agravante: Estado de Minas Gerais (Advogado: Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais). Agravado: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Senador Firmino – SAAE (Advogada: Helta Yedda Torres Alves da Silva).

Decisão: Negado provimento. Votação unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 16 de março de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 503.372 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Agravante: Município do Rio de Janeiro — Agravada: Sobrare Servemar S.A.

Processual civil. Agravo regimental.

Constitucional. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. ISS. Contrato de afretamento de embarcação na modalidade "a casco nu". Acórdão recorrido que entendeu presente a prestação potencial e efetiva de serviços circundantes. Erros materiais e de classificação jurídica.

Matéria infraconstitucional. Prescrição e legitimidade ativa para repetição de indébito. Inadmissibilidade de exame em recurso extraordinário.

1. Nos termos da Súmula Vinculante 31, "é inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis".

2. Para afirmar a tributabilidade de operação de afretamento de embarcação na modalidade "a casco nu", o TJ/RJ considerou que este tipo de atividade costuma implicar na prestação de outros serviços (logística). Entendeu, também, que as cláusulas contratuais indicavam a efetiva prestação deste tipo de serviços.

2.1 Como a constituição do crédito tributário é atividade administrativa plenamente vinculada, presunções e ficções de senso comum, não expressamente autorizadas em lei, não podem ser usadas para motivar ou fundamentar juízo pela incidência de norma tributária. Potencial de realização do fato gerador não pode substituir, pura e simplesmente, a constatação da efetiva ocorrência do fato jurídico tributário.

2.2 Evidentes erros material e de classificação jurídica. O acórdão recorrido inverteu as posições contratuais, ao considerar a empresa agravada como afretadora (que, segundo a lei e o próprio contrato, é a parte que recebe a embarcação para uso), e não como proprietária ou fretadora (parte que cede o uso da embarcação).

3. A decisão agravada, ao reverter o acórdão recorrido, conforma-se rigorosamente com a orientação desta Corte sobre a matéria.

4. Matéria relativa à prescrição e à legitimidade ativa, tal como postas no quadro fático-jurídico, tem alçada infraconstitucional e não desafiam a interposição de recurso extraordinário.

Agravo regimental ao qual se nega provimento.

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 de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de abril de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: É este o teor da decisão com que dei provimento ao recurso extraordinário:

> Trata-se de recurso extraordinário em que se busca a reforma de acórdão afastando a incidência do ISS sobre a locação de bens móveis.
>
> O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 116.121 (Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 25-5-2001), considerou inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços –ISS sobre os contratos de locação de bens móveis. Assim ficou redigida a ementa do acórdão:
>
> "*Figurino constitucional*. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.
>
> *Imposto Sobre Serviços – Contrato de locação*. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – art. 110 do Código Tributário Nacional."
>
> No mesmo sentido são ainda as seguintes decisões: AI 485.707-AgR (Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 10-12-2004) e RE 413.098-AgR (Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 1º-4-2005).
>
> Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.
>
> Do exposto, e nos termos do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil e do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dou provimento ao recurso. A parte ora recorrida arcará com os ônus da sucumbência.

Dessa decisão interpõe-se agravo regimental em que se alega que a decisão agravada merece ser reformada, porquanto não se trata, no caso, de simples entrega do bem locado, mas também de prestação de serviços aos seus clientes, como assistência técnica, seguro de embarcação e suporte logístico. Além disso, sustenta-se que na decisão agravada não houve pronunciamento a respeito de questões como a ilegitimidade ativa para a ação de repetição de indébito, prescrição, e juros.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Sem razão a parte agravante.

Quanto ao mérito, por ocasião do julgamento do RE 116.121 (Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 25-5-2001), o Plenário do Supremo Tribunal Federal Corte entendeu, por maioria, que Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) não deve incidir sobre operações de locação de bens móveis.

A decisão agravada confirma a orientação então firmada pela Corte, reiterada em diversos precedentes (cf., *v.g.*, o AI 543.317-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, *DJ* de 10-3-2006; o AI 551.336-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 3-3-2006; o AI 485.707-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 10-12-2004; e as seguintes decisões monocráticas, o AI 535.229, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 18-4-2006; e o AI 570.457, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 17-3-2006). Mantenho, portanto, a decisão agravada quanto ao ponto.

Ademais, recentemente, esta Corte adotou súmula vinculante, de minha proposição, afastando qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade desta incidência, *in verbis*:

> *Súmula Vinculante 31: É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.*

Em relação à possível caracterização de parte da atividade desempenhada pelo contribuinte como prestação de serviços, de modo a afastar o entendimento da Corte, observo que esta foi uma das ponderações que levei ao Plenário durante os debates que antecederam a adoção da Súmula Vinculante 31[1].

Ocorre que a caracterização de parte da atividade como prestação de serviços não pode ser meramente pressuposta, dado que a constituição do crédito tributário é atividade administrativa plenamente vinculada, que não pode destoar do que permite a legislação (proibição do excesso da carga tributária) e o próprio quadro fático (motivação, contraditório e ampla defesa). Neste sentido, a presunção de validade de certidão de dívida ativa e do próprio lançamento está inexoravelmente ligada à solidez da motivação do processo administrativo tributário. Também não pode o Poder Judiciário lançar mão de presunções e ficções senão nas hipóteses expressamente autorizadas em lei.

---

[1] Trecho dos debates: "*O Sr. Ministro Joaquim Barbosa*: Eu não vejo prejuízo na supressão dessa expressão. A minha preocupação foi em relação àquelas situações em que a prestação de serviço vem escamoteada sob a forma de locação. Por exemplo: locação de maquinário, e vem o seu operador. Nessa hipótese, muito comum.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Então, esse caso aí é a prestação de serviço típica, não é a locação de móvel como tal.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Pois é, mas a prestação é escamoteada aí.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas a pergunta é a seguinte: existem, neste caso, locação de móvel e prestação de serviço, ou existem ambas?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Tem as duas coisas, mas o que aparece é só a locação de móveis.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Então a locação de móvel não tem incidência, mas a prestação de serviço tem."

No caso em exame, o contrato de afretamento é da modalidade "**a casco nu**", legalmente definido como o "contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação" (art. 2º, I, da Lei 9.432/1997). Sem prejuízo do hipotético risco de desvio em cada caso, os contratos de afretamento a casco nu tendem a se assimilar à locação de bens móveis sem a prestação de serviços independentes.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que havia a potencial e a efetiva prestação de serviços independentes.

Contudo, o acórdão-recorrido contém grave erro material e de classificação legal. À fl. 1034, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro alude ao parecer oferecido pelo Ministério Público em Primeira Instância para concluir pela presença de serviços acessórios no contrato de afretamento de casco nu.

O trecho relevante tem o seguinte teor:

> O recurso não merece provido [sic]. Com efeito, conforme lembrado pelo culto Promotor de Justiça, empresas que exploram esse ramo de negócio, além da mera locação, oferecem diversos serviços ao locatário, como assistência técnica, seguro de embarcação e suporte logístico, o que extrapola, e muito, a simples entrega do bem locado.
>
> Efetivamente, a leitura das cláusulas 5.3 e 5.4 do contrato demonstra a existência de obrigações da locadora, que, não podendo ser dissociadas da locação, configuram fato gerador do imposto sobre serviços.
>
> (Fl. 1034.)

O parecer do Ministério Público aponta que as cláusulas 5.3 e 5.4 estão à fl. 35.

Eis o teor das cláusulas contratuais tidas como relevantes para desate do quadro:

> 5.2 – Caberá à *Afretadora* providenciar, por sua conta e risco, a reparação de eficiência para a realização de manobras de navios, de defeitos, de funcionamento irregular ou precário ou de estado de conservação precário que tenham sido constatados por ocasião da vistoria de devolução (*Off Hire Survey*), ressalvados o desgaste natura do tempo em que tenha sido usada ou causas determinantes da deficiência para as quais a *Afretadora* não tenha concorrido.
>
> 5.4 – A *Afretadora* manterá e restituirá a *Embarcação*, seus pertences, aparelhos e acessórios em boas condições de conservação e de funcionamento, ressalvado o desgaste natura do tempo que tenha sido usada no afretamento. Caberá à *Afretadora*, ressalvado o disposto na Cláusula 10, reparar as suas custas, no menor espaço de tempo possível, qualquer avaria e substituir qualquer peça, pertence, aparelho e acessório perdido ou avariado, devendo as substituições serem feitas por peça, pertence, aparelho e acessório do mesmo modelo, marca ou fabricante, a menos que a *Proprietária* autorize, previamente e por escrito, em contrário.
>
> (Fl. 35.)

O acórdão recorrido inverteu os papéis da *Afretadora* (parte que contrata os serviços) e da *Fretadora* (proprietária da embarcação que coloca o bem à disposição da interessada). Basta conferir as partes contratantes: a empresa agravada é a *proprietária* e a *Companhia Vale do Rio Doce* é a afretadora. Ademais, a definição é estabelecida pela Lei 9.432/1994.

Vale dizer, o acórdão recorrido atribuiu erroneamente à empresa agravada obrigações assumidas pela contratante.

Assim, não apenas o acórdão recorrido partiu de presunção de senso comum desprovida de base factual (generalização) e legal, bem como, ao classificar juridicamente o quadro fático, confundiu as partes contratantes.

A decisão agravada está em conformidade estrita com os precedentes da Corte.

Quanto às questões relativas à prescrição e à legitimidade ativa para a repetição de indébito, trata-se de matéria infraconstitucional, insuscetível de exame no recurso extraordinário.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 503.372-AgR/RJ — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Agravante: Município do Rio de Janeiro (Advogado: José Eduardo Cavalcanti de Albuquerque). Agravada: Sobrare Servemar S.A. (Advogados: Vitor Rogério da Costa e outro).

Decisão: Negado provimento. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello 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. Mário José Gisi.

Brasília, 6 de abril de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.572 — BA

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Embargante: Telemar Norte Leste S.A. — Embargado: Albérico Sampaio do Lago Pedreira

Embargos de declaração. Recurso extraordinário. Ausência de omissão no acórdão embargado. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação às controvérsias submetidas aos juizados especiais estaduais. Reclamação para o Superior Tribunal de Justiça. Cabimento excepcional enquanto não criado, por lei federal, o órgão uniformizador.

1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada.

2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais.

3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização.

4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.

5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

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, na Presidência do Ministro Gilmar Mendes, por maioria de votos, acolher os embargos de declaração para prestar os esclarecimentos constantes do voto da Relatora e determinar a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

Brasília, 26 de agosto de 2009 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Eis o teor da decisão embargada:

> *Telefonia. Cobrança de pulsos além da franquia. competência da Justiça estadual. Matéria que se insere no âmbito de cognição dos juizados especiais. Ilegitimidade passiva da Anatel. Caráter infraconstitucional da matéria que envolve análise do contrato de concessão.*
>
> 1. Por não figurar na relação jurídica de consumo, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) carece de legitimidade para compor o polo passivo de ação movida pelo particular, usuário de serviço de telefonia móvel, contra a concessionária.
>
> 2. Ausente participação da autarquia federal, sob qualquer das hipóteses previstas no art. 109, I, da Constituição, a competência é da Justiça estadual.
>
> 3. Em se tratando de demanda que se resolve pela análise de matéria exclusivamente de direito, a dispensar instrução complexa, cabível seu processamento no Juizado Especial.
>
> 4. Reveste-se de natureza infraconstitucional a matéria relacionada à relação de consumo e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.
>
> 5. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido.
>
> (Fl. 224.)

2. Em seus embargos (fls. 227-237), a Telemar Norte Leste S.A. alega omissão na decisão embargada quanto à análise da violação ao art. 98, I, da Constituição Federal, sob o argumento de que se trata de demanda de interesse transindividual, o que afasta a conclusão deste Tribunal no sentido de ser a presente causa de menor complexidade.

3. Questiona a aplicação da Súmula 357/STJ às demandas ajuizadas perante os Juizados Especiais, argumentando a necessidade de este Supremo Tribunal resolver a questão aqui discutida, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não detém competência para julgar matéria que tenha origem nos Juizados Especiais estaduais.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Não há qualquer omissão a suprir. Todas as questões suscitadas pela embargante no recurso extraordinário foram devidamente apreciadas.

2. No acórdão embargado, relatado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, esta Corte confirmou a jurisprudência anteriormente firmada sobre a discriminação nas contas telefônicas dos pulsos além da franquia, no sentido de tratar-se de questão infraconstitucional.

3. Na mesma oportunidade, determinou-se que a competência para julgar o feito seria da Justiça estadual, dada a ausência de manifestação expressa de interesse jurídico ou econômico pela agência reguladora (Anatel).

4. Além disso, definiu-se que a matéria está no âmbito de competência dos Juizados Especiais, em virtude da ausência de complexidade probatória.

5. Quanto à extensão da aplicação da Súmula 357/STJ no âmbito dos Juizados Especiais, são necessárias algumas considerações.

A citada Súmula 357 foi aprovada no Superior Tribunal de Justiça em 25-6-2008 com a seguinte redação:

> A pedido do assinante, que responderá pelos custos, é obrigatória, a partir de 1º de janeiro de 2006, a discriminação de pulsos excedentes e ligações de telefone fixo para celular.

O presente recurso extraordinário, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, foi julgado neste Plenário na sessão de 8-10-2008.

O STJ, no último dia 27 de maio, revogou a Súmula 357, em decorrência de nova regulamentação realizada pela Anatel, na qual foi determinado o detalhamento gratuito de todas as ligações.

Dessa forma, embora tenha revogado a súmula, o STJ manteve o entendimento em relação à obrigatoriedade da discriminação de pulsos excedentes. Na verdade, a revogação deveu-se ao fato de a redação da súmula prever ônus ao assinante que desejasse ter sua conta discriminada. Essa oneração ficou expressamente afastada pela nova regulamentação de telefonia.

No tocante à extensão da aplicação da Súmula 357/STJ, esta Suprema Corte já teve a oportunidade de se manifestar quanto ao importante papel exercido pelo Superior Tribunal de Justiça no exame da legislação infraconstitucional. No julgamento do AI 155.684-AgR, o Relator, Ministro Celso de Mello, consignou que:

> O legislador constituinte, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, atribuiu-lhe, dentre outras eminentes funções de índole jurisdicional, a prerrogativa de uniformizar a interpretação das normas federais infraconstitucionais.

A perplexidade manifestada pelo embargante decorre do fato de que, embora seja responsável pelo exame da legislação infraconstitucional, o STJ não

aprecia recurso especial contra decisão proferida no âmbito dos juizados especiais. As querelas de pequeno valor são submetidas às Turmas Recursais, sua instância revisora.

No âmbito da Justiça Federal, a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional foi preservada com a criação da Turma de Uniformização pela Lei 10.259/2001. Ressalte-se que essa Turma poderá ser provocada quando a decisão proferida pela Turma Recursal contrariar a jurisprudência dominante no STJ.

Além disso, caso a decisão da Turma de Uniformização também contrarie a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda é cabível a provocação daquela Corte, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 10.259/2001.

Entretanto, não existe previsão legal de órgão uniformizador da interpretação da legislação federal para os juizados especiais estaduais, podendo, em tese, ocorrer a perpetuação de decisões divergentes da jurisprudência do STJ.

Essa lacuna poderá ser suprida com a criação da turma nacional de uniformização da jurisprudência prevista no Projeto de Lei 16/2007, de iniciativa da Câmara dos Deputados e ora em trâmite no Senado Federal.

Todavia, enquanto não for criada a Turma de Uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal. Tal situação, além de provocar insegurança jurídica, acaba provocando uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.

Veja-se, por exemplo, o caso de empresas como a embargante, que muitas vezes prestam serviços em várias unidades da Federação. A permanecer a atual situação, é grande o risco de surgirem, em relação ao mesmo tema, decisões favoráveis e outras desfavoráveis cuja existência concomitante poderia provocar, em tese, verdadeira inviabilidade técnica, no que diz respeito ao cumprimento delas todas.

Desse modo, até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda que se dê à reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da CF amplitude suficiente à solução do impasse.

A história da reclamação e o *status* constitucional que lhe deu a Carta de 1988 são indicativos de que não se trata de singelo instituto processual, a ser utilizado no bojo de uma relação processual visando à prestação jurisdicional por parte do Estado, que irá, por seu órgão judiciário, aplicar o direito a um caso concreto. Trata-se, sim, na dicção de José Frederico Marques, de "um desdobramento das atribuições jurisdicionais que são conferidas, constitucionalmente, àqueles Tribunais. Inserindo-se, assim, no campo do Direito Processual Constitucional, pode a ordem jurídica, mediante normas regimentais, criar providências dessa natureza para a garantia de observância de julgados em

que interfere, até mesmo, o guardião supremo e último da própria Lei Magna"[1]. Trata-se de instrumento destinado a dar efetividade a decisões prolatadas em última instância pelas Cortes de jurisdição nacional: o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, e o Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação federal.

Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, o próprio Superior Tribunal de Justiça afastará a divergência com a sua jurisprudência, quando a decisão vier a ser proferida no âmbito dos juizados especiais estaduais.

6. Em face do exposto, **acolho** os embargos apenas para prestar esses esclarecimentos.

Comunique-se ao eminente Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, encontro dificuldade em acompanhar a Relatora. Realmente, há um impasse, no que não se chega ao Superior Tribunal de Justiça, que sabemos conhecer do especial por discrepância jurisprudencial e caminhar no sentido de emprestar concretude ao direito posto, que é de abrangência nacional, e também não existe, ao contrário do que ocorre com os juizados especiais federais, um órgão capaz de uniformizar a jurisprudência das turmas recursais, ainda que haja turmas recursais em estados.

Mas indago: neste caso concreto, em que a própria Relatora assentou, no início de seu voto, a ausência de omissão, de contradição e de obscuridade no acórdão bem redigido por Sua Excelência, podemos abrir caminho para, preenchendo a lacuna legal, dirimir a controvérsia? A meu ver, não. Estamos impossibilitados de fazê-lo, porque os embargos declaratórios não se prestam a essa finalidade; não se prestam a provocar o Órgão para que atue como se fosse um órgão destinado a formalizar respostas a consultas.

O que a Telemar acaba fazendo com esses embargos declaratórios – e, a meu ver, o instrumental, repito, não é próprio, porque não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão, a matéria jamais foi colocada antes para julgamento pelo Colegiado – é buscar solução para o problema revelado por decisões conflitantes conforme a turma recursal julgadora.

Senhor Presidente, peço vênia para simplesmente desprover os declaratórios.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A questão que se coloca de alguma forma já estava explícita e implícita no recurso extraordinário, porque nele a recorrente, quando trouxe o material ao Supremo, buscava o esclarecimento desse tema, por isso inclusive o pedido de repercussão geral.

---

[1] *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1. ed. atualizada, 2000, v. IV, p. 315-316.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): A alternativa seria o Supremo Tribunal Federal examinar a questão infraconstitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Qual foi a conclusão no acórdão? Não se conheceu do recurso extraordinário?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Nós não conhecemos, entendemos que a matéria era infraconstitucional, a não ser quanto à competência, salvo engano.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não se tendo conhecido, a dificuldade é enorme.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Só marcamos a competência.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Só marcamos a competência dos juizados especiais.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Isso, definimos que havia competência, portanto reconhecemos a questão constitucional apenas nessa dimensão.

O tema de fato é novo e acho que está a nos desafiar em termos de criatividade. Eu até falava há pouco *de lege ferenda*, há um projeto em tramitação no Congresso Nacional para tratar, talvez, da mesma forma os juizados.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Eu refiro no meu voto, o projeto está em tramitação agora no Senado, já foi aprovado na Câmara.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não se pode nem aplicar o Código de Processo Civil quanto à uniformização da jurisprudência, porque a competência em tal campo é do Tribunal. E as Turmas não estão submetidas ao tribunal local. Não se chega ao tribunal local.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E o vazio legislativo aqui, com a tendência inclusive de ampliação da importância dos juizados especiais, pode criar uma ameaça para a unidade do direito federal. Quer dizer, à medida que avança o sistema dos juizados especiais – nós sabemos da importância deles, hoje, nessas matérias; nós não estamos falando mais de milhares, mas de milhões de processos –, corremos o risco de ter a erosão da competência do STJ.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Presidente, as questões enfrentadas pelos juizados especiais são basicamente de natureza infraconstitucional. A grande, grande maioria é infraconstitucional e não há possibilidade de acesso ao órgão máximo, uniformizador da jurisprudência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Até sustento a necessidade de adotarmos uma flexibilização maior no julgamento do extraordinário, em se tratando de impugnação a acórdão de turma recursal, porque não se tem o acesso ao Superior Tribunal de Justiça.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): A solução proposta, Presidente, evidentemente é temporária, até que a omissão legislativa seja sanada e seja estabelecida esta turma uniformizadora dos juizados especiais. Mas, enquanto isso não ocorre, parece-me que o sistema permite a utilização da reclamação, porque o que

estará fazendo o STJ senão resguardando autoridade de uma decisão sua. Jurisprudência consolidada, já sumulada e só deixou de sê-lo – fiz questão de deixar registrado em meu voto – porque a atual regulamentação da Anatel é mais benéfica e retira aquela obrigatoriedade de arcar com custas que era prevista na súmula.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu vou pedir vênia para não acompanhar a eminente Relatora, atento aos limites materiais, aos limites objetivos dos próprios embargos de declaração.

Sua Excelência, no início do seu belo voto, deixou assentado que o acórdão – até lavrado, redigido por Vossa Excelência – não padecia de nenhum dos motivos justificadores dos embargos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sem querer poupar o Presidente, no que redigiu o acórdão!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ou seja, os pressupostos de embargabilidade não estão presentes. A ementa que Vossa Excelência redigiu é interessante, porque, parece-me, abona a tese do Ministro Marco Aurélio dissentindo da Relatora.

> *Ementa: Telefonia. Cobrança de pulsos além da franquia. Competência da Justiça estadual. Matéria que se insere no âmbito de cognição dos juizados especiais. Ilegitimidade passiva da Anatel. Caráter infraconstitucional da matéria que envolve análise do contrato de concessão*.

Ou seja, realmente esse acórdão não é omisso, não é obscuro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há o envolvimento de tema constitucional. Vamos adentrar matéria que é mais do que matéria de fundo, para solucionar "n" casos e sugerir uma forma de uniformização!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Embora o excelente voto da eminente Relatora, sou pelo conhecimento do recurso e seu desprovimento. Ou seja, rejeição dos embargos.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Outra forma para a solução proposta pela Ministra Ellen Gracie seria fazer uma revisão do próprio modelo, pelo menos em *obiter dictum*, para admitir recurso especial contra essas decisões. Mas isso seria, na verdade, um regresso, pois a reclamação tem um caráter seletivo e permite ao STJ a preservação de sua competência enquanto órgão que uniformiza a interpretação do direito federal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, no tocante a manifestações, pronunciamentos dos juizados especiais, não se tem como concluir que a decisão do juizado especial, da turma recursal, esteja a discrepar de certa decisão do Superior Tribunal de Justiça, porque, relativamente a essas decisões, não se

chega ao Superior Tribunal de Justiça. Não haverá um precedente, um acórdão do Superior Tribunal de Justiça para o cotejo, dizendo-se que foi desrespeitado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro, pode ocorrer de, por exemplo, em outro processo, o STJ ter-se manifestado contra interpretação do dispositivo discutido e aí haver discrepância não em relação aos processos dos juizados especiais, mas à interpretação de um dado tema do direito federal. Essa a questão que se coloca.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, e foi observado o rito ordinário com decisão do Tribunal de Justiça de origem.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Sim.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. Em que houve, por exemplo, recurso especial ou até súmula.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, a dificuldade está nos embargos declaratórios em que, de início, assentamos inexistência de omissão, obscuridade ou contradição, mas se adentra o tema, principalmente considerado um acórdão que implicou o não conhecimento do recurso extraordinário.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, quero entender bem a solução da eminente Relatora. Vossa Excelência está sugerindo que o Superior Tribunal de Justiça...

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): É. Esse tipo de dificuldade pode, no meu entendimento, ser resolvido mediante manejo de reclamação endereçada ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que é aquela Corte quem tem a atribuição de interpretar o Direito federal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Essa sinalização do Supremo é muito forte.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência não está transformando embargos de declaração em nada.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Está fazendo uma sugestão em *obiter dictum*.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Não. Apenas estou dizendo que a solução consentânea com o sistema judiciário brasileiro seria esta: o Superior de Justiça tem atribuição de interpretar a legislação infraconstitucional – quanto a isso não há dúvida – de modo que, firmada a sua interpretação sobre uma determinada tese de direito, poderia ela ser invocada, nesta circunstância específica, enquanto não temos um órgão uniformizador das turmas recursais. Não se aplicaria à Justiça Federal porque esta já tem um órgão uniformizador.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência não está entendendo. Pode caber reclamação para o STJ. Só isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, fosse o caso, simplesmente encaminharia a embargante a um grande escritório de advocacia.

Estaremos a atuar como órgão consultivo em processo no qual não conhecemos do extraordinário?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas é que, a propósito da dúvida suscitada pela embargante, nós estamos dando uma resposta que, embora não integre obscuridade do acórdão, dá uma resposta.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): O Tribunal tem uma responsabilidade grande que vai além do julgamento objetivo de causas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exato. Estamos apontando inclusive a existência de decisões contrárias ao entendimento perfilhado pelo STJ e a falta de remédio processual adequado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar a Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: A solução preconizada pela eminente Ministra Relatora é engenhosa, uma vez que supre uma omissão que...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É o sistema.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? Vamos admitir que realmente seja formalizada uma reclamação e venha o Superior Tribunal de Justiça a acolher o pedido. Implicará o quê? A cassação de uma decisão da Turma Recursal, quando esse Tribunal não tem competência para apreciar o acerto ou desacerto de pronunciamento de Turma Recursal. Mais uma dificuldade em se sinalizar e, quando o Supremo sinaliza de uma forma, evidentemente essa será acolhida. Daí o risco de adentrarmos o campo mediante instrumento inclusive impróprio, como são os embargos declaratórios.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Contribuindo para que o STJ cumpra a missão constitucional de órgão de uniformização do direito federal.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): De interpretação do direito federal.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Só que nós sempre nos valemos de reclamação para um caso específico; e aqui vai ser para uma matéria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O mais interessante é que não se chega ao Superior na via da recorribilidade e se chegará mediante um sucedâneo recursal, ou seja, a reclamação!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas isso se dará quase como que num processo objetivo para resolver um tema.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): O vácuo é que não convém ao sistema, a falta de solução para essa hipótese.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O que temos com a omissão do Parlamento? Que venha a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Como construiu a doutrina do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também compreendo, às completas, as fundamentações trazidas pelo Ministro Marco Aurélio.

Acho, realmente, que o sistema, na sua ortodoxia, dificultaria a própria cognoscibilidade dos embargos de declaração nessa dimensão. Mas, ao mesmo tempo, também eu já apontava as graves dificuldades por que passa o sistema. Mantido esse modelo rígido, corremos inclusive o risco de termos uma erosão do papel do STJ, enquanto órgão judicial de uniformização da interpretação do direito federal. Nesse sentido, é fácil apostar que, em termos de massa de processos, os juizados especiais passarão a ter maior intensidade na provocação do que os processos que fluem pelas vias ordinárias.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Teríamos a aplicação analógica, de forma indireta, da lei dos juizados federais.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Algo em torno disso, porque ali também, no passado, falávamos que o recurso extraordinário da Lei 10.259 – até brinquei um dia – era o recurso extraordinário do "b", porque era um recurso extraordinário que incidia – como a Ministra Cármen Lúcia acaba de observar – sobre o tema e não sobre cada um dos processos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Que é o encaminhamento, inclusive, que tem sido dado aqui.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E o engraçado é que aquele modelo tornou-se o atual modelo inspirador do nosso recurso extraordinário, agora com a repercussão geral, com estas novas regras dos recursos de caráter repetitivo, dos recursos de massa.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Está dentro do sistema. É algo coerente com o sistema.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, na linha do que o Ministro Celso de Mello disse, o que a Ministra Ellen Gracie propõe é maior efetividade e maior concretude da jurisdição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E é uma interpretação finalística que está a coincidir com o papel substancial do STJ.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Que é fixado pela Constituição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E um papel relevantíssimo de órgão de uniformização de interpretação do direito federal.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Presidente, se Vossa Excelência me permite, eu gostaria apenas de agregar mais uma informação.

Embora o recurso seja aviado, no caso, pela companhia, esse tipo de solução que o Tribunal, agora, acolhe, na verdade, beneficia os assinantes do serviço de telefonia, porque, como vimos, o teor da súmula era garantidor do seu direito de ver discriminados os pulsos nas contas que recebem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Embora com ônus.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Perfeitamente, e essa é a exata orientação do Superior Tribunal de Justiça, que, agora, terá essa força mais ampliada.

EXTRATO DA ATA

RE 571.572-ED/BA — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Embargante: Telemar Norte Leste S.A. (Advogados: Bárbara Gondim da Rocha e outros). Embargado: Albérico Sampaio do Lago Pedreira (Advogada: Daniela da Hora Santana).

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu os embargos de declaração para prestar os esclarecimentos constantes do voto da Relatora e determinou a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Eros Grau e, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

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

Brasília, 26 de agosto de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 599.194 — CE

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Agravante: Município de Fortaleza — Agravado: Colégio Batista Santos Dumont

Tributário. Imunidade. Entidade de educação. Alegada descaracterização de propósito assistencial ou filantrópico. Serviços alegadamente providos aos grupos sociais mais abastados e capazes de pagar altas mensalidades.

Lançamento tributário. Caráter vinculado. Observância da regra da legalidade e dos princípios do devido processo legal e da capacidade contributiva. É dever da entidade fiscal demonstrar a desproporção entre a atividade assistencial aos mais necessitados e o benefício tributário.

Processual civil. Agravo regimental.

1. Por respeito à regra da legalidade, à indisponibilidade do interesse público e da propriedade, a constituição do crédito tributário deve sempre ser atividade administrativa plenamente vinculada. É ônus da Administração não exceder a carga tributária efetivamente autorizada pelo exercício da vontade popular. Assim, a presunção de validade *juris tantum* do lançamento pressupõe que as autoridades fiscais tenham utilizado os meios de que legalmente dispõem para aferir a ocorrência do fato gerador e a correta dimensão dos demais critérios da norma individual e concreta, como a base calculada, a alíquota e a sujeição passiva.

2. Considerada a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, de que haveria comprovação a favor da entidade agravada sobre sua alegada filantropia, competia ao Município agravante indicar que, durante o procedimento de constituição do crédito tributário, ou no curso dos embargos à execução fiscal, a atividade assistencial desenvolvida era desproporcional ou irrisória em relação ao benefício constitucional recebido, de modo a escamotear atividade educacional voltada exclusivamente a agraciar determinado segmento social mais abastado.

3. Ausentes tais dados, aplica-se a orientação da Súmula 279/STF.

Agravo regimental ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de setembro de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de agravo regimental interposto da seguinte decisão:

> **Decisão**: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição) interposto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará cuja ementa possui o seguinte teor:
>
> "*Direito tributário e constitucional. IPTU. Execução fiscal. Embargos do devedor. Imunidade de estabelecimento de ensino. Requisitos do art. 14, do CTN. Satisfação. Lançamento de ofício. Alegação de falta de notificação. Inexistência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do embargante. Extinção da execução.*
>
> (1) A imunidade tributária, de que trata o art. 150, inciso VI, letra *c*, da Carta da República, depende para cuja concessão do atendimento aos requisitos relacionados no art. 14, do CTN, por parte das instituições legitimadas ao benefício.
>
> (2) São eles (a) não distribuir receitas, rendas ou patrimônio entre seus sócios ou dirigentes; (b) aplicar seus recursos integralmente no país; (c) manter escrituração contábil de acordo com as formalidades legais.
>
> (3) Na hipótese dos autos, colhe-se que a satisfação a tais pressupostos legais, se fez à custa de farta documentação composta de certidões estatais, balanços contábeis, fotos, auditorias, certificados de fins filantrópicos, recibos de doações, declarações, notas fiscais, dentre outras peças, além do laudo pericial levado a cabo por profissional contador nomeado pelo juiz monocrático, a quem coube analisar os livros da instituição de ensino, tendo este claramente sinalizado na direção do pleno atendimento dos requisitos exigidos para a concessão da imunidade fiscal em trato.
>
> (4) Nulidade da execução que também exsurge dos autos, de par com a manifesta violação ao princípio da ampla defesa, ante a inexistência de prova em contrário, sobre a alegação de falta de notificação do executado, para impugnar o procedimento administrativo de lançamento do imposto, disso resultando veemente a omissão sobre fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (art. 333, II, CPC). Sentença confirmada."
>
> (Fls. 281-282.)
>
> Alega-se violação do disposto no art. 150, VI, *c*, e § 4º, da Constituição federal.
>
> O recurso não merece seguimento.
>
> Verifico que concluir diversamente do Tribunal *a quo* demandaria o prévio exame do quadro fático probatório e da legislação infraconstitucional, o que é

vedado no âmbito de cognição do recurso extraordinário, por força do disposto nas Súmulas 279 e 636 desta Corte.

Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.

Publique-se.

(Fls. 376-377.)

Sustenta-se, em síntese, ser desnecessário reabrir instrução probatória, na medida em que a questão de fundo e prejudicial consiste em se decidir se a imunidade tributária aplica-se apenas às instituições de ensino que se propõem a prestar seus serviços de forma universal e gratuita.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Em que pesem as razões expostas no agravo regimental, **neste caso**, a decisão agravada mantém-se por seus próprios fundamentos.

O Tribunal de origem utilizou fundamentos específicos para considerar a entidade recorrida imune:

> No caso em concreto, como se pode observar, a Fazenda Pública do Município de Fortaleza esposa que tais pressupostos nem de longe foram satisfeitos pelo apelado [refere-se ao art. 14 do CTN], à simples constatação sobre se tratar de escola voltada a suprir as necessidades educacionais das camadas mais abastadas da sociedade cearense, pelo que não poderia ser enquadrada entre as instituições sem fins lucrativos, às quais o legislador constituinte originário outorgou subvenção tributária em destaque como forma de incentivo à consecução de seus objetivos sociais, assim também por falecer-lhes capacidade para contribuir.
>
> Tal verberação, entretanto, não encontra ressonância nos autos, mercê da farta documentação trazida a lume pela entidade embargante, composta de recibos de doações, fotos, certidões das mais diversas, inclusive, expendidas por órgãos estatais, testificando sobre seus fins filantrópicos, além de numerosos balanços contábeis, a cargo de empresa auditora, com reputação ilibada no mercado, comprovando observância aos requisitos supra expostos, tudo corroborado pelo laudo pericial de fls. 116/126.
>
> (Fl. 286.)

Por respeito à regra da legalidade, à indisponibilidade do interesse público e da propriedade, a constituição do crédito tributário deve sempre ser atividade administrativa **plenamente vinculada** (art. 3º do Código Tributário Nacional). É ônus da Administração não exceder a carga tributária efetivamente autorizada pelo exercício da vontade popular. Assim, a presunção de validade *juris tantum* do lançamento pressupõe que as autoridades fiscais tenham utilizado os meios de que legalmente dispõem para aferir a ocorrência do fato gerador e a correta dimensão dos demais critérios da norma individual e concreta, como a base calculada, a alíquota e a sujeição passiva.

Considerada a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, de que haveria comprovação a favor da entidade agravada sobre sua alegada filantropia,

competia ao município-agravante indicar que, durante o procedimento de constituição do crédito tributário, ou no curso dos embargos à execução fiscal, a atividade assistencial desenvolvida era desproporcional ou irrisória ao benefício constitucional recebido (*e.g.*, proporção entre mensalidades recebidas e renúncia com bolsas de estudo integrais ou parciais à população **realmente** desprovida de recursos), de modo a escamotear atividade educacional voltada exclusivamente a agraciar determinado segmento social mais abastado. Afinal, como se diz à fl. 381:

> Se realmente fosse o sentimento de caridade que movesse estes cidadãos, não seria este colégio frequentado apenas pela elite cearense capaz de arcar com dispendiosas mensalidades. Seria, ao menos, distribuídos às pessoas carentes (e não somente àqueles que possam dar retorno à instituição, como os esportistas, melhores alunos) bolsas de estudos que viabilizassem a sua presença nesta escola.
>
> Sendo assim, o Recorrido não presta seus serviços de uma maneira geral, abrangendo qualquer da sociedade que precise, mas, pelo contrário, só atinge uma pequena minoria que pode arcar com as altas mensalidades desta pseudoinstituição.

Assim, embora a **tese** do Município agravante seja consistente e mereça maior reflexão, a necessária obediência ao caráter vinculado do processo de lançamento tributário atrai a aplicação ao caso da Súmula 279/STF.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 599.194-AgR/CE — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Agravante: Município de Fortaleza (Advogado: Procurador-Geral do Município de Fortaleza). Agravado: Colégio Batista Santos Dumont (Advogados: Schubert de Farias Machado e outro).

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 14 de setembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

DECISÕES MONOCRÁTICAS

MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA 28.801 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Impetrante: Antonio Horácio da Silva Neto — Impetrado: Relator do PAD 200910000019225 do Conselho Nacional de Justiça

Conselho Nacional de Justiça. Jurisdição censória. Apuração da responsabilidade disciplinar de magistrados. Legitimidade da imposição, a eles, de sanções de índole administrativa. A responsabilidade dos juízes: uma expressão do postulado republicano. Caráter nacional do Poder Judiciário. Autogoverno da magistratura: garantia constitucional de caráter objetivo. Exercício prioritário, pelos tribunais em geral, do poder disciplinar quanto aos seus membros e aos juízes a eles vinculados. A questão das delicadas relações entre a autonomia constitucional dos tribunais e a jurisdição censória outorgada ao Conselho Nacional de Justiça. Existência de situação de tensão dialética entre a pretensão de autonomia dos tribunais e o poder do Conselho Nacional de Justiça na estrutura central do aparelho judiciário. Incidência do princípio da subsidiariedade como requisito legitimador do exercício, pelo Conselho Nacional de Justiça, de uma competência complementar em matéria correcional, disciplinar e administrativa. Papel relevante, nesse contexto, porque harmonizador de prerrogativas antagônicas, desempenhado pela cláusula de subsidiariedade. Competência disciplinar e poder de fiscalização e controle do Conselho Nacional de Justiça: exercício, pelo CNJ, que pressupõe, para legitimar-se, a ocorrência de situações anômalas e excepcionais registradas no âmbito dos tribunais em geral (hipóteses de inércia, de simulação investigatória, de procrastinação indevida e/ou de incapacidade de atuação). Presença cumulativa, na espécie, dos requisitos configuradores da

plausibilidade jurídica e do *periculum in mora*. Suspensão cautelar da eficácia da punição imposta pelo Conselho Nacional de Justiça, consistente em aposentadoria compulsória do magistrado, por interesse público (CF, art. 93, VIII, c/c o art. 103-B, § 4º, III). Medida liminar deferida.

Decisão: Trata-se de **mandado de segurança**, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra deliberação que o Conselho Nacional de Justiça **proferiu** nos autos **do Processo Administrativo Disciplinar** 200910000019225, Rel. Cons. IVES GANDRA, **consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 773/775):

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA SOCORRER LOJA MAÇÔNICA – ENVOLVIMENTO DE JUÍZES – ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS (CF, ART. 37) E AOS DA IMPARCIALIDADE, TRANSPARÊNCIA, INTEGRIDADE, DIGNIDADE, HONRA E DECORO DO CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA, A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO (LOMAN, ART. 56, II) DE PARTE DOS JUÍZES ENVOLVIDOS.

1. A Administração Pública se pauta pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros *(CF, art. 37). O Juiz se pauta, em sua conduta, pelos princípios da imparcialidade, transparência, integridade, dignidade, honra e decoro (Código de Ética da Magistratura Nacional).*

2. Fere de morte os referidos princípios e o sentido ético do magistrado: a) a escolha discricionária*, por parte do Presidente do TJ-MT, assistido por juiz auxiliar que se encarregava dessa tarefa, dos juízes que irão receber parcelas atrasadas, pautando-se pela avaliação subjetiva do administrador da "necessidade" de cada um;* ***b) o pagamento das referidas parcelas*** *sem emissão de contra-cheque, mediante simples depósito em conta do magistrado contemplado, que desconhece a que título específico recebe o montante depositado;* ***c) o direcionamento de montante maior do pagamento*** *de parcelas atrasadas aos integrantes da administração do Tribunal (****constituindo****, no caso do Vice-Presidente e do Corregedor-Geral,* ***verdadeiro pagamento de "cala a boca"****, em astronômicas somas,* ***para não se oporem*** *ao "esquema") e aos magistrados que poderiam emprestar o valor recebido à Loja Maçônica "Grande Oriente do Estado do Mato Grosso", presidida pelo Presidente do Tribunal e integrada por seus juízes auxiliares, que procederam às gestões para obter empréstimos de outros magistrados (que funcionaram como verdadeiros "laranjas", ou seja, meros intermediadores do repasse das quantias pagas), visando a socorrer financeiramente a referida Loja, pelo desfalque ocorrido em Cooperativa de Crédito por ela instituída;* ***d) o cálculo*** *"****inflacionado****" dos atrasados abrangendo período prescrito, com adoção de índices de atualização* ***mais favoráveis*** *aos beneficiários* ***e incluindo*** *rubricas indevidas ou com alteração posterior do título pelos quais as mesmas verbas eram pagas.*

3. Hipótese de aposentadoria compulsória dos Requeridos, proporcional *ao tempo de serviço,* ***a bem*** *do serviço público,* ***nos termos*** *dos arts. 42, V, e 56, II, da Loman,* ***por patente atentado*** *à moralidade administrativa* ***e*** *ao que deve nortear a conduta ética do magistrado, quando da montagem de verdadeiro "esquema" de direcionamento de verbas públicas à Loja Maçônica GEOMT em dificuldades financeiras.*

Processo Administrativo Disciplinar julgado procedente.

(**Grifei**.)

Tenho para mim, ainda que em juízo **de sumária** cognição, **que a análise** da questão **pertinente** à competência do Conselho Nacional de Justiça, **não obstante** revestida de natureza constitucional, **propõe**, **sugere e estimula** algumas reflexões, **notadamente se se considerar** a existência, nesse contexto, de notória situação *de tensão dialética* **que põe em confronto**, de um lado, **a autonomia institucional** do Poder Judiciário **e**, de outro, **o poder censório** outorgado a órgão (o CNJ) **posicionado** *na estrutura central* do aparelho de Estado.

O alto relevo político-jurídico desse tema **é também magnificado** pela delicada questão **que envolve a interferência**, na esfera orgânica de intimidade da magistratura local, **de instituição** (o CNJ), que, **embora** incorporada ao aparato judiciário (**CF**, art. 92, I-A), **representa** *elemento estranho*, **no plano estadual**, ao respectivo sistema de organização judiciária.

É certo que a EC 45/2004, **ao instituir** o Conselho Nacional de Justiça, **definiu-lhe** um núcleo **irredutível** de atribuições, **além daquelas** que lhe venham a ser conferidas pelo Estatuto da Magistratura, **assistindo-lhe o dever-poder** de efetuar, **no plano** da atividade **estritamente** administrativa **e** financeira do Poder Judiciário, **o controle** do "*cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*" (**CF**, art. 103-B, § 4º).

Para tanto, a EC 45/2004 **previu** meios instrumentais **destinados** a viabilizar **o pleno** exercício, pelo Conselho Nacional de Justiça, de sua jurisdição censória, **cabendo destacar**, dentre **os diversos** instrumentos de ativação de sua competência administrativa, **aquele que lhe permite** "*receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário (...), **sem prejuízo** da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa*" (**CF**, art. 103-B, § 4º, III).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.367/DF (**RTJ** 197/839-840), **bem explicitou** referidas atribuições, **indicando-lhes** a sua própria razão de ser, **como resulta claro** de fragmento do voto **então** proferido pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO, **Relator** da causa:

> ***A segunda modalidade de atribuições** do Conselho **diz respeito** ao controle "do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes" (art. 103-B, § 4º). **E tampouco** parece-me hostil à imparcialidade jurisdicional.*
>
> ***Representa expressiva conquista** do Estado democrático de direito, **a consciência** de que mecanismos de responsabilização dos juízes **por inobservância** das obrigações funcionais **são também imprescindíveis** à boa prestação jurisdicional. (...).*
>
> ***Entre nós**, é coisa notória **que os atuais** instrumentos orgânicos de controle ético-disciplinar dos juízes, **porque** praticamente circunscritos às corregedorias, **não são de todo eficientes**, sobretudo nos graus superiores de jurisdição (...).*
>
> ***Perante esse quadro** de relativa inoperância dos órgãos internos **a que se confinava** o controle dos deveres funcionais dos magistrados, **não havia nem há** por onde deixar de curvar-se ao cautério de Nicoló Trocker: "o privilégio da*

substancial irresponsabilidade do magistrado não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar, em troca da independência dos seus juízes". (...).

***Tem-se**, portanto, **de reconhecer**, como imperativo do regime republicano **e** da própria inteireza e serventia da função, **a necessidade** de convívio permanente **entre** a independência jurisdicional **e instrumentos de responsabilização** dos juízes que não sejam **apenas** formais, **mas que cumpram**, com efetividade, **o elevado papel** que se lhes predica. (...).*

(**Grifei**.)

Corretíssima a afirmação, **constante** desse douto pronunciamento do eminente Ministro CEZAR PELUSO, de que a "*responsabilização dos juízes*" **traduz verdadeiro** "*imperativo do regime republicano*".

É de irrecusável procedência, pois, **a asserção** segundo a qual **a responsabilidade** dos agentes públicos, **aqui incluídos** os magistrados, **tipifica-se**, num sistema constitucional de poderes limitados, como uma das cláusulas **essenciais** à configuração mesma **do primado da ideia republicana** (**RTJ** 162/462-464, Rel. p/ o ac. Min. CELSO DE MELLO), **que se opõe – em função de seu próprio conteúdo –** às formulações teóricas **ou** jurídico-positivas que proclamam, **nos regimes monárquicos**, a absoluta irresponsabilidade pessoal do Rei **ou** do Imperador, **tal como ressaltado** por JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 203, item n. 267, 1958, Ministério da Justiça – DIN).

Embora inquestionável a posição de grande eminência dos magistrados no contexto político-institucional emergente de nossa Carta Política, **impõe-se reconhecer**, *até mesmo como decorrência necessária do princípio republicano*, **a possibilidade de responsabilizá-los** pelos atos ilícitos **ou** transgressões funcionais que eventualmente venham a praticar no desempenho de seu ofício.

Na realidade, **a consagração** do *princípio da responsabilidade* dos agentes públicos em geral **configura** "*uma conquista fundamental da democracia e, como tal, é elemento essencial da forma republicana democrática que a Constituição brasileira adotou (...)*" (PAULO DE LACERDA, "**Princípios de Direito Constitucional Brasileiro**", p. 459, item n. 621, vol. I).

Desse modo, **a sujeição** *dos magistrados* as consequências jurídicas de seu próprio comportamento **revela-se** inerente e consubstancial **ao regime republicano**, que constitui, **no plano** de nosso ordenamento positivo, uma das mais relevantes decisões políticas fundamentais **adotadas** pelo legislador constituinte brasileiro.

A forma republicana de Governo, **analisada** em seus aspectos conceituais, **faz instaurar**, portanto, **como já o proclamou** esta Suprema Corte (**RTJ** 170/40-41, Rel. p/ o ac. Min. CELSO DE MELLO), **um regime de responsabilidade** a que se devem submeter, **de modo pleno**, dentre **outras** autoridades estatais, os magistrados em geral.

O princípio republicano, que outrora constituiu um dos núcleos imutáveis das Cartas Políticas promulgadas **a partir** de 1891, **não obstante** sua plurissignificação conceitual, **consagra**, a partir da ideia central que lhe é subjacente, **o**

dogma de que **todos os agentes públicos –** os magistrados, inclusive – **são responsáveis perante a lei** (WILSON ACCIOLI, "**Instituições de Direito Constitucional**", p. 408/428, itens ns. 166/170, 2. ed., 1981, Forense; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 518/519, 10. ed., 1995, Malheiros; MARCELO CAETANO, "**Direito Constitucional**", vol. II/239, item n. 90, 1978, Forense, **v.g.**).

Cumpre destacar, nesse contexto, **o magistério irrepreensível** do saudoso GERALDO ATALIBA ("**República e Constituição**", p. 38, item n. 9, 1985, **RT – Grifei**), **para quem** a noção de responsabilidade **traduz** um consectário natural **do dogma republicano**:

> ***A simples menção*** *ao termo república já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si,* ***sugerindo*** *a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar.* ***Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial.*** (**Grifei**.)

Não se questiona, por tal razao, **até mesmo** em respeito *ao dogma republicano*, a possibilidade constitucional de o Conselho Nacional de Justiça **fazer instaurar**, em sede originária, procedimentos disciplinares **contra** magistrados locais **nem se lhe nega** a prerrogativa, *igualmente* constitucional, de avocar procedimentos de natureza administrativo-disciplinar.

Impõe-se, contudo, ao Conselho Nacional de Justiça, **para legitimamente** desempenhar suas atribuições, **que observe**, *notadamente* quanto ao Poder Judiciário **local**, a autonomia político-jurídica que a este e reconhecida **e** que representa verdadeira pedra angular ("*cornerstone*") **caracterizadora** do modelo federal **consagrado** na Constituição da República.

É certo, no entanto, que tal afirmação – **em tudo compatível** com a organização federativa que rege, *constitucionalmente*, entre nós, a forma de Estado – **não** conflita **com o perfil nacional** que o Poder Judiciário **ostenta** no sistema institucional brasileiro, **tal como o reconhecem** eminentes doutrinadores (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "**Instituições de Direito Processual Civil**", vol. I/333-334, item n.128, 6. ed., 2009, Malheiros; JOAO MENDES DE ALMEIDA JR., "**Direito Judiciário Brasileiro**", p. 47, item n. V, 1960, Livraria Freitas Bastos S.A.; CASTRO NUNES, "**Teoria e Prática do Poder Judiciário**", p. 77/78, item n. 7, 1943, Forense; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**Manual de Direito Processual Civil**", p. 194/199, item n. 70, 2. ed., 1998, Millennium; ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CANDIDO RANGEL DINAMARCO, "**Teoria Geral do Processo**", p. 195, item n. 97, 26. ed., 2010, Malheiros, **v.g.**), **cujas lições refletem-se** na própria jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria (**ADI 3.367/DF**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **v.g.**).

Não obstante a dimensão nacional em que se projeta o modelo judiciário **vigente** em nosso País, **não se pode deixar de reconhecer** que os corpos judiciários locais, **por qualificarem-se** como coletividades autônomas institucionalizadas, **possuem** um núcleo de autogoverno que lhes é próprio **e que**, por

isso mesmo, **constitui** expressão **de legítima** autonomia **que deve** ser *ordinariamente* preservada, **porque**, ainda que admíssivel, e **sempre** extraordinária a possibilidade de interferência, *neles*, de organismos posicionados **na estrutura central** do Poder Judiciário nacional.

É por tal motivo que se pode afirmar **que o postulado da subsidiariedade** representa, nesse contexto, **um fator de harmonização e de equilíbrio** entre situações que, **por exprimirem** estados de *polaridade conflitante* (**pretensão** de autonomia **em contraste com tendência** centralizadora), *poderão* dar causa a **grave** *tensão dialética*, **tão** desgastante **quão** igualmente lesiva para os sujeitos **e** órgãos em relação de frontal antagonismo.

Em uma palavra: **a subsidiariedade**, enquanto **síntese** de um processo dialético **representado** por diferenças e tensões **existentes** entre elementos contrastantes, **constituiria**, sob tal perspectiva, cláusula **imanente** ao próprio modelo constitucional **positivado** em nosso sistema normativo, **apta a propiciar** solução de *harmonioso* convívio **entre** o autogoverno da Magistratura **e** o poder de controle e fiscalização outorgado ao Conselho Nacional de Justiça.

Disso resulta que o exercício, pelo Conselho Nacional de Justica, **da competência disciplinar** que lhe foi atribuída **dependeria**, para legitimar-se, **da estrita** observância *do postulado da subsidiariedade*, **de tal modo** que a atuação desse órgão devesse *sempre* supor, dentre **outras** situações anômalas, **(a) a inércia** dos Tribunais na adoção de medidas de índole administrativo-disciplinar, **(b) a simulação** investigatória, **(c) a indevida** procrastinação na prática dos atos de fiscalização e controle **ou (d) a incapacidade** de promover, *com independência*, procedimentos administrativos destinados a tornar efetiva a responsabilidade funcional dos magistrados.

Isso significaria que o desempenho da atividade fiscalizadora (**e** eventualmente punitiva) do Conselho Nacional de Justiça **deveria** ocorrer **somente** nos casos em que os Tribunais – **havendo tido a possibilidade** de exercerem, *eles próprios*, a competência disciplinar **e** correcional de que se acham *ordinariamente* investidos – **deixassem** de fazê-lo (*inércia*) **ou pretextassem** fazê-lo (*simulação*) **ou demonstrassem** incapacidade de fazê-lo (*falta de independência*) **ou**, ainda, dentre **outros** comportamentos evasivos, **protelassem**, sem justa causa, o seu exercício (*procrastinação indevida*).

Dessa maneira, **a incidência** do postulado da subsidiariedade, **como requisito legitimador** da prática concreta, pelo Conselho Nacional de Justiça, de uma *competência complementar* **em matéria** correcional, disciplinar **e/ou** administrativa, **não só harmonizaria** o exercício dessa *jurisdição censória* **com** o princípio da autonomia institucional dos Tribunais, **como conferiria**, *também*, **maior** coeficiente de legitimidade jurídica à atuação desse órgão estatal, **propiciando-se**, desse modo, **nos termos** da abordagem ora preconizada, **a análise** do tema sob a perspectiva **dos múltiplos** valores constitucionais envolvidos.

Vale rememorar, neste ponto, **ante a relevância** de suas observações, **a advertência** feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **quando**

inquirido, em audiência pública, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, **sobre a necessidade** de o Conselho Nacional de Justiça **observar** *o princípio da subsidiariedade* (**para**, *em assim procedendo*, **respeitar** a prerrogativa constitucional **da autonomia** dos Tribunais) **antes de adotar**, **no desempenho** da competência que lhe foi atribuída, **qualquer** medida de índole disciplinar **ou** de natureza administrativa **contra** magistrados **e** órgãos judiciários em geral:

> ***E aqui eu tenho**, então, Sr. Presidente, **uma preocupação**. **Já foi objeto**, inclusive, de consideração, **quando presidi**, eventualmente, o Conselho Nacional de Justiça numa ausência eventual da Ministra Ellen. **Eu advertia**, os colegas do Conselho, **que talvez um órgão** como este, **que tem que supervisionar**, **que tem que planejar** a ação do judiciário em termos gerais, nacionais, universais, **ele devesse se pautar pelo princípio da subsidiariedade** (...), **o Conselho não poderia receber** toda **e** qualquer reclamação. **Para isso**, há os setores adequados dos juízes **nos tribunais**, os órgãos correcionais, **inclusive**. **É preciso que se enfatize essa ideia**. Que o Conselho cumpra sua função de zelar pela efetiva prestação jurisdicional, pela coordenação desta prestação jurisdicional, pelo planejamento dessas atividades, **mas que ele não se embaralhe** com a atividade dos casos repetidos, dos casuísmos que se repetem e que são desafiadores. E que o desafiam exatamente porque no grau de insatisfação revelado muitas vezes nós temos também as manifestações, as reproduções de demandas ele acaba se tornando este grande muro de lamentações. **Eu me lembro que**, na Sessão que eu presidi no Conselho, **se discutia**, para que os senhores tenham um exemplo bem claro, **se discutia se era correta a decisão** do Tribunal de Justiça de São Paulo **de desativar** o júri que atuava em Santo Amaro. Uma decisão comezinha afeita ao Tribunal de Justiça de São Paulo. **Diz com a sua autonomia**. **Pois a matéria chegou ao Conselho**, e pasmem os senhores, **depois da votação** quase conclusa, **havia empate**. **Metade** dos conselheiros **entendia** que o Conselho **deveria intervir** em São Paulo **e sustar** aquela decisão tomada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. **E a outra metade entendia** que, neste caso, **a matéria era da competência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. **Coube-me**, então, **desempatar**. **E eu disse**: Se nós continuarmos nesse ritmo, se nós continuarmos a pautar o trabalho do Conselho por esta filosofia, nós vamos fazer inveja ao centralismo democrático da antiga União Soviética. **Nós vamos assumir** um papel para o qual nós não estamos preparados. **Pensando** neste universo que é o Brasil. **Com tantas questões**, **com milhões de processos** tramitando em todas as varas, **imaginarmos que cada reclamação** eventualmente feita contra os aspectos mais comezinhos relativos aos processos ou às decisões administrativas desses juízes **elas venham a desaguar** no Supremo, **no Conselho**. **Nós vamos** ter alguma insatisfação agora não com a justiça, mas com o funcionamento do Conselho. **A rigor**, é a funcionabilidade do Conselho que pode estar em jogo neste modelo. **Daí eu vinha preconizando**, desde então, **a necessidade de que nós trabalhemos essa ideia da subsidiariedade** (...). **Claro**, **os órgãos correcionais**, **os órgãos administrativos dos tribunais devem cumprir a sua missão**. **Se** eles falharem, **se** eles não derem resposta, **sim**, **cabe** ao Conselho **fazer a intervenção**, **cabe** ao Conselho **regular** determinadas atividades, **fazer** o planejamento dessas atividades, **acompanhar** a efetividade da prestação jurisdicional. **Mas não cabe** ao Conselho **dar resposta** para cada angústia tópica que mora em cada processo. **É preciso**, portanto **que nós estejamos atentos**, **de resto eu estou a falar de algo que não é nenhuma***

***novidade**, o **princípio da subsidiariedade** (...) **já se fazia presente** no pensamento de Aristóteles. **Aparece** em São Tomás de Aquino (...), **é o princípio básico** da comunidade europeia hoje, **é o princípio estruturante** da comunidade europeia. **É um pensamento central da ideia federativa**. **Para nós respeitarmos**, inclusive, **a autonomia dos tribunais** que a Constituição **quer** preservar, **é preciso que nós tenhamos essa visão**. **Acredito**, Sr. Presidente, **que essa deve ser a tônica do Conselho**. E eu digo com esta ênfase porque nós todos estamos aprendendo. A própria feitura da Emenda Constitucional é uma obra de engenharia institucional.*
(**Grifei**.)

Cumpre referir, ainda, ante a **pertinência** de seu conteúdo, **fragmento** da decisão que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO **proferiu** no julgamento **do MS 28.884-MC/DF**, de que é Relator:

***Salta aos olhos a relevância** do pedido formulado **quanto à necessária determinação** ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais **no sentido de julgar** o processo administrativo, glosada a atividade monocrática, a atividade do corregedor. **Incabível é cogitar-se**, na situação concreta, **de legitimação concorrente**, sob pena de menosprezo à organicidade e à dinâmica do Direito, **vindo-se a agasalhar avocação** que se distancia da previsão do inciso III do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal – a revelar competir ao Conselho Nacional de Justiça "receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa". **Relativamente aos processos disciplinares de juízes e membros de tribunais**, a revisão, de ofício **ou** mediante provocação, **pressupõe**, a teor desse inciso **e também** do inciso V – "rever, de ofício, ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano" –, **o exaurimento da atuação** na origem, **mesmo porque**, conforme o inciso VIII do art. 93 da Carta da República – **e incumbe interpretá-la** de forma sistemática –, **cabe ao tribunal**, de início, **o ato** de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, observado o voto da maioria absoluta.*
(**Grifei**.)

Esse aspecto da questão, **que põe em destaque** *as delicadas relações* **entre** *a autonomia constitucional* dos Tribunais em geral **e** *a jurisdição censória* cometida ao Conselho Nacional de Justica, **não passou despercebido** à precisa análise que FLÁVIO DINO, HUGO MELO FILHO, LEONARDO BARBOSA **e** NICOLAO DINO fazem do tema ("**Reforma do Judiciário: comentários à Emenda nº 45/2004**", p. 108/109, 2005, Impetus), **em passagem** na qual se enfatiza o papel relevante, *porque harmonizador*, **desempenhado** pela *cláusula de subsidiariedade*:

***De outra face**, é interessante realçar a largueza que foi conferida aos órgãos e agentes submetidos ao controle disciplinar do CNJ, **abrangendo** até os*

*serviços notariais e de registro, o que é altamente positivo. **A esse propósito**, duas questões merecem destaque. **Em primeiro lugar**, sobre as sanções administrativas aplicáveis aos servidores da Justiça, há que se observar a legislação que rege seus respectivos regimes jurídicos, cabendo ao CNJ aplicá-la e impor as penas ali fixadas, observado o procedimento administrativo próprio. Como se cuida de órgão nacional, não há nenhum óbice a que leis estaduais sejam aplicadas pelo CNJ; pelo contrário, esta possibilidade é perfeitamente compatível com o federalismo cooperativo, em que não há divisões rígidas entre os entes que integram a federação. **Em segundo lugar**, **pode-se indagar se** a grande quantidade de órgãos e agentes submetidos à competência disciplinar do CNJ não irá inviabilizá-lo. **Daí emerge a importância de duas previsões**: **a primeira**, a de que o CNJ **não elide** a competência disciplinar e correicional dos Tribunais, **de modo** que estes **poderão** ser instados pelo próprio CNJ a apurar os fatos – **reservando-se este para uma intervenção posterior**, caso a seu juízo seja necessária. **Para tanto**, o CNJ utilizará os seus poderes de "avocar processos disciplinares em curso" e de rever "os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano" (**a teor** do inciso V do § 4º em análise). **Ou seja**, **o CNJ não pode ter** a pretensão de transformar-se em um "Big Brother", **dando conta** do que se passa em milhares de unidades jurisdicionais **em todo** o território nacional, **investigando** juízes e serventuários. **Deve**, **ao contrário**, **reservar-se um papel subsidiário e complementar em relação aos Tribunais**, **atuando** sobretudo **quando constatada** a ineficácia dos mecanismos ordinários de administração e repressão. A outra previsão relevante para a viabilização das tarefas disciplinares do Conselho, diz respeito à possibilidade de o Ministro-Corregedor "requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios", a teor do art. 103-B, § 5º, inciso III.*
(**Grifei**.)

Essa **mesma** percepção da matéria **é revelada** por ANTÔNIO VELOSO PELEJA JÚNIOR, ("**Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**", p. 232/233, item n. 5.4, 2009, Juruá), que **também** acentua **a relevância** da aplicação do postulado da subsidiariedade:

*(...) **Nesse sentido**, **o Ministro Gilmar Ferreira Mendes**, **por ocasião** de sua sabatina do Senado Federal **para fim** de assumir a presidência do CNJ **e** do Supremo Tribunal Federal no biênio 2008-2010, **afirmou que o CNJ não deve atuar** como única instância de punição a juízes responsáveis por irregularidades. **Para o Ministro**, **as corregedorias dos tribunais devem atuar antes** que o Conselho seja acionado. "Os órgãos correcionais, administrativos dos tribunais, devem cumprir sua missão. **Se** eles falharem, **se** não derem resposta, **cabe** ao Conselho fazer a intervenção".*

*De "lege ferenda", **seria** de bom alvitre que se disciplinasse a atuação do CNJ como órgão administrativo recursal, **ressalvando-se seu poder avocatório em casos excepcionais** – omissão ou irregularidade na apuração, v.g. – **ou originário** em caso **de inércia** das corregedorias dos tribunais.*
(**Grifei**.)

Estabelecidas as premissas que venho de expor – **segundo as quais** o princípio da subsidiariedade **deve** reger, *em regra*, **o exercício**, pelo Conselho Nacional de Justiça, de sua jurisdição censória –, **há que se considerar**, *a título*

de reflexão, **que a atuação** do CNJ, **em tema** de fiscalização correcional, **só** se justificaria, ordinariamente, **quando verificada** a ocorrência *das hipóteses excepcionais* por mim **anteriormente** referidas, **valorizando-se**, em consequência, **até mesmo em respeito** ao poder de autogoverno **e** de autoadministração dos Tribunais em geral, as instâncias disciplinares **neles** existentes.

Isso porque a Constituição Federal, **ao delimitar** a competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça, **o fez** "***sem prejuízo*** *da competência disciplinar e correicional dos tribunais*", **a significar**, portanto, **na perspectiva** ora em exame, que **deveriam** caber, *em princípio*, **aos próprios** Tribunais, a apuração **e** o julgamento de processos disciplinares **envolvendo** seus membros e os magistrados a eles vinculados, **apenas instaurando-se** a jurisdição censória do Conselho Nacional de Justiça *nas situações anômalas* a que precedentemente aludi nesta decisão.

Cabe verificar, agora, **consideradas** tais premissas, **se se observou**, ou não, na espécie, **quando** da imposição da sanção disciplinar aplicada ao ora impetrante, o postulado da subsidiariedade.

Ou seja, **cumpre examinar se**, no contexto em causa, **ensejou-se**, *previamente*, ao Tribunal de Justiça local, **a possibilidade** de, *ele próprio*, exercer jurisdição censória **referentemente** aos fatos que motivaram a decretação da aposentadoria compulsória **imposta** ao autor deste "*writ*" mandamental.

É certo que o Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso **remeteu**, em 14-4-2008 (fl. 238), ao Conselho Nacional de Justiça, "*relatório conclusivo do Procedimento Investigatório Criminal nº 005/2007*", **nele observando** que "*Os fatos investigados envolvem Desembargador e Juízes com notório prestígio e influência neste Tribunal de Justiça, o que compromete, seriamente, a imparcialidade dos membros desta Corte para julgá-los no âmbito administrativo*" (fl. 238).

Registrou, também, esse **mesmo** Corregedor-Geral, que "*não foi ainda aberto, no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, o procedimento previsto no art. 27 da LC 37/79 (LOMAN)*" **motivo pelo qual** solicitou que eventual processo administrativo "*(...) tenha tramitação no Egrégio Conselho Nacional de Justiça, colocando-o a salvo de quaisquer influências ou simpatias (...)*" (fl. 239).

Parece-me, em juízo **de estrita** delibação, que essa iniciativa, **longe** de incluir-se na esfera de atribuições do Senhor Corregedor-Geral da Justiça, **deveria ter sido submetida**, **previamente**, por Sua Excelência, **à apreciação** do E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, **para efeito** de necessária deliberação colegiada, **considerado** o que dispõe **a própria** LOMAN (art. 40 **e** seguintes).

Na verdade, o Senhor Corregedor-Geral da Justica, **ao submeter**, *desde logo*, ao Conselho Nacional de Justiça, **proposta** de apuração **de supostas** irregularidades **alegadamente** cometidas por magistrados locais (Juízes de Direito **e** Desembargadores), **teria frustrado**, com tal comportamento, a possibilidade de o Tribunal de Justiça atuar, **inclusive** com a ativa participação do próprio Senhor Corregedor-Geral, *como instância ordinária* de apuração (**e** de julgamento

administrativo) de eventuais ilícitos disciplinares cometidos por autoridades judiciárias do Estado de Mato Grosso.

Ao precipitar a atuação do Conselho Nacional de Justiça, **sem sequer** haver ensejado, ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso, **o exercício** de sua competência correcional **em sede** disciplinar, o Senhor Corregedor-Geral da Justiça **teria**, *aparentemente*, **inviabilizado** a prática, **pelo Judiciário local**, de uma prerrogativa que lhe **não** poderia ter sido subtraída, o que **teria** implicado, **por efeito** da inobservância do postulado da subsidiariedade, **transgressão** à autonomia institucional do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação.

Observo que o Senhor Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso, **ao ativar**, *desde logo*, **a jurisdição censória** do CNJ, **impossibilitou** a adoção, pelo Tribunal de Justiça, de medidas **destinadas** a promover, *em sede disciplinar*, a responsabilidade funcional dos magistrados **supostamente** envolvidos em atos **alegadamente** ilícitos. **Em optando** por dirigir-se, *de modo imediato*, **ao CNJ**, sob a alegação – **fundada** em juízo de desqualificação unilateralmente **formulado** a propósito dos Desembargadores **integrantes** daquela Corte judiciária – de que **estaria** seriamente comprometida a imparcialidade de referidos magistrados, o Senhor Corregedor-Geral da Justica **teria** desrespeitado o princípio da subsidiariedade, **dando ensejo**, assim, com essa atuação "*per saltum*", a *possível* ofensa à prerrogativa institucional do autogoverno da magistratura do Estado de Mato Grosso.

Em suma: essa iniciativa **unilateral** do Senhor Corregedor-Geral da Justiça (**aparentemente** apoiada em juízo **pessoal** de desvalor **que formulou** a respeito de seus próprios colegas de Tribunal, **atribuindo-lhes** parcialidade, **além** de suscetibilidade a "*influências e simpatias*") **teria** provocado indevida **supressão** *da competência primária* do Tribunal de Justiça para agir, *em caráter prioritário*, no plano administrativo-disciplinar, **em ordem a apurar** (**e** *eventualmente* **punir**), de modo regular e adequado, **alegadas** transgressoes funcionais **supostamente** cometidas por seus membros **e** Juízes de Direito, o que **teria** representado, **presente** tal contexto, uma **prematura** intervenção do Conselho Nacional de Justiça, **com o comprometimento**, por efeito **da inobservância** da cláusula de subsidiariedade, **da autonomia constitucional** inerente ao Poder Judiciário local.

Cabe referir, ainda, **para efeito** de registro, que o Senhor Corregedor-Geral da Justiça **utilizou-se**, no relatório submetido ao Conselho Nacional de Justiça, de "*auditoria externa feita pela empresa Velloso & Bertolini*", **o que foi questionado**, em termos de sua legalidade, no Procedimento de Controle Administrativo n. 3938-18/2009 (fl. 790), **de que resultou**, por deliberação **do próprio** CNJ, "*(...) **a remessa** de todas as peças dos autos à Corregedoria Nacional de Justiça, **para adoção** das medidas cabíveis **visando à apuração** de responsabilidade disciplinar **pela prática** dos atos **relativos** à contratação questionada*" (**Grifei**.)

As considerações que venho de fazer **convencem-me**, ainda que em juízo **de sumária** cognição, **da existência**, no caso, de plausibilidade jurídica **qualificadora** da pretensão cautelar que a parte impetrante **deduziu** nesta sede mandamental.

Concorre, por igual, na espécie, o pressuposto legitimador **concernente** ao "*periculum in mora*" (fls. 83/84), **notadamente** se se considerar que, **em decorrência** da punição a ele imposta, o ora impetrante **passou** a receber proventos *proporcionais* ao tempo de serviço, *possivelmente* inferiores ao valor global do subsídio que lhe era pago **quando** no exercício do cargo judiciário que titularizava.

Parece-me relevante o aspecto ora realçado, **pois não se pode ignorar** que os valores percebidos a título de subsídio **revestem-se de caráter alimentar**. **Essa especial natureza jurídica**, que caracteriza o subsídio em questão, **permite**, por isso mesmo, **qualificá-lo como típica dívida de valor**.

É importante ter em consideração, no ponto, **o caráter essencialmente alimentar** dos valores percebidos por agentes públicos em geral, **na linha do que tem sido iterativamente proclamado** pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 110/709 – **RTJ** 117/1335) **e reafirmado** por diretriz jurisprudencial que se formou sob a égide **do vigente** ordenamento constitucional (**RTJ** 136/1351 – **RTJ** 139/364-368 – **RTJ** 139/1009 – **RTJ** 141/319 – **RTJ** 142/942).

A ponderação dos valores em conflito – **o interesse** da Administração Pública, de um lado, **e a necessidade social** de preservar a integridade **do caráter alimentar** que tipifica o valor dos subsídios, de outro – **leva-me a vislumbrar ocorrente**, na espécie, **uma clara situação** de grave risco **a que estará exposta** a parte ora impetrante, **privada** *de valores essenciais* a sua própria subsistência.

Sendo assim, em juízo **de estrita** delibação, **e sem prejuízo** de ulterior reexame da pretensão mandamental **deduzida** na presente sede processual, **defiro** o pedido de medida liminar **para suspender**, cautelarmente, **até** final julgamento **desta** ação de mandado de segurança, **a eficácia** da decisão que o Conselho Nacional de Justiça **proferiu** nos autos do Processo Administrativo Disciplinar no 200910000019225, **restaurando**, em consequência, **quanto** ao ora impetrante, a situação jurídico-funcional **imediatamente** anterior à deliberação ora questionada, **em ordem** a permitir-lhe que volte a exercer, *em plenitude*, **as funções** do cargo judiciário que titularizava **quando** da aposentadoria compulsória ora contestada.

Transmita-se, com urgência, **cópia** desta decisão ao Senhor Presidente do Conselho Nacional de Justiça (**Processo Administrativo Disciplinar** 200910000019225) **e** ao Senhor Desembargador-Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

2. **Devo assinalar**, *por necessário*, **que as razões** ora expostas **levar-me-ão a reapreciar** *novas* pretensões de ordem cautelar, caso *eventualmente* deduzidas **nos autos do MS** 28.743/DF **e do MS** 28.784/DF, de que sou Relator.

Publique-se.

Brasília, 2 de agosto de 2010 — Celso de Mello, Relator.

———

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 95.259 — DF

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Pacientes: Francisco Gerardo de Souza e Vitor Luis de Oliveira Guibo — Impetrantes: Francisco Gerardo de Souza e outro — Coator: Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI do Sistema Carcerário

Decisão: Cuida-se de *habeas corpus* preventivo, impetrado por Francisco Gerardo de Souza e Vitor Luiz de Oliveira Guibo, Juízes de Direito das 1ª e 2ª Varas de Execução Penal da Comarca de Campo Grande/MS, contra ato da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI do Sistema Carcerário.

O ato atacado consiste na possibilidade de indiciamento dos impetrantes, por suposta infração aos arts. 132, 136 e 320, do Código Penal, conforme proposto no relatório final, da lavra do Relator, Deputado Federal Domingos Dutra, o qual será levado à votação na CPI no próximo dia 8 de julho de 2008, às onze horas.

Afirmam os impetrantes que a referida CPI não teria poder para indiciá-los, ante a prerrogativa disposta no art. 33, parágrafo único, da LC 35/1979 (Loman), consistente em reservar ao respectivo Tribunal ou Órgão Especial a competência para investigação e julgamento de crime cometido por magistrado.

A petição inicial traz argumentos indicativos de falta de justa causa para o possível ato de indiciamento, pois, nesse caso, estaria a CPI a exercer atividade tipicamente judiciária, valorando ato jurisdicional sujeito ao sistema de recursos previsto na Constituição e em legislação específica.

Os impetrantes afirmam, ainda, não haver irregularidade em suas condutas, inexistindo sob suas responsabilidades processos executivos penais com mais de trinta dias em conclusão. De qualquer forma, afirmam que não poderiam responder pela insuficiência de vagas no sistema prisional do Estado ou pela ineficiência dos serviços correlatos, tais como alimentação, assistência médica e educacional e qualificação profissional, de competência do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul.

Prosseguem os impetrantes afirmando não serem verdadeiras as afirmações contidas no relatório de que não visitariam presídios e de que não haveriam tomado providências sobre as irregularidades constatadas.

Ademais, evocam a inadequação das supostas condutas que lhes são atribuídas aos tipos penais em que se pretendem os indiciamentos pela CPI.

Requerem, dessa forma, a concessão de medida liminar que impeça a CPI de indiciá-los por meio do relatório final que será votado no próximo dia 8 de julho, às onze horas.

Passo a decidir.

Segundo o disposto no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, "as comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das

autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

No âmbito da Câmara dos Deputados, as comissões parlamentares de inquérito são regidas pelos arts. 35 e seguintes do respectivo Regimento Interno. O art. 37 deixa claro os objetivos e o alcance do relatório final de uma CPI, nos seguintes termos:

> Art. 37. Ao termo dos trabalhos a Comissão apresentará relatório circunstanciado, com suas conclusões, que será publicado no *Diário da Câmara dos Deputados* e encaminhado:
>
> I – à Mesa, para as providências de alçada desta ou do Plenário, oferecendo, conforme o caso, projeto de lei, de decreto legislativo ou de resolução, ou indicação, que será incluída em Ordem do Dia dentro de cinco sessões;
>
> II – ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União, com a cópia da documentação, para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais;
>
> III – ao Poder Executivo, para adotar as providências saneadoras de caráter disciplinar e administrativo decorrentes do art. 37, § 2º a § 6º, da Constituição Federal, e demais dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, assinalando prazo hábil para seu cumprimento;
>
> IV – à Comissão Permanente que tenha maior pertinência com a matéria, à qual incumbirá fiscalizar o atendimento do prescrito no inciso anterior;
>
> V – à Comissão Mista Permanente de que trata o art. 166, § 1º, da Constituição Federal, e ao Tribunal de Contas da União, para as providências previstas no art. 71 da mesma Carta.
>
> Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, III e V, a remessa será feita pelo Presidente da Câmara, no prazo de cinco sessões.

Conceitualmente, e embora não previsto na lei processual penal, o ato de "indiciamento" representa providência administrativa típica da autoridade policial, servindo ao destaque do provável autor do ilícito investigado. Assim, formaliza-se o indiciamento pela identificação e apuração da vida pregressa do indiciado.

Se à CPI são atribuídos os poderes investigatórios da autoridade judiciária, é certo que a comissão parlamentar também se encontra sujeita a determinados limites constitucionais e legais, dentre os quais a observância do foro por prerrogativa de função que assiste aos magistrados, segundo a base dada pelo art. 96, III, da Constituição Federal, nestes termos:

> Art. 96. Compete privativamente:
>
> (...)
>
> III – aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Especificamente no que toca à investigação, esclarece o art. 33, parágrafo único, da LC 35/1979:

> Art. 33. São prerrogativas do Magistrado:
> (...)
> Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Assim, ainda que constatada pela CPI a possível prática de ilícito penal por parte de magistrado, poderá aquela, tão somente, encaminhar os respectivos autos ao Tribunal a que vinculado o magistrado, sendo-lhe vedado o ato formal de indiciamento, o qual é privativo do órgão competente para o julgamento.

Embora tratando da matéria sob o enfoque da prerrogativa de foro dos parlamentares, já decidiu esta Corte, em julgamento por mim relatado, no seguinte sentido:

> *Ementa*: Questão de ordem em inquérito. 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de Senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada "Operação Sanguessuga". 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o Senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente *notitia criminis*, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: Inq 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, *DJ* de 27-10-1983; Inq 1.793-AgR/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, *DJ* de 14-6-2002; Pet 1.104-AgR-ED/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, *DJ* de 23-5-2003; Pet 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, *DJ* de 1º-8-2003; Pet 2.805-AgR/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, *DJ* de 27-2-2004; Pet 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, *DJ* de 23-11-2004; Inq 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, *DJ* de 13-3-2006; e Pet 2.998-AgR/MG, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 6-11-2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, *b*, da CF e pelo RISTF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, *b*), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à

supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, *b*, c/c Lei 8.038/1990, art. 2º; e RISTF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado.

(Inq 2.411-QO/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 25-4-2008.)

Portanto, assim como à Polícia Federal não é dado proceder ao indiciamento de senador da República, ante a competência única do Supremo Tribunal Federal para o inquérito, processo e julgamento do parlamentar, tampouco pode a CPI, no exercício dos poderes investigatórios típicos de autoridade judicial, indiciar os Juízes de Direito impetrantes, pois, quanto a estes, a competência privativa para tanto pertence ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

De qualquer forma, a análise dos autos deixa claro que o relatório final a ser levado à votação pelos membros da CPI cuida de atribuir aos pacientes a prática de supostos delitos resultantes do exercício de sua típica atividade jurisdicional, em patente afronta ao princípio da separação dos poderes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a atividade tipicamente jurisdicional do magistrado é absolutamente imune à investigação realizada pelas comissões parlamentares de inquérito. Nesse sentido, cito alguns casos emblemáticos:

Ementa: Mandado de segurança. CPI dos Bingos. Ato jurisdicional. Separação de poderes.

1. O acerto ou o desacerto da concessão de liminar em mandado de segurança, por traduzir ato jurisdicional, não pode ser examinado no âmbito do Legislativo, diante do princípio da separação de poderes. O próprio Regimento Interno do Senado não admite CPI sobre matéria pertinente às atribuições do Poder Judiciário (art. l46, II).

2. Segurança deferida.

(MS 25.510, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 16-6-2006.)

Ementa: Habeas corpus. Comissão Parlamentar de Inquérito. Convocação de magistrado para prestar depoimento em face de decisões judiciais. Constrangimento ilegal caracterizado.

1. Configura constrangimento ilegal, com evidente ofensa ao princípio da separação dos poderes, a convocação de magistrado a fim de que preste depoimento em razão de decisões de conteúdo jurisdicional atinentes ao fato investigado pela Comissão Parlamentar de Inquérito. Precedentes.

2. *Habeas corpus* deferido.

(HC 80.539, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º-8-2003.)

Ementa: Comissão Parlamentar de Inquérito. Não se mostra admissível para investigação pertinente às atribuições do Poder Judiciário, relativas a procedimento judicial compreendido na sua atividade-fim (processo de inventário). Art. 1º da Constituição e art. 146, *b*, do Regimento Interno do Senado Federal. Pedido de *habeas corpus* deferido, para que não seja o magistrado submetido à obrigação de prestar depoimento.
(HC 79.441, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 6-10-2000.)

Ementa: Habeas corpus preventivo. Comissão Parlamentar de Inquérito. Convocação de juiz. Princípio da independência dos poderes. Convocação de juiz para depor em CPI da Câmara dos Deputados sobre decisão judicial, caracteriza indevida ingerência de um poder em outro. *Habeas* deferido.
(HC 80.089, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 29-9-2000.)

O entendimento fixado pelo Tribunal deixa claro que, na ordem constitucional fundada na Constituição de 1988, as comissões parlamentares de inquérito não têm poderes para indiciar magistrado pelo exercício de sua típica função jurisdicional.

Ante o exposto, com base na sólida jurisprudência desta Corte, defiro o pedido de medida liminar, determinando à Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI do Sistema Carcerário que se abstenha de proceder ao indiciamento dos Juízes de Direito Francisco Gerardo de Souza e Vitor Luis de Oliveira Guibo.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 7 de julho de 2008 — Gilmar Mendes, Presidente (RISTF, art. 13, VIII).

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 100.231 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Paciente e Impetrante: Miguel Arcanjo César Guerrieri — Coatores: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Desembargador Dácio Vieira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Decisão: **Trata-se** de "*habeas corpus*", ***com pedido*** *de liminar,* ***cumulado ou alternativo*** *com direito de petição,* ***cumulado ou alternativo*** *com ação popular*, **em que são apontados**, como autoridades coatoras, **os eminentes** Senhores Presidente do Supremo Tribunal Federal **e** Desembargador Dácio Vieira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O ora impetrante, **ao ajuizar a presente** ação de "*habeas corpus*", **objetiva promover** a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, **considerada** a situação de "*(...)* ***censura geral e irrestrita imposta****, inclusive, à própria TV Justiça, à Rádio Justiça, ao sítio do Supremo Tribunal Federal,* ***por ato do Desembargador*** *Dácio Vieira do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,* ***a pedido*** *do Senhor Fernando Sarney,* ***tudo de acordo*** *com o noticiado pelo Jornal 'O Estado de S. Paulo' em seu sítio e em demais sítios de notícias jurídicas (...)*" (fl. 2 – **Grifei**).

O autor deste "*writ*" constitucional, **insurgindo-se** contra **mencionado** "**episódio de censura jornalística**" **e após enfatizar** "*(...) que o Desembargador citado praticou abuso de poder ao determinar a censura prévia a todos os meios de comunicação, inclusive ao próprio Supremo Tribunal Federal*" (fl. 5) –, **assim justifica o cabimento** do remédio constitucional de "*habeas corpus*" (fls. 5/6):

> *(...)* ***Poderia o Paciente*** *ter a licença poética* ***para concluir*** *que estamos diante de um "desamor constitucional".*
>
> (...)
>
> ***O Paciente*** *é advogado* ***e precisa sobreviver no mundo virtual da informática****. Este mundo virtual* ***já possui*** *até assinaturas eletrônicas.* ***A nova realidade****, agora,* ***concretiza a argumentação*** *de que existe uma matéria judicial,* ***além*** *do simples corpo físico.* ***A existência deste corpo eletrônico ou*** *corpo virtual* ***ou*** *corpo psíquico* ***é motivo bastante para que a proteção constitucional*** *do "habeas corpus"* ***seja aplicada****,* ***e concedida a liminar****,* ***para que o direito de locomoção*** *do paciente* ***seja exercido*** *da forma prevista em nossa Constituição atual.*
>
> (...)
>
> ***O Paciente deseja****,* ***apenas****,* ***a sua liberdade de locomoção pelos sítios informativos****,* ***sem nenhuma restrição****, conforme bem assegurado pelo Sistema Constitucional Brasileiro (...).*
>
> (**Grifei.**)

Sendo esse o contexto, **passo a examinar** a questão pertinente **à admissibilidade**, na espécie, **da presente** ação de "*habeas corpus*".

Tenho para mim que se revela processualmente inviável a presente impetração, **por tratar-se** de matéria **insuscetível** de exame em sede de "*habeas corpus*".

Como se sabe, a ação de "*habeas corpus*" destina-se, **unicamente**, a amparar **a imediata liberdade de locomoção física** das pessoas, **revelando-se estranha**, à sua **específica** finalidade jurídico-constitucional, **qualquer** pretensão que vise a desconstituir atos **que não se mostrem ofensivos**, ainda que potencialmente, **ao direito de ir, de vir e de permanecer** das pessoas.

É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal, **atento à destinação constitucional** do "*habeas corpus*", **não tem conhecido** do remédio heroico, **quando** utilizado, **como no caso**, em situações **de que não resulte** qualquer possibilidade de ofensa ao "*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*" (**RTJ** 116/523 – **RTJ** 141/159).

A ação de "***habeas corpus***", portanto, **enquanto** remédio jurídico-constitucional **revestido** de finalidade específica, **não pode ser utilizada como sucedâneo de outras** ações judiciais, **notadamente** naquelas hipóteses em que o direito-fim (**ou** direito-escopo, **na expressão feliz** de PEDRO LESSA) **não se identifica** – tal como neste caso ocorre – com a própria liberdade **de locomoção física**.

É que entendimento diverso – fundado na alegação de que "*O Paciente **deseja**, apenas, **a sua liberdade de locomoção pelos sítios informativos**, sem nenhuma restrição (...)*" (fl. 6 – **grifei**) – **conduziria**, necessariamente, **à descaracterização** desse instrumento tutelar da liberdade de locomoção. **Não se pode desconhecer** que, **com a cessação da doutrina brasileira do** "***habeas corpus***", motivada pela Reforma Constitucional de 1926, **restaurou-se**, em nosso sistema jurídico, **a função clássica** desse remédio heroico. **Por tal razão, não se revela suscetível** de conhecimento a ação de "*habeas corpus*", **quando** promovida contra ato estatal **de que não resulte**, de modo imediato, ofensa, atual **ou** iminente, à liberdade **de locomoção física** (**RTJ** 135/593 – **RTJ** 136/1226 – **RTJ** 142/896 – **RTJ** 152/140 – **RTJ** 178/1231 – **RTJ** 180/962 – **RTJ** 197/587-588, **v.g.**):

> ***A função clássica do habeas corpus restringe-se à estreita tutela da imediata liberdade de locomoção física das pessoas.***
>
> *– A ação de **habeas corpus** – **desde que inexistente** qualquer situação de dano efetivo **ou** de risco potencial ao "**jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque**" – não se revela cabível, **mesmo** quando ajuizada para discutir eventual nulidade do processo penal em que proferida decisão condenatória **definitivamente** executada.*
>
> *Esse entendimento decorre da circunstancia histórica de a **Reforma Constitucional** de 1926 – que importou na **cessação** da **doutrina brasileira do "habeas corpus"** – haver restaurado a função clássica desse extraordinário remédio processual, **destinando-o**, quanto à sua finalidade, à **específica** tutela jurisdicional da **imediata** liberdade **de locomoção física** das pessoas. **Precedentes**.*
>
> (**RTJ 186/261-262**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Vale insistir, bem por isso, **na asserção** de que o "***habeas corpus***", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades,

configura um poderoso meio de cessação do **injusto** constrangimento ao estado de liberdade **de locomoção física** das pessoas. **Se** essa liberdade **não** se expõe a **qualquer** tipo de cerceamento, **e se** o direito de ir, vir ou permanecer **sequer** se revela ameaçado, **nada justifica o emprego** do remédio heroico do "*habeas corpus*", por **não** estar em causa a liberdade *de locomoção física* (**de todo inconfundível** com a "*liberdade de locomoção* ***pelos sítios informativos***" **existentes** no universo virtual, **cuja proteção** é ora pretendida pelo impetrante):

> ***CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS": CABIMENTO. CF, art. 5º, LXVIII.***
>
> ***I – O "habeas corpus"*** *visa a proteger a liberdade de locomoção – liberdade de ir, vir e ficar – por ilegalidade ou abuso de poder,* ***não podendo ser utilizado*** *para proteção* ***de direitos outros****. CF, art. 5º, LXVIII.*
>
> ***II*** *– "Habeas corpus" indeferido, liminarmente. Agravo* ***não provido****.*
>
> (**HC 82.880-AgR/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **Pleno – Grifei**.)

Cabe reafirmar, desse modo, que esse remédio constitucional, **em face** de sua **específica** destinação tutelar, **tem por finalidade amparar**, em sede jurisdicional, "***única e diretamente****, a liberdade de locomoção. Ele se destina* ***à estreita*** *tutela* ***da imediata liberdade física*** *de ir e vir dos indivíduos (...)*" (**RTJ** 66/396 – **RTJ** 177/1206-1207 – **RT** 423/327 – **RT** 338/99 – **RF** 213/390 – **RF** 222/336 – **RF** 230/280, **v.g.**).

Incomportável, portanto, **no âmbito** deste processo de "*habeas corpus*", **o exame** das questões pertinentes **à pretendida** discussão sobre "*censura de informações*" (fl. 6) **e** a defesa da "*liberdade de locomoção pelos sítios informativos*" (fl. 6) **existentes** no universo virtual.

Mesmo que fosse cabível, na espécie, o remédio de "*habeas corpus*" (**e não o é**!), **ainda assim** referida ação constitucional **mostrar-se-ia insuscetível** de conhecimento, **eis** que, **tratando-se** de impugnação a ato **de Desembargador** de Tribunal de Justiça – **e considerando** o que dispõe a norma **inscrita** no art. 102, I, "**i**", da Constituição, **na redação** que lhe deu a EC 22/1999 –, **torna-se evidente**, no caso, **a absoluta ausência** de competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar **a presente** ação de "*habeas corpus*" (**HC 85.838-ED/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**):

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO* ***CONTRA*** *ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA –* ***TRIBUNAL*** *QUE, NA ORGANIZACAO JUDICIÁRIA BRASILEIRA,* ***NÃO SE QUALIFICA*** *COMO TRIBUNAL SUPERIOR –* ***AUSÊNCIA*** *DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –* ***RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO****.*
>
> *–* ***Após o advento*** *da EC n. 22/1999,* ***não mais compete*** *ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar,* ***originariamente****, "habeas corpus"* ***impetrado*** *contra decisão* ***emanada*** *de Tribunal de Justiça,* ***ainda*** *que o fundamento da impetração seja* ***exclusivamente*** *de natureza constitucional.* ***Precedente****.*
>
> *–* ***A locução constitucional*** *"Tribunais Superiores"* ***abrange****, na organização judiciária brasileira,* ***apenas*** *o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho* ***e*** *o Superior Tribunal Militar.*
>
> (**HC 97.818-AgR/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

De outro lado, **não tem sentido qualificar-se** o eminente Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal **como autoridade coatora**, **sob a alegação** "*de que é o guardião maior da Constituição*" (fl. 6).

Inexiste, no caso, **qualquer** ato concreto, que, **imputável** ao Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente desta Suprema Corte, **guarde relação de pertinência** com o processo **em que proferida** a decisão **emanada** do Senhor Desembargador Dácio Vieira.

Sem a precisa indicação, **pelo autor** do "*writ*" constitucional, **de atos concretos e específicos** imputáveis ao Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, **não há** como atribuir-lhe a condição de autoridade coatora, **para efeito** de se reconhecer, então, no caso, a competência originária desta Corte Suprema para processar e julgar o presente "*habeas corpus*".

Como se sabe, a ação de "*habeas corpus*" **exige**, para efeito de cognoscibilidade, a indicação – **específica e individualizada** – de fatos concretos cuja ocorrência possa repercutir na esfera **da imediata** liberdade de locomoção **física** dos indivíduos.

O fato irrecusável, desse modo, é que, **sem a precisa indicação**, pelo autor do "*writ*", **de atos concretos e específicos, não há como reputar processualmente viável** o ajuizamento da ação constitucional de "*habeas corpus*".

Esse entendimento – que repele a utilização do instrumento constitucional do "*habeas corpus*", **quando ausente**, na petição de impetração, **menção específica a fatos concretos** ensejadores **da alegada** situação de injusto constrangimento (EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, "**Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**", vol. VII/277, item n. 1.372, 2000, Bookseller; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHAES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, "**Recursos no Processo Penal**", p. 362, item n. 242, 5. ed., 2008, RT; JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 1.756, item n. 654.7, 11. ed., 2007, Atlas; FERNANDO CAPEZ, "**Curso de Processo Penal**", p. 529, item n. 20.15.10, 14. ed., 2007, Saraiva; TALESCASTELO BRANCO, "**Teoria e Prática dos Recursos Criminais**", p. 158, item n. 156, 2003, Saraiva) – **reflete-se**, por igual, **na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, que, a propósito do tema, **assim se tem pronunciado**:

> ***HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO QUE NÃO INDICA QUALQUER COMPORTAMENTO CONCRETO ATRIBUÍDO À AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA – PEDIDO NÃO CONHECIDO.***
>
> ***Torna-se insuscetível*** *de conhecimento o "**habeas corpus**" em cujo âmbito o impetrante **não indique qualquer ato concreto que revele**, por parte da autoridade apontada como coatora, **a prática** de comportamento abusivo **ou** de conduta revestida de ilicitude.*
>
> (**RTJ 159/894**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

> ***Não há como admitir*** *o processamento da ação de "habeas corpus", **se** o impetrante **deixa de atribuir** à autoridade apontada como coatora **a prática de ato***

concreto *que evidencie a ocorrência de um* ***específico*** *comportamento abusivo ou revestido de ilegalidade.*
(**RTJ 164/193-194**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

Inadmissível, também, **converter-se** esta ação de "*habeas corpus*" **em** ação popular constitucional, **como pretende**, alternativamente, o ora impetrante.

É que, **mesmo** que viável tal conversão (**como sustentado** pelo ora impetrante), **subsistiria**, ainda assim, **a falta** de competência originária do Supremo Tribunal Federal para apreciar **a presente** causa.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 – **observando** uma tradição **que se inaugurou** com a Carta Política de 1934 – **não incluiu** o julgamento **da ação popular** na esfera das atribuições jurisdicionais **originárias** da Suprema Corte.

Na realidade, **a previsão** de ação popular **não se subsume** a qualquer das situações **taxativamente** enunciadas no rol **inscrito** no art. 102, **inciso** I, da Carta Política, **que define**, em "*numerus clausus*", as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 43/129 – **RTJ** 44/563 – **RTJ** 50/72 – **RTJ** 53/776):

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.
(...)
O regime de direito estrito*, a que se submete a* ***definição*** *dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal,* ***por efeito da taxatividade*** *do rol constante da Carta Política,* ***a afastar****, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais* ***originárias****, o processo* ***e*** *o julgamento* ***de causas*** *de natureza civil* ***que não se acham inscritas*** *no texto constitucional (****ações populares****, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares),* ***mesmo*** *que instauradas contra o Presidente da República ou contra* ***qualquer*** *das autoridades, que,* ***em matéria penal*** *(****CF****, art. 102, I, "****b****" e "****c****"), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema* ***ou*** *que,* ***em sede de mandado de segurança****, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (****CF****, art. 102, I, "****d****").* ***Precedentes****.*
(**Pet 1.738-AgR/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF.
– A jurisprudência *do Supremo Tribunal Federal –* ***quer*** *sob a égide* ***da vigente*** *Constituição republicana,* ***quer*** *sob o domínio da Carta Política anterior –* ***firmou-se*** *no sentido de reconhecer* ***que não se incluem****, na esfera de* ***competência originária*** *da Corte Suprema,* ***o processo e o julgamento de ações populares constitucionais****,* ***ainda que ajuizadas contra*** *atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal* ***ou de quaisquer*** *outras autoridades cujas resoluções estejam sujeitas, em sede de mandado de segurança, a jurisdição imediata do STF.* ***Precedentes****."*
(**Pet 1.641/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Competência. Ação popular contra o Presidente da República.
– A competência para processar e julgar ação popular *contra ato* ***de qualquer*** *autoridade,* ***inclusive*** *daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a*

*jurisdição desta Corte originariamente, **é do Juízo competente de primeiro grau de jurisdição**.*

*Agravo regimental **a que se nega** provimento.*

(**RTJ 121/17**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.)

Mesmo que se pudesse reconhecer a existência de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **para apreciar** ações populares, **ainda assim não se revelaria admissível** a utilização, na espécie, de referido instrumento constitucional.

É que o meio processual em questão **mostra-se de todo incabível**, **pois os atos jurisdicionais** (**como aquele** emanado do Des. DÁCIO VIEIRA) – **precisamente por comportarem** um sistema **específico** de impugnações, **quer** por via recursal, **quer** mediante ação rescisória – **acham-se excluídos** do âmbito de incidência da ação popular.

Tratando-se de ato de índole jurisdicional, **cumpre considerar** a seguinte relação dilemática: **ou** o ato em questão **ainda não** se tornou definitivo – **podendo**, em tal situação, **ser contestado** mediante utilização dos recursos previstos na legislação processual –, **ou**, então, **já transitou em julgado**, hipótese em que, **havendo** decisão sobre o mérito da causa, **expor-se-á** à possibilidade **de rescisão**.

Na realidade, cabe registrar **que nem todos** os atos estatais **estão sujeitos** a contestação **mediante** ação popular constitucional, **pois**, consoante **advertem** doutrina **e** jurisprudência, **esse meio especial** de impugnação **não incide** sobre leis em tese (J. M. OTHON SIDOU, "'**Habeas Corpus**', **Mandado de Segurança**, **Mandado de Injunção**, '**Habeas Data**', **Ação Popular – As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos**", p. 346, item n. 221, 5. ed., 1998, Forense) **nem se estende a resoluções judiciais revestidas de conteúdo jurisdicional**:

AJUIZAMENTO DE AÇÃO POPULAR CONTRA ATO DE CONTEÚDO JURISDICIONAL. INADMISSIBILIDADE. AÇÃO POPULAR DE QUE NÃO SE CONHECE.

*– **Os atos de conteúdo jurisdicional** – precisamente **por não** se revestirem de caráter administrativo – **estão excluídos** do âmbito de incidência da ação popular, **porque se acham sujeitos** a um sistema específico de contestação, **quer** por via recursal, **quer** mediante utilização de ação rescisória. **Doutrina**.*

***Tratando-se** de ato **de índole jurisdicional**, cumpre considerar que este, **ou ainda não** se tornou definitivo – **podendo**, em tal situação, **ser contestado** mediante utilização dos recursos **previstos** na legislação processual –, **ou**, então, **já transitou em julgado**, hipótese em que, **havendo** decisão sobre o mérito da causa, **expor-se-á** à possibilidade **de rescisão**.*

(**AO 672/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF 180.)

Essa impossibilidade jurídica decorre da circunstância de a ação popular **restringir**-**se**, quanto ao seu âmbito de incidência, **à esfera de atuação administrativa** de qualquer dos Poderes do Estado, **abrangendo**, desse modo, **como salienta** JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("**Os '*writs*' na Constituição de 1988**", p. 128, item n. 40, 1989, Forense Universitária), **unicamente**, **os atos**

administrativos, os contratos administrativos, os fatos administrativos e as resoluções que veiculem conteúdo **materialmente** administrativo.

É por tal razão que a jurisprudência dos Tribunais **tem insistido** na asserção de que a ação popular **somente** "*se destina a apreciação da validade ou nulidade de atos administrativos*" (**RDA** 35/48 – **Grifei**).

Cabe ter presente, bem por isso, **na perspectiva do caso ora em exame**, o entendimento, que, **apoiado** em autorizado magistério doutrinário, **repele** a possibilidade jurídica de impugnação **de atos de conteúdo jurisdicional** mediante ação popular (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Ação Popular Constitucional – Doutrina e Processo**", p. 130, item n. 101, 1968, RT; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1/213, 1989, Saraiva; HELY LOPES MEIRELLES, "**Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e 'Habeas Data**'", p. 122/123, item n. 3, 20. ed., 1998, atualizada por ARNOLDO WALD, Malheiros; PÉRICLES PRADE, "**Ação Popular**", p. l4, item n. 2.2, 1986, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/84, 1990, Saraiva; JOSE CRETELLA JÚNIOR, "**Os 'writs' na Constituição de 1988**", p. 128, item n. 40, 1989, Forense Universitária; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 540, 10. ed., 1998, Atlas; ARRUDA ALVIM, "**Ação Popular**", "in" Revista de Processo, vol. 32/163-177, 173).

Incabível, portanto, na espécie, ação popular constitucional, **o que torna inviável**, consequentemente, **a pretendida** conversão, **nela**, da presente ação de "*habeas corpus*".

Sendo assim, e tendo em consideração os aspectos de ordem processual que venho de referir, **não conheço da presente** ação de "*habeas corpus*", por evidentemente incabível.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 7 de agosto de 2009 — Celso de Mello, Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 299.125 — SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Estado de São Paulo — Agravados: Vicente Ferreira dos Santos e outra

Responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º). Configuração. Rebelião no complexo penitenciário do Carandiru. Reconhecimento, pelo tribunal de justiça local, de que se acham presentes todos os elementos identificadores do dever estatal de reparar o dano. Não comprovação, pelo Estado de São Paulo, da alegada ruptura do nexo causal. Caráter soberano da decisão local, que, proferida em sede recursal ordinária, reconheceu, com apoio no exame dos fatos e provas, a inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do poder público. Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária (Súmula 279/STF). Doutrina e precedentes em tema de responsabilidade civil objetiva do Estado. Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Agravo improvido.

Decisão: O recurso extraordinário **a que se refere** o presente agravo de instrumento **foi interposto** contra acórdão, que, **confirmado**, em sede de embargos de declaração (**fls. 101/103**), pelo E.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **está assim ementado** (**fl. 96**):

> ***"RESPONSABILIDADE CIVIL" DETENTO FALECIDO EM REBELIÃO OCORRIDA NA CASA DE DETENÇÃO "INDENIZAÇÃO DEVIDA" EMBARGOS INFRINGENTES COM VOTO VENCIDO QUE ENTENDE IMPROCEDENTE A AÇÃO "EMBARGOS REJEITADOS".***
> (Grifei.)

O Estado de São Paulo, no apelo extremo em questão, **alega** que, "***Ao apontar*** *a responsabilidade estatal* ***pelo episódio, desconsiderou*** *o E. Tribunal* ***o fato*** *de que os agentes policiais* ***agiram no estrito cumprimento do dever legal****, em contraposição a injusta agressão dos amotinados,* ***durante rebelião*** *nas dependências da Casa de Detenção*" (**fl. 109 – grifei**).

O exame destes autos **convence-me de que não assiste** razão ao Estado ora agravante, **quando** sustenta que **o estrito** cumprimento de dever legal **e a prática** de legítima defesa – **que**, alegadamente, **teriam pautado** a conduta de seus agentes – **bastariam para descaracterizar** a responsabilidade civil objetiva do poder público a respeito do evento danoso em causa.

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 agravante.

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 vitima 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 publico, (**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 as 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 são 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 **e** a consumação do dano pessoal ou patrimonial infligido ao ofendido.

Estabelecidas tais premissas, **passo ao exame** destes autos. **E**, ao fazê-lo, **observo que as circunstâncias do presente caso** – **apoiadas** em pressupostos fáticos **soberanamente reconhecidos** pelo Tribunal "*a quo*" – **evidenciam** que **todos** os elementos identificadores da responsabilidade civil objetiva do Estado **acham-se demonstrados** no caso ora em análise, **especialmente** o nexo de causalidade material (que restou **plenamente** configurado) **e cuja ruptura** a parte ora agravante, **que alegara** a ocorrência de causa **excludente** de sua responsabilidade civil, **não conseguiu demonstrar**.

Daí a correta observação feita pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **quando do julgamento** da apelação cível **interposta** pela parte ora agravante (**fls. 81/82**):

> ***Com a prisão do indivíduo****, assume o Estado o dever de cuidar de sua incolumidade física,* ***quer*** *por ato do próprio preso (suicídio),* ***quer*** *por ato de terceiro (agressão perpetrada por outro preso).*
>
> ***Assim****,* ***ante a rebelião que eclodiu no Pavilhão 9****, da Casa de Detenção, tinha o Estado o dever de proteger a incolumidade física dos presos e dos próprios revoltosos, uns dos atos dos outros. Sua intervenção no episódio era, portanto, de rigor.*
>
> ***E ocorrendo ofensa à integridade física e morte do detento****, é seu dever arcar com a indenização correspondente. A propósito, ressalta RUY BARBOSA: – "a legalidade do ato, ainda que irrepreensível, não obsta à responsabilidade civil da administração desde que haja dano a um direito" ("A Culpa Civil das Administrações Publicas" – 1898, Rio, p. 67).*
>
> ***Tal dever somente restaria afastado*** *se a ação causadora do evento danoso tivesse ocorrido em legitima defesa própria (entenda-se: – do agente policial) ou de terceiro (de outro preso) que, no momento, estaria sendo agredido ou na iminência de o ser, frise-se, pelo detento morto.*
>
> ***Mas mesmo encontrando-se*** *nessa situação lícita (legitima defesa), se tivesse produzido, com sua ação, a morte de outrem não envolvido no fato ("aberratio ictus"), sua seria também a obrigação de indenizar, pois a ação, apesar de necessária, foi agressiva, atingindo quem não estava em posição de ataque (art. 1.519 do Código Civil).*
>
> ***Assim, para afastar sua obrigação de reparar o dano, deveria a Fazenda do Estado demonstrar que o detento falecido****, Francisco Ferreira dos Santos,* ***estava, no momento de sua morte, agredindo*** *os policiais* ***ou*** *outro preso.* ***Mas esta prova***

não foi produzida *(o "onus probandi" e seu).* ***Como não a produziu, certa é sua obrigação de indenizar****.*
(**Grifei.**)

Inquestionável, desse modo, que o Tribunal de Justiça local – **ao reconhecer não comprovada**, pelo Estado de São Paulo, **a ocorrência da alegada** causa de exclusão da responsabilidade estatal – **assim decidiu com apoio** no conjunto probatório **subjacente** ao pronunciamento jurisdicional em referência.

Esse dado **assume** relevo processual, **pois a discussão ora suscitada** pelo Estado de São Paulo – **em torno da pretendida existência**, na espécie, de causa **excludente** de responsabilidade – **revela-se incabível** em sede de recurso extraordinário, **por depender do exame de matéria de fato**, *de todo inadmissível* na via do apelo extremo.

Como se sabe, o recurso extraordinário **não permite que se reexaminem**, nele, **em face** de seu **estrito** âmbito temático, **questões de fato ou aspectos de índole probatória** (**RTJ** 161/992 – **RTJ** 186/703). **É que o pronunciamento** do Tribunal "*a quo*" sobre matéria de fato **reveste-se de inteira soberania** (**RTJ** 152/612 – **RTJ** 153/1019 – **RTJ** 158/693, **v.g.**).

Impende destacar, neste ponto, **que esse entendimento** (**inadmissibilidade do exame**, em sede recursal extraordinária, **da existência**, ou não, de causa **excludente** de responsabilidade), **tratando-se** do tema suscitado pela parte ora agravante, **tem pleno suporte** no magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte (**AI 411.502/RJ**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **AI 586.270/RJ**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **RE 508.315/CE**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **RE 595.267/SC**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, **v.g.**):

> ***ACÓRDÃO QUE DECIDIU CONTROVÉRSIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO COM BASE NA PROVA DOS AUTOS. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 37, § 6.º, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.***
>
> ***Impossibilidade da abertura da via extraordinária em razão da incidência****, na hipótese,* ***do óbice*** *das Súmulas 279, 282* ***e*** *356 desta Corte. Agravo* ***desprovido****.*
> (**AI 391.371-AgR/RJ**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **grifei.**)

Cumpre ressaltar, por tal razão, **em face do caráter soberano** do acórdão recorrido (que reconheceu, **com apoio** no exame de fatos e provas, **a ausência** de demonstração da ruptura do nexo causal **sustentada** pelo Estado de São Paulo), que o Tribunal de Justiça **interpretou**, com absoluta fidelidade, a norma constitucional **que consagra**, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil **objetiva** do poder público.

Com efeito, o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária, **ao fazer aplicação** do preceito constitucional em referência (**CF**, art. 37, § 6º), **reconheceu**, com inteiro acerto, no caso em exame, **a cumulativa ocorrência** dos requisitos **concernentes** (**1**) **à consumação** do dano, (**2**) **à conduta** dos agentes estatais, (**3**) **ao vínculo causal** entre o evento danoso **e** o comportamento dos agentes públicos **e** (**4**) **à ausência** de *qualquer* causa **excludente** de que pudesse eventualmente decorrer a exoneração da responsabilidade civil do Estado de São Paulo.

Cabe acentuar, **por relevante**, que a colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar controvérsia virtualmente idêntica** à versada nesta causa, **proferiu** decisão **que se reflete**, por igual, **no presente** julgamento (**RTJ 140/636**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

Essa orientação jurisprudencial – cabe enfatizar – **reflete-se** no magistério da doutrina (RUI STOCO, "**Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**", p. 1.204, 7. ed., 2007, RT; ARNALDO RIZZARDO, "**Responsabilidade Civil**", p. 362 **e** 369/371, 1. ed., 2005, Forense; JOSIVALDO FÉLIX DE OLIVEIRA, "**A Responsabilidade do Estado por ato lícito**", p. 74/82, Editora Habeas; GUILHERME COUTO DE CASTRO, "**A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**", p. 52/55, 3. ed., 2000, Forense; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo",** p. 995/997**,** 1002 **e** 1026/1027, 26. ed., 2009, Malheiros; GIANNA CARLA RUBINO LOSS, "**Responsabilidade Civil do Estado por Atos Lícitos**", "*in*" **Cadernos do Ministério Público do Paraná**, vol. 8, n. 01, janeiro/março de 2005, p. 08/12, **e** JOSÉ ANTONIO LOMONACO **e** FLÁVIA VANINI MARTINS MARTORI, "**A Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Lícito**", "*in*" **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência** n. 06, Ano 1, Junho de 2000, p. 23/24), **valendo referir**, ante a pertinência de suas observações, **o preciso** (**e sempre valioso**) **entendimento** de YUSSEF SAID CAHALI ("**Responsabilidade Civil do Estado**", p. 44, item n. 3.5, 3. ed., 2007, RT):

> ***A responsabilidade civil do Estado, com base no risco administrativo,*** *que admite pesquisa em torno da culpa do particular,* ***para o fim de abrandar ou mesmo excluir*** *a responsabilidade estatal,* ***ocorre,*** *em síntese,* ***diante*** *dos seguintes requisitos:* ***a) do dano; b) da ação administrativa; e c) desde que haja*** *nexo causal* ***entre*** *o dano* ***e*** *a ação administrativa.* ***A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa*** *e isto:* ***sofrendo o particular*** *um prejuízo,* ***em razão*** *da atuação estatal, regular* ***ou*** *irregular,* ***no interesse*** *da coletividade,* ***é devida*** *a indenização,* ***que se assenta*** *no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.*
>
> (**Grifei.**)

Sendo assim, e pelas razões expostas, **nego provimento** ao presente agravo de instrumento, **eis** que se revela **inviável** o recurso extraordinário a que ele se refere.

Publique-se.

Brasília, 5 de outubro de 2009 (**21º Aniversário da promulgação da Constituição democrática de 1988**) — Celso de Mello, Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.896 — SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo — Recorrido: Município de Garça

Processo legislativo. Matéria tributária. Inexistência de reserva de iniciativa. Prevalência da regra geral da iniciativa concorrente quanto à instauração do processo de formação das leis. Legitimidade constitucional da iniciativa parlamentar. Recurso extraordinário conhecido e provido.

– Sob a égide da Constituição republicana de 1988, também o membro do Poder Legislativo dispõe de legitimidade ativa para iniciar o processo de formação das leis, quando se tratar de matéria de índole tributária, não mais subsistindo, em consequência, a restrição que prevaleceu ao longo da Carta Federal de 1969. Precedentes.

Decisão: O **presente** recurso extraordinário **foi interposto** contra decisão, que, **proferida**, **em sede** de fiscalização abstrata de constitucionalidade (**CF**, art. 125, § 2º), pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça local, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado (**fl. 324**):

> ***Ação direta de inconstitucionalidade. Lei tributária benéfica. Iniciativa do projeto cabente, exclusivamente, ao Prefeito. Afronta ao princípio da separação dos Poderes. Ação procedente.***
> (**Grifei.**)

A parte ora recorrente, **ao deduzir** o apelo extremo em questão, **sustentou** que o Tribunal "*a quo*" **teria transgredido** os preceitos **inscritos** nos arts. 2º **e** 61, § 1º, da Constituição da República.

A análise dos autos **evidencia** que o acórdão mencionado **diverge** da diretriz jurisprudencial **que esta** Suprema Corte **firmou** na matéria em referência.

Com efeito, **não mais assiste**, ao Chefe do Poder Executivo, **a prerrogativa constitucional** de fazer instaurar, **com exclusividade**, em matéria tributária, **o concernente** processo legislativo.

Esse entendimento – **que encontra apoio** na jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** no tema ora em análise (**RTJ** 133/1044 – **RTJ** 176/1066-1067) – **consagra** a orientação de que, **sob a égide** da Constituição republicana de 1988, **também** o membro do Poder Legislativo **dispõe** de legitimidade ativa **para iniciar** o processo de formação das leis, **quando se tratar de matéria de índole tributária**, **não mais subsistindo**, em consequência, **a restrição** que prevaleceu **ao longo** da Carta Federal de 1969 (art. 57, I):

> *A Constituição Federal de 1988 **não reproduziu** em seu texto a norma **contida** no art. 57, I, da Carta Política de 1969, **que atribuía**, ao Chefe do Poder*

Executivo da União, ***a iniciativa*** *de leis referentes a matéria financeira,* ***o que impede****, agora,* ***vigente um novo ordenamento constitucional****,* ***a útil invocação*** *da jurisprudência que se formou,* ***anteriormente****, no Supremo Tribunal Federal,* ***no sentido*** *de que tal* ***constituía*** *princípio de observância necessária, e de compulsória aplicação, pelas unidades federadas.*

(**RTJ 133/1044**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

– A Constituição de 1988 ***admite a iniciativa parlamentar*** *na instauração do processo legislativo* ***em tema de direito tributário****.*

– ***A iniciativa reservada****, por constituir matéria de direito estrito,* ***não se presume nem comporta*** *interpretação ampliativa,* ***na medida em que*** *– por implicar* ***limitação*** *ao poder de instauração do processo legislativo –* ***deve****, necessariamente,* ***derivar*** *de norma constitucional* ***explícita e inequívoca****.*

– ***O ato de legislar sobre direito tributário****, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal,* ***não se equipara*** *–* ***especialmente*** *para os fins de instauração do respectivo processo legislativo –* ***ao ato de legislar*** *sobre o orçamento do Estado.*

(**RTJ 179/77**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

Impende advertir, ainda, **na linha** do magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte (**RTJ** 176/1066-1067, **v.g.**), **que se revela** inaplicável, **aos Estados-membros e aos Municípios**, ante a sua **evidente** impertinência, a norma **inscrita** no art. 61, § 1º, II, "**b**", da Constituição, **pois** a cláusula consubstanciada **nesse** preceito constitucional **concerne**, unicamente, às proposições legislativas que disponham sobre matéria tributária **pertinente aos Territórios Federais**.

Cumpre ressaltar, por necessário, que essa orientação **vem sendo observada** em sucessivas decisões – monocráticas **e** colegiadas – **proferidas** no âmbito desta Suprema Corte (**ADI 2.392-MC/ES**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **ADI 2.464-MC/AP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **ADI 3.205/ MS**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **AI 431.044/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **RE 309.425-AgR/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RE 341.882/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RE 362.573-AgR/MG**, Rel. Min. EROS GRAU).

Cabe registrar, finalmente, **tratando-se** da hipótese prevista no art. 125, **§ 2º**, da Constituição da República, **que o provimento e o improvimento** de recursos extraordinários **interpostos** contra acórdãos **proferidos** por Tribunais de Justiça **em sede** de fiscalização normativa abstrata **têm sido veiculados** em decisões monocráticas **emanadas** dos Ministros Relatores da causa no Supremo Tribunal Federal, **desde** que, **tal como sucede** na espécie, o litígio constitucional **já tenha sido definido** pela jurisprudência **prevalecente** no âmbito **deste** Tribunal (**RE 243.975/RS**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **RE 334.868-AgR/RJ**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **RE 336.267/SP**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **RE 353.350-AgR/ES**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RE 369.425/RS**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RE 371.887/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 396.541/RS**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RE 415.517/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **RE 421.271-AgR/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **RE 444.565/RS**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **RE 461.217/SC**,

Rel. Min. EROS GRAU – **RE 501.913/MG**, Rel. Min. MENEZES DIREITO – **RE 592.477/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RE 601.206/SP**, Rel. Min. EROS GRAU – **AI 348.800/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AI 258.067/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g**.).

Sendo assim, e pelas razões expostas, **conheço** do presente recurso extraordinário, **para dar-lhe provimento** (**CPC**, art. 557, §1º-A), **em ordem a julgar improcedente** a ação direta de inconstitucionalidade **ajuizada** pelo Prefeito do Município de Garça/SP.

Publique-se.

Brasília, 9 de outubro de 2009 – Celso de Mello, Relator.

_____

AGRAVO DE INSTRUMENTO 505.595 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: José Carlos Amaral Kfouri — Agravado: Ricardo Terra Teixeira

Liberdade de informação. Direito de crítica. Prerrogativa político-jurídica de índole constitucional. Matéria jornalística que expõe fatos e veicula opinião em tom de crítica. Circunstância que exclui o intuito de ofender. As excludentes anímicas como fator de descaracterização do *animus injuriandi vel diffamandi*. Ausência de ilicitude no comportamento do profissional de imprensa. Inocorrência de abuso da liberdade de manifestação do pensamento. Caracterização, na espécie, do regular exercício do direito de informação. O direito de crítica, quando motivado por razões de interesse coletivo, não se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão do abuso da liberdade de imprensa. A questão da liberdade de informação (e do direito de crítica nela fundado) em face das figuras públicas ou notórias. Jurisprudência. Doutrina. Jornalista que foi condenado ao pagamento de indenização civil por danos morais. Insubsistência, no caso, dessa condenação civil. Improcedência da ação indenizatória. Conversão do agravo de instrumento em recurso extraordinário, que, parcialmente conhecido, é, nessa parte, provido.

Decisão: O recurso extraordinário – **a que se refere** o presente agravo de instrumento – **foi interposto** contra acórdão, que, **confirmado**, em sede de embargos de declaracao (**fls. 57/59**), pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **está assim ementado** (**fl. 47**):

AÇÃO INDENIZATÓRIA.

IMPRENSA.

DANO MORAL.

***REPORTAGEM** QUE SE PRETENDE MERAMENTE INFORMATIVA, **MAS QUE OFENDE** A HONRA SUBJETIVA.*

***A liberdade de imprensa** deve, sempre, vir junto com a responsabilidade da imprensa, **de molde a que**, em contrapartida ao poder-dever de informar, **exista** a obrigação de divulgar a verdade, mesmo que com críticas feitas pelo jornalista à conduta da pessoa abrangida pela notícia, mas sempre preservando a honra alheia, ainda que subjetiva.*

***Quem**, a pretexto de noticiar e criticar, assaca injúrias, é obrigado a indenizar.*

***Juros moratórios**. Incidência desde a data da publicação, uma vez que, nos ilícitos extracontratuais, o seu causador é considerado em mora desde que o perpetua.*

***Segundo** apelo provido, **prejudicado** o primeiro.*

(**Grifei**.)

A parte ora agravante, **ao deduzir** o apelo extremo em questão, **sustenta** que o Tribunal "*a quo*" **teria transgredido** os preceitos **inscritos no** art. 5º, **incisos** IV, V, IX, X e XXXV, **no** art. 93, IX, **e no** art. 220, § 1º e § 2º, **todos** da Constituição da República.

Cumpre ressaltar, inicialmente, que a **suposta** ofensa aos princípios inscritos no art. 5º, XXXV, **e** no art. 93, IX, do texto constitucional, **caso existente**, apresentar-se-ia por via reflexa, **eis que** a sua constatação reclamaria – **para que se configurasse** – a formulação de juízo **prévio** de legalidade, **fundado** na vulneração **e** infringência de dispositivos de ordem meramente legal. **Não se tratando** de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, **como exigido** pela jurisprudência da Corte (**RTJ 120/912**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **RTJ 132/455**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **torna-se inviável**, quanto a tais alegações, **a cognoscibilidade** do recurso extraordinário em referência.

De outro lado, no entanto, e no que concerne **às demais** alegações de transgressão ao ordenamento constitucional, **impõe-se**, quanto a elas, **o conhecimento** do apelo extremo em questão, **eis que**, **além de configurado** o prequestionamento explícito dos temas constitucionais nele versados, **resulta evidente**, na espécie, **a ocorrência** de conflito **direto** com o texto da Constituição da República, **notadamente** com os preceitos inscritos **nos incisos** IV, V, IX **e** X do art. 5º **e** no art. 220, § 1º e § 2º, da Carta Política.

Tais circunstâncias levam-me, desse modo, **a conhecer**, em parte, do recurso extraordinário **a que se refere** o presente agravo de instrumento.

Sendo esse o contexto, passo a **examinar** a controvérsia constitucional **ora suscitada** na presente sede recursal. **E**, ao fazê-lo, **reproduzo o teor** da matéria **alegadamente** ofensiva, **tal como foi ela registrada** na publicação de fl. 17:

> *"**PLAYBOY**" O jornalista Carlos Maranhão fez quase todas as perguntas que devia ao presidente da CBF na entrevista da "Playboy" deste mês. E, como sempre, o cartola respondeu sem nenhuma preocupação com a ética ou com a verdade. Merece ser lida, ate porque os destaques na edição da entrevista são suficientemente maliciosos para bons entendedores. Aliás, você só acredita se quiser. E tem um furo: Ricardo Teixeira ganha, de salário, R$ 17 mil na CBF. É pouco.*

Delineado, de forma incontroversa, esse contexto fático, **assinalo que o exame** dos elementos produzidos na causa em que interposto o recurso extraordinário mencionado **põe em evidência o exercício concreto**, pelo jornalista ora recorrente, **da liberdade de expressão e de crítica**, considerado, para esse efeito, **o próprio teor** da publicação supostamente veiculadora de lesão ao patrimônio moral do recorrido.

Reconheço, por isso mesmo, **que o conteúdo da matéria jornalística** que motivou a condenação do recorrente ao dever de pagar indenização civil, por danos morais, ao ora recorrido, **longe de evidenciar** prática ilícita **contra** a honra subjetiva do suposto ofendido, **traduz**, na realidade, **o exercício concreto**, por esse profissional da imprensa, **da liberdade de expressão**, cujo fundamento

reside no próprio texto da Constituição da República, **que assegura**, ao jornalista, **o direito de expender** crítica, **ainda** que desfavorável **e mesmo** que em tom contundente, **contra** quaisquer pessoas **ou** autoridades.

Por também não haver reconhecido a existência **de qualquer** ofensa moral na publicação em referência – **tal como foi esta reproduzida** na petição inicial (fls. 16/17 **e** 18) **e** no acórdão recorrido (fl. 48) –, a ilustre magistrada **de primeira** instância **veio a julgar improcedente** a "*ação indenizatória*" que o ora recorrido ajuizou contra o recorrente, **fazendo-o** com apoio **nos seguintes** fundamentos (**fls. 30/31**):

> ***A matéria*** *objeto da presente análise,* ***reproduzida*** *por digitalização de imagem a fls. 07,* ***diz respeito*** *a dois pontos:*
>
> ***O primeiro****, em que faz o réu referência a ter o autor respondido, "como sempre, sem nenhuma preocupação com a ética ou com a verdade".* ***O segundo ponto*** *diz respeito aos ganhos do autor como presidente da CBF,* ***no que declarou*** *o réu ser pouco.*
>
> ***Ao analisar*** *a referida matéria,* ***sob o enfoque*** *dos pontos assinalados,* ***tenho que razão não assiste ao autor****.*
>
> ***Não se pode afirmar*** *que a expressão utilizada se traduziria em chamar o autor de antiético, insincero e mentiroso, como por este sustentado,* ***não havendo aí*** *lógica alguma.* ***O fato*** *de declarar* ***não estar o autor*** *preocupado com a ética* ***ou*** *com a verdade* ***não significa****, necessariamente,* ***imputar-lhe*** *as qualidades acima mencionadas.*
>
> ***Ademais****, eventual falta de ética* ***ou*** *da verdade* ***tem sido matéria*** *amplamente divulgada* ***em todos*** *os anais,* ***mormente*** *diante da instauração da CPI do futebol, fato público e notório.*
>
> ***Quanto ao fato*** *de declarar* ***ser pouco*** *o salário recebido pelo autor,* ***em razão*** *do cargo de presidente da CBF,* ***este não tem*** *o condão* ***que pretende*** *lhe emprestar o autor.*
>
> ***Com efeito****, o fato de entender ser pouco o referido salário não está atrelado à conclusão de que estaria o autor se locupletando ilicitamente.*
>
> ***Pela leitura*** *da matéria de fl. 8,* ***não se pode concluir*** *tenha o réu se referido a eventual locupletamento ilícito ou tenha, sequer, pretendido fazer referida vinculação.*
>
> ***O réu não denegriu a imagem****,* ***injuriou ou difamou o autor****, como por este sustentado.* ***O réu tão somente informou****,* ***como dever que tem****,* ***acerca da entrevista concedida*** *ao jornalista da Playboy,* ***dentro*** *dos parâmetros normais do direito de informar* ***e*** *da liberdade de manifestação do pensamento,* ***não havendo****, pois,* ***abuso algum a ser repreendido*** *pelo Judiciário.*
>
> ***Não houve insulto ou ofensa*** *à dignidade do autor,* ***tampouco violação*** *à sua honra subjetiva* ***e/ou*** *objetiva.*
>
> ***É de se ressaltar*** *estar o autor sob os holofotes da crítica da mídia,* ***em razão*** *do cargo que ocupa,* ***não havendo*** *na matéria em análise* ***qualquer direcionamento*** *à vida privada* ***ou à*** *intimidade do autor.*
>
> ***Não se vislumbra****, assim,* ***a caracterização*** *de ato ilícito* ***ou*** *abuso no direito de informar,* ***pelo que descabida*** *a pretendida indenização.*
>
> (**Grifei**.)

Ninguém ignora que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão estatal ao pensamento, **ainda mais** quando a crítica – **por mais dura** que seja – **revele-se inspirada** pelo interesse coletivo **e decorra da prática legítima**, como sucede na espécie, **de uma liberdade pública** de extração **eminentemente** constitucional (**CF**, art. 5º, IV, **c/c** o art. 220).

Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, **enquanto** projeção da liberdade de manifestação de pensamento **e** de comunicação, **reveste-se** de conteúdo abrangente, **por compreender**, **dentre outras prerrogativas** relevantes que lhe são inerentes, (**a**) o direito **de** informar, (**b**) o direito **de buscar** a informação, (**c**) o direito **de** opinar **e** (**d**) o direito **de** criticar.

A crítica jornalística, desse modo, **traduz** direito **impregnado** de qualificação constitucional, **plenamente oponível** aos que exercem **qualquer** atividade de interesse da coletividade em geral, **pois** o interesse social, **que legitima** o direito de criticar, **sobrepõe-se** a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas.

É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social **dirigem** às pessoas públicas, **por mais acerba**, dura e veemente que possa ser, **deixa de sofrer**, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas **que ordinariamente resultam** dos direitos da personalidade.

Lapidar, sob tal aspecto, a **decisão** emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas****, e é fundamental* ***que se garanta*** *não só ao povo em geral* ***larga margem de fiscalização e censura*** *de suas atividades,* ***mas sobretudo à imprensa****, ante a* ***relevante utilidade*** *pública da mesma.*
> (**JTJ 169/86**, Rel. Des. MARCO CESAR – **Grifei**.)

É importante acentuar, bem por isso, **que não caracterizará** hipótese de responsabilidade civil **a publicação** de matéria jornalística cujo conteúdo **divulgar** observações em caráter mordaz **ou** irônico **ou**, então, **veicular** opiniões em tom de crítica severa, dura **ou**, ate, impiedosa, **ainda mais se** a pessoa a quem tais observações forem dirigidas **ostentar** a condição **de figura pública**, **investida**, ou não, de autoridade governamental, **pois**, em tal contexto, **a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica**, **apta a afastar o intuito doloso** de ofender.

Com efeito, **a exposição** de fatos **e a veiculação** de conceitos, **utilizadas** como elementos materializadores **da prática concreta** do direito de crítica, **descaracterizam** o "*animus injuriandi vel diffamandi*", **legitimando**, assim, em plenitude, **o exercício** dessa particular expressão da liberdade de imprensa.

Expressivo dessa visão **pertinente** à plena legitimidade do direito de crítica, **fundado** na liberdade **constitucional** de comunicação, **é o julgamento**,

que, **proferido** pelo E. Superior Tribunal de Justiça – **e em tudo aplicável** ao caso ora em exame –, **está assim ementado**:

> ***RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – (...) DIREITO DE INFORMAÇÃO – "ANIMUS NARRANDI" – EXCESSO NÃO CONFIGURADO (...).***
>
> *(...)*
>
> ***3. No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão somente ante a ocorrência deliberada*** *de injúria, difamação* ***e*** *calúnia,* ***perfazendo-se imperioso demonstrar*** *que o ofensor* ***agiu com o intuito específico*** *de agredir moralmente a vítima.* ***Se*** *a matéria jornalística* ***se ateve a tecer críticas*** *prudentes ("animus criticandi")* ***ou*** *a narrar fatos de interesse coletivo ("animus narrandi"),* ***está sob o pálio das*** *"****excludentes de ilicitude****" (...),* ***não se falando*** *em responsabilização civil* ***por ofensa*** *à honra,* ***mas em exercício regular do direito de informação****.*
>
> (**REsp 719.592/AL**, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI – **Grifei**.)

Não é por outro motivo que a jurisprudência dos Tribunais – **com apoio em magistério expendido pela doutrina** (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Manual de Direito Penal**", vol. 2/147 e 151, 7. ed., 1993, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código Penal Anotado**", p. 400, 407 e 410/411, 4. ed., 1994, Saraiva; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, "**Direito Penal – Crimes contra a pessoa**", p. 236/240, 2. ed., 1973, RT, **v.g.**) – **tem ressaltado que a necessidade de narrar ou de criticar** (tal como sucedeu na espécie) **atua como fator de descaracterização** *da vontade consciente e dolosa* **de ofender a honra** de terceiros, **a tornar legítima** a crítica a estes feita, **ainda** que por meio da imprensa (**RTJ** 145/381 – **RTJ** 168/853 – **RT** 511/422 – **RT** 527/381 – **RT** 540/320 – **RT** 541/385 – **RT** 668/368 – **RT** 686/393), **eis** que – **insista-se** – "***em nenhum caso*** *deve afirmar-se que o dolo* ***resulta da própria*** *expressão objetivamente ofensiva*" (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "**Lições de Direito Penal – Parte especial**", vol. II/183-184, 7. ed., Forense – **Grifei**), **valendo referir**, por oportuno, **decisão que proferi**, a propósito do tema, **neste** Supremo Tribunal Federal:

> ***LIBERDADE DE IMPRENSA*** *(****CF****, ART. 5º, IV,* ***C/C*** *O ART. 220).* ***JORNALISTAS****.* ***DIREITO DE CRÍTICA****.* ***PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL*** *CUJO SUPORTE LEGITIMADOR* ***REPOUSA*** *NO PLURALISMO POLÍTICO (****CF****, ART. 1º, V),* ***QUE REPRESENTA*** *UM DOS FUNDAMENTOS* ***INERENTES*** *AO REGIME DEMOCRÁTICO.* ***O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA*** *INSPIRADO* ***POR RAZÕES*** *DE INTERESSE PÚBLICO****: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL*** *DE LIBERDADE* ***A SER PRESERVADA*** *CONTRA ENSAIOS* ***AUTORITÁRIOS*** *DE REPRESSÃO PENAL.* ***A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS****.* ***A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO*** *POR EXCELÊNCIA.*
>
> (**RTJ 200/277**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Entendo relevante destacar, no ponto, **analisada** a questão **sob a perspectiva** *do direito de crítica* – **cuja prática** se mostra apta **a descaracterizar** o

"*animus injuriandi vel diffamandi*" (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, "**A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**", p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, "**A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**", p. 88/89, 1997, Editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, "**Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**", p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, **v.g.**) –, **que essa prerrogativa** *dos profissionais de imprensa* **revela-se** particularmente expressiva, **quando** a crítica, **exercida** pelos "*mass media*" **e justificada pela prevalência** do interesse geral da coletividade, **dirige-se a figuras notórias ou a pessoas públicas**, **independentemente** de sua condição oficial.

Daí a existência de diversos julgamentos, que, **proferidos** por Tribunais judiciários, **referem-se à legitimidade** da atuação jornalística, **considerada**, para tanto, **a necessidade do permanente escrutínio social** a que se acham sujeitos aqueles que, **exercentes**, **ou não**, de cargos oficiais, **qualificam-se** como figuras públicas:

> ***Responsabilidade civil – Imprensa – Declarações que não extrapolam os limites do direito de informar e da liberdade de expressão, em virtude*** *do contexto a que se reportava* ***e por relacionar-se à pessoa pública – Inadmissibilidade de se cogitar do dever de indenizar – Não provimento***.
> (**Apelação 502.243-4/3**, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI – **TJSP – Grifei**.)

> ***Indenização por dano moral. Matéria publicada, apesar de deselegante, não afrontou a dignidade da pessoa humana, tampouco colocou a autora em situação vexatória***. *Apelante era vereadora,* ***portanto, pessoa pública sujeita a críticas mais contundentes. Termos deseducados utilizados pelo réu são insuficientes para caracterizar o dano moral pleiteado. Suscetibilidade exacerbada*** *do polo ativo* ***não dá*** *supedâneo à verba reparatória pretendida.* ***Apelo desprovido***."
> (**Apelação Cível 355.443-4/0-00**, Rel. Des. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA – **TJSP – Grifei**.)

> ***INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA QUE TRADUZ CRÍTICA JORNALÍSTICA. AUTORA QUE, NO EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO, NÃO PODE SE FURTAR A CRÍTICAS QUE SE LHE DIRIGEM. CASO EM QUE FERIDA MERA SUSCETIBILIDADE,*** *QUE* ***NÃO*** *TRADUZ DANO.* ***AUSÊNCIA DE ILICITUDE DO COMPORTAMENTO DOS RÉUS. DIREITO DE CRÍTICA QUE É INERENTE À LIBERDADE DE IMPRENSA. VERBA INDEVIDA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO, PREJUDICADO*** *O APELO ADESIVO. (...).*
> (**Apelação Cível 614.912.4/9-00**, Rel. Des. VITO GUGLIELMI – **TJSP** – **Grifei**.)

> ***INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. PUBLICAÇÃO DE ARTIGO EM REVISTA COM REFERÊNCIAS À PESSOA DO AUTOR. INFORMAÇÕES***

COLETADAS EM OUTRAS FONTES JORNALÍSTICAS *DEVIDAMENTE INDICADAS.* ***AUSÊNCIA DE CONOTAÇÃO OFENSIVA. TEOR CRÍTICO QUE É PRÓPRIO DA ATIVIDADE DO ARTICULISTA***. ***AUTOR***, *ADEMAIS,* ***QUE É PESSOA PÚBLICA*** *E QUE ATUOU EM FATOS DE INTERESSE PÚBLICO.* ***SENTENÇA MANTIDA***. ***RECURSO IMPROVIDO***.
(**Apelação Cível 638.155.4/9-00**, Rel. Des. VITO GUGLIELMI – **TJSP – Grifei**.)

(...) ***03. Sendo o envolvido pessoa de vida pública****, uma autoridade, eleito para o cargo de Senador da República após haver exercido o cargo de Prefeito do Município de Ariquemes/RO,* ***condição que o expõe à crítica da sociedade*** *quanto ao seu comportamento,* ***e levando-se*** *em conta que* ***não*** *restou provado* ***o "animus" de ofender, tenho que o Jornal não pode ser condenado*** *ao pagamento de indenização por danos morais.*

04. ***Deu-se provimento*** *ao recurso.* ***Unânime***.
(**Apelação Cível 2008.01.5.003792-6**, Rel. Des. ROMEU GONZAGA NEIVA – **TJDF – Grifei**.)

A notoriedade *do artista,* ***granjeada*** *particularmente em telenovela de receptividade popular acentuada,* ***opera por forma a limitar sua intimidade pessoal, erigindo-a em personalidade de projeção pública****, ao menos num determinado momento.* ***Nessa linha de pensamento, inocorreu iliceidade*** *ou o propósito de locupletamento para,* ***enriquecendo*** *o texto,* ***incrementar*** *a venda da revista. (...)* ***cuida-se de um ônus natural, que suportam*** *quantos, em seu desempenho* ***exposto*** *ao público,* ***vêm a sofrer*** *na área de sua privacidade,* ***sem*** *que se aviste, no fato,* ***um gravame à reserva pessoal*** *da reclamante.*
(**JTJ/Lex 153/196-200**, **197/198**, Rel. Des. NEY ALMADA – **TJSP** – **Grifei**.)

Vê-se, pois – **tal como tive o ensejo** de assinalar (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** 398/2005) –, **que a crítica jornalística**, quando **inspirada** pelo interesse público, **não importando** a acrimônia **e** a contundência da opinião manifestada, **ainda mais** quando dirigida **a figuras públicas**, com alto grau de responsabilidade na condução dos interesses de certos grupos da coletividade, **não traduz nem se reduz**, em sua expressão concreta, **à dimensão** do abuso da liberdade de imprensa, **não se revelando suscetível**, por isso mesmo, **em situações de caráter ordinário**, de sofrer **qualquer** repressão estatal **ou** de se expor a **qualquer** reação hostil do ordenamento positivo.

É certo que *o direito de critica* **não assume** caráter absoluto, **eis que inexistem**, em nosso sistema constitucional, **como reiteradamente proclamado** por esta Suprema Corte (**RTJ** 173/805-810, **807-808**, **v.g.**), direitos e garantias **revestidos** de natureza absoluta.

Não é menos exato afirmar-se, no entanto, **que o direito de crítica encontra suporte legitimador no pluralismo político**, que representa **um dos fundamentos** em que se apoia, **constitucionalmente**, o próprio Estado Democrático de Direito (**CF**, art. 1º, V).

É por tal razão, **como assinala** VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR ("**A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**", p. 87/88, 1997, Editora FTD), **que o reconhecimento da legitimidade** do direito de crítica – **que constitui** "*pressuposto do sistema democrático*" – **qualifica-se**, por efeito de sua natureza mesma, **como verdadeira** "*garantia institucional da opinião pública*":

> *(...)* ***o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável****, porém adquire um* ***caráter preferencial****, desde que a crítica veiculada se refira* ***a assunto de interesse geral****,* ***ou*** *que tenha* ***relevância pública****,* ***e guarde pertinência*** *com o objeto da noticia,* ***pois*** *tais aspectos e que fazem a* ***importância da crítica*** *na formação da* ***opinião pública****.*
> (**Grifei**.)

Não foi por outra razão – e aqui rememoro anterior decisão por mim proferida nesta Suprema Corte (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – **que o Tribunal Constitucional espanhol**, **ao veicular as Sentenças nº 6/1981** (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE), **nº 12/1982** (Rel. Juiz LUIS DÍEZ-PICAZO), **nº 104/1986** (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) **e nº 171/1990** (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), **pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se** a prática da liberdade de informação, **inclusive o direito de crítica** que dela emana, **como um dos suportes axiológicos** que informam **e** que conferem legitimação material **à própria** concepção do regime democrático.

É relevante observar, ainda, **que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos** (**TEDH**), em mais de uma ocasião, **também advertiu que a limitação** do direito a informação **e** do direito (dever) de informar, **mediante** (**inadmissível**) **redução** de sua prática "*ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos,* ***não se mostra*** *constitucionalmente aceitável* ***nem compatível*** *com o pluralismo, a tolerância (...),* ***sem os quais*** *não há sociedade democrática (...)*" (**Caso Handyside**, Sentenca do TEDH, de 7-12-1976).

Essa **mesma** Corte Europeia de Direitos Humanos, **quando do julgamento do Caso Lingens** (**Sentença** de 8-7-1986), **após assinalar** que "*a* ***divergência*** *subjetiva de opiniões* ***compõe*** *a estrutura mesma do aspecto institucional do direito a informação*", **acentua** que "*a imprensa* ***tem a incumbência****, por ser essa a sua missão,* ***de publicar*** *informações* ***e ideias*** *sobre as questões que se discutem no terreno político* ***e em outros setores de interesse público*** *(...)*", **vindo a concluir**, em tal decisão, **não ser aceitável** a visão daqueles **que pretendem negar**, à imprensa, **o direito de interpretar** as informações **e de expender as críticas** pertinentes.

Não custa insistir, neste ponto, **na asserção** de que a Constituição da República **revelou hostilidade** extrema **a quaisquer** práticas estatais **tendentes** a restringir **ou** a reprimir **o legítimo** exercício da liberdade de expressão **e** de comunicação de ideias e de pensamento.

É preciso advertir, bem por isso, **notadamente** quando se busca promover, **como no caso**, **a repressão à crítica jornalística**, mediante condenação judicial ao pagamento de indenização civil, **que o Estado** – inclusive o Judiciário – **não dispõe** de poder algum **sobre a palavra**, **sobre as ideias e sobre as convicções** manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social.

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como **precedentemente** assinalado, **representa**, em seu próprio e essencial significado, **um dos fundamentos** em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma** autoridade, **mesmo** a autoridade judiciária, **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política, **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, **nem estabelecer** padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento. **Isso**, porque "*o direito de pensar, falar e escrever livremente, **sem** censura, **sem** restrições **ou sem** interferência governamental*" **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, "*o **mais precioso privilégio dos cidadãos** (...)*" ("**Crença na Constituição**", p. 63, 1970, Forense).

Vale rememorar, por relevante, **tal como o fiz** em anterior decisão **neste** Supremo Tribunal Federal (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **fragmento expressivo** da obra do ilustre magistrado federal SÉRGIO FERNANDO MORO ("**Jurisdição Constitucional como Democracia**", p. 48, item n. 1.1.5.5, 2004, RT), **no qual esse eminente Juiz põe em destaque** um "*landmark ruling*" da Suprema Corte norte-americana, **proferida** no caso "*New York Times **v.** Sullivan*" (1964), **a propósito** do tratamento que esse Alto Tribunal **dispensa** à garantia constitucional da liberdade de expressão:

> *A Corte **entendeu** que a liberdade de expressão **em assuntos públicos** deveria de todo modo ser **preservada**. Estabeleceu que **a conduta do jornal estava protegida** pela liberdade de expressão, **salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou** com desconsideração negligente em relação à verdade. **Diz o voto condutor** do Juiz William Brennan:*
>
> > *"(...) **o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis** ao governo **e** às autoridades governamentais.*"
>
> (**Grifei.**)

Essa **mesma** percepção **em torno** do tema **tem sido manifestada** pela jurisprudência dos Tribunais, **em pronunciamentos que se orientam em sentido favorável** à postulação do ora recorrente, **que agiu**, na espécie, **com o ânimo** de informar **e** de expender critica, **em comportamento** amparado pela liberdade **constitucional** de comunicação, **em contexto** que claramente **descaracteriza** qualquer imputação, **a ele**, de responsabilidade civil **pela matéria que escreveu**:

> ***RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA PUBLICADA EM REVISTA SEMANAL. VIÉS CRÍTICO SOBRE TERAPIAS ALTERNATIVAS. LIBERDADE DE IMPRENSA. INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS.***

*1. **A liberdade de imprensa**, garantia **inerente** a qualquer Estado que se pretenda democrático, **autoriza** a publicação de matéria **que apresente críticas** a quaisquer atividades.*
(**REsp 828.107/SP**, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – **Grifei.**)

***Críticas** – **inerentes** à atividade jornalística.*
***Estado Democrático** – **cabe à imprensa** o dever de informar.*
***Art. 5º**, IV **e** X, da Constituição. **Ideias e opiniões pessoais são livres**. **Garantia constitucional**.*
***Vida pública – todos** estão sujeitos a críticas favoráveis **ou** desfavoráveis.*
(...)
***Exercício da crítica não produz lesão moral**.*
(**Apelação Cível 2006.001.21477/RJ**, Rel. Des. WANY COUTO – **Grifei**.)

***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – LIBERDADE DE IMPRENSA – DIVULGAÇÃO DE FATOS ENVOLVENDO O AUTOR – AUSÊNCIA DE DESVIRTUAMENTO**.*
***1 – A liberdade de imprensa deve ser exercida** com a necessária responsabilidade, para que não resulte em prejuízo à honra, à imagem e ao direito de intimidade da pessoa abrangida na notícia.*
***2 – Não tendo as matérias** publicadas **ultrapassado os limites legais e constitucionais** do direito de informação, **afasta-se** a ocorrência de dano moral, eis que ausente a intenção de lesar ou prejudicar outrem.*
(**Apelação Cível 2004.01.1.063638-4/DF**, Rel. Des. HAYDEVALDA SAMPAIO – **Grifei**.)

Impõe-se reconhecer que esse entendimento **tem o beneplácito** do magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte, que, em hipótese assemelhada à ora em exame, **proferiu decisão** consubstanciada em acordão assim ementado:

***Direito à informação** (**CF**, art. 220). **Dano moral. A simples reprodução**, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, **objeto** de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, **não constitui abuso de direito**. **Dano moral indevido**. **RE** conhecido **e** provido.*
(**RE 208.685/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.)

Concluo a minha decisão: **as razões** que venho de expor **levam-me a reconhecer** que a pretensão deduzida pelo jornalista recorrente **revela-se acolhível**, **eis que compatível** com o modelo consagrado pela Constituição da República. **É que** a opinião jornalística ora questionada – **que motivou** a condenação civil imposta ao recorrente – **veicula conteúdo que traduz** expressão concreta de uma liberdade fundamental **que legitima** o exercício do direito **constitucional** de crítica **e** de informação.

Sendo assim, pelas razões expostas, **conheço** do presente agravo de instrumento, **para**, desde logo, **conhecer**, em parte, do recurso extraordinário, **e**, nessa parte, **dar-lhe provimento** (**CPC**, art. 544, § 4º), **em ordem a**

julgar improcedente a "*ação indenizatória*" **ajuizada** pela parte ora recorrida, **restabelecendo-se**, quanto às custas processuais **e** à verba honorária, a sentença proferida pela magistrada estadual **de primeira** instância, **com a consequente devolução**, ao ora recorrente, do valor de sua condenação, por ele já depositado **nos autos** do Processo n. 2000.001.139887-4 (8ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ).

Publique-se.

Brasília, 11 de novembro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

———

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

PrSTF Abstração, generalidade e impessoalidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Ct Abuso da liberdade de manifestação do pensamento: inocorrência. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

PrCv Ação autônoma. (...) ***Ação rescisória.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Ato normativo de efeito concreto: ausência. Abstração, generalidade e impessoalidade. Destinatários determináveis. Decreto 5.820/2006, arts. 7º, 8º, 9º e 10. ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Não conhecimento. Memorando de entendimento ou protocolo de intenções entre Brasil e Japão. Apreciação pelo Congresso Nacional: desnecessidade. CF/1988, art. 49, I: ofensa inocorrente. ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Não conhecimento. Relatório do Comitê de Desenvolvimento do SBTVD: ausência de publicação. Peça informativa prevista em ato infralegal. Escolha do modelo japonês de televisão digital (ISDB): legalidade da opção. Decreto 4.901/2003, art. 3º, VIII. ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Não conhecimento. Restrição à gratuidade do transporte coletivo urbano e semiurbano ao idoso. Norma impugnada declarada constitucional na ADI 3.768. Estatuto do Idoso, art. 39. ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento ou suspensão: descabimento. Incapacidade civil do acusado. Inimputabilidade penal: distinção. Incidente de insanidade mental: necessidade. HC 101.930 *RTJ* 216/430

PrCv ***Ação popular.*** Competência originária do STF: ausência de previsão. CF/1988, art. 102, I: rol taxativo. HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrCv ***Ação rescisória.*** Propositura. Juntada de cópia autenticada da procuração da ação originária: inadmissibilidade. Procuração com poderes especiais: necessidade. Ação autônoma. AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

PrCv ***Acórdão.*** Fundamentação suficiente. Decisão desfavorável ao recorrente. CF/1988, art. 93, IX: ofensa inocorrente. RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrCv Agravo de instrumento julgado prejudicado. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrCv ***Agravo regimental.*** Descabimento. Agravo de instrumento julgado prejudicado. Recurso extraordinário sobrestado na origem: juízo de inadmissibilidade. Repercussão geral: ausência. CPC/1973, art. 543-B, § 1º e § 2º. Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrCv ***Agravo regimental.*** Descabimento. Decisão agravada: ausência de impugnação dos fundamentos. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 317, § 1º. Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrCv ***Agravo regimental.*** Mandado de injunção. Não conhecimento. Capacidade postulatória: ausência. Direito de petição: impossibilidade. MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrSTF Agravo regimental: provimento parcial. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 172-AgR *RTJ* 216/156

PrPn Alegação de censura jornalística. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Cm Alienação judicial de empresa. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrPn Ameaça à liberdade de locomoção física: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn Análise de validade de laudo pericial de arma de fogo. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrPn Aplicação da lei penal: fuga do acusado. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366

Adm ***Aposentadoria.*** Servidor público. Regência: lei vigente ao implemento das condições. Proventos integrais: impossibilidade de transformação em proporcionais. Súmula 359 do STF. RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

Ct Aposentadoria compulsória imposta pelo CNJ: suspensão cautelar. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

PrSTF Apreciação pelo Congresso Nacional: desnecessidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Adm Apreciação pelo Congresso Nacional: desnecessidade. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Lei temporária com efeito exaurido. Controvérsia jurídica: interpretação da anistia penal. Lei 6.683/1979: abrangência. ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Prejudicialidade inocorrente. Prescrição dos crimes previstos na Lei da Anistia: aferição posterior ao julgamento. Impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema: irrelevância. Indicação dos responsáveis pelo descumprimento dos preceitos fundamentais: desnecessidade. ADPF 153 *RTJ* 216/11

Trbt Atividade econômica: não configuração. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

PrSTF Ato normativo de efeito concreto: ausência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn Atuação em fase pré-processual. (...) ***Magistrado.*** HC 97.553 *RTJ* 216/390

PrPn Audiência de instrução e julgamento. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Ct Autoanistia: não configuração. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Autogoverno da magistratura. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

PrPn Autoridade coatora. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn Autorização prévia da Assembleia Legislativa: desnecessidade. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

B

Pn Bem de pequeno valor. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

PrPn Busca e apreensão. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

C

PrSTF Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF Cabimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Int Capacidade postulatória. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrCv Capacidade postulatória: ausência. (...) ***Agravo regimental.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Pn Caráter bilateral: anistia ampla e geral. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Celeridade processual: benefício ao idoso. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrPn Cerceamento de defesa: inocorrência. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Ct CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, XXXIII: ofensa inocorrente. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct CF/1988, arts. 5º, IV, V, IX, X, e 220, § 1º e § 2º. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

Ct CF/1988, art. 5º, XLIII: inaplicabilidade. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn CF/1988, art. 5º, LXVIII. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Ct CF/1988, art. 7º, I: ofensa inocorrente. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Adm CF/1988, art. 37, § 6º. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF CF/1988, art. 49, I: ofensa inocorrente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn CF/1988, art. 51, I: norma não reproduzível pelos Estados-membros. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Ct CF/1988, arts. 93, VIII, e 103-B, § 4º, III. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

PrCv CF/1988, art. 93, IX: ofensa inocorrente. (...) ***Acórdão.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrCv CF/1988, art. 102, I: rol taxativo. (...) ***Ação popular.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Ct CF/1988, art. 102, I, *f*. (...) ***Competência originária.*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Ct CF/1988, art. 105, I, *f*. (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

Int CF/1988, art. 133. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Trbt CF/1988, art. 150, VI, *a*, e § 2º e § 3º. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

Trbt CF/1988, art. 150, VI, *d*: interpretação. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513

Cm CF/1988, art. 170, III e IV. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Adm CF/1988, art. 220, § 5º: ofensa inocorrente. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn Ciência prévia do destinatário: desnecessidade. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Cm Classificação dos créditos: ordem preferencial. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Trbt Cobrança de tarifa: ausência de lucro. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

Ct ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** Relatório final. Valoração de ato jurisdicional: possibilidade de indiciamento de magistrado. Competência privativa do Poder Judiciário. Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa. Loman/1979, art. 33, parágrafo único. HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

Ct Competência complementar: matéria correcional, disciplinar e administrativa. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

PrGr ***Competência jurisdicional.*** Decisão monocrática. *Habeas corpus*: denegação. Princípio da colegialidade: ofensa inocorrente. CPC/1973, art. 557, § 1º-A. HC 91.716 *RTJ* 216/361

Ct ***Competência originária.*** Superior Tribunal de Justiça (STJ). Reclamação: cabimento excepcional. Decisão de Juizado Especial estadual: ausência de órgão uniformizador. Pulsos telefônicos excedentes: discriminação. CF/1988, art. 105, I, *f*. RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito federativo: União e Estado-membro. CF/1988, art. 102, I, *f*. AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

PrPn Competência originária do STF: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrCv Competência originária do STF: ausência de previsão. (...) ***Ação popular.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Ct Competência privativa do Poder Judiciário. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

Adm Complexo Penitenciário do Carandiru. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

Pn Concurso de agentes. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Adm ***Concurso público.*** Procurador da República. Prova objetiva: modificação do gabarito preliminar. Novos recursos por candidatos prejudicados: ausência de previsão no edital. Mérito das questões: impossibilidade de revisão judicial. Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa inocorrente. MS 27.260 *RTJ* 216/332

Ct Conflito federativo: União e Estado-membro. (...) ***Competência originária.*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Pn Conjunto probatório suficiente. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

Ct ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** Controle disciplinar do Poder Judiciário. Competência complementar: matéria correcional, disciplinar e administrativa. Princípio da subsidiariedade. MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Ct Conselho Nacional de Justiça (CNJ): supressão da competência disciplinar do Tribunal de Justiça. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Adm Consignação temporária de mais um canal de radiofrequência às atuais concessionárias. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Pn Constrangimento ilegal: caracterização. (...) ***Execução penal.*** HC 100.545 *RTJ* 216/424

Trbt Contrato de afretamento de embarcação: modalidade *a casco nu*. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Ct ***Controle de constitucionalidade.*** Efeitos. Invalidade e ineficácia de ato baseado em norma declarada nula. Teoria da nulidade da lei inconstitucional. RE 348.468 *RTJ* 216/518

Ct Controle disciplinar do Poder Judiciário. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

PrSTF Controvérsia jurídica: interpretação da anistia penal. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Int Convenção de Viena, art. 46. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrPn Conveniência da medida: elementos concretos nos autos. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrCv Conversão em agravo regimental. (...) ***Embargos de declaração.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

Cm Conversão em crédito quirografário. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Pn CP/1940, art. 157, § 2º, II. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Pn CP/1940, art. 184, § 2º: revogação inocorrente. (...) ***Crime contra a propriedade intelectual.*** HC 98.898 *RTJ* 216/404

PrCv CPC/1973, art. 543-B, § 1º e § 2º. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrGr CPC/1973, art. 557, § 1º-A. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrPn CPP/1941, art. 252: rol taxativo. (...) ***Magistrado.*** HC 97.553 *RTJ* 216/390

PrPn CPP/1941, art. 312. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366 − HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn CPP/1941, art. 563. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Cm Crédito trabalhista de até cento e cinquenta salários mínimos. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrPn Crime cometido contra idoso. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Pn Crime complexo. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Pn Crime comum contra opositor político: inclusão. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Pn ***Crime contra a propriedade intelectual.*** Violação de direito autoral. Venda de produto originado de contrafação (CD "pirata"). Princípio da adequação social: inaplicabilidade. CP/1940, art. 184, § 2º: revogação inocorrente. HC 98.898 *RTJ* 216/404

Pn Crime de estelionato previdenciário. (...) ***Prescrição.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

Pn Crime instantâneo de efeitos permanentes. (...) ***Prescrição.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

Pn Crimes conexos a crimes políticos: significado. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

D

PrCv Decisão agravada: ausência de impugnação dos fundamentos. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Ct Decisão de Juizado Especial estadual: ausência de órgão uniformizador. (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

PrCv Decisão desfavorável ao recorrente. (...) ***Acórdão.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrGr Decisão monocrática. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrCv Decisão monocrática. (...) ***Embargos de declaração.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

PrSTF Decisão na ADPF 130. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

Ct Decisão reclamada não fundamentada na Lei de Imprensa. (...) ***Direitos fundamentais.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

PrSTF Decreto 4.901/2003, art. 3º, VIII. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF Decreto 5.820/2006, arts. 7º, 8º, 9º e 10. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Adm Decreto 5.820/2006, arts. 7º, 8º, 9º e 10. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn Delação premiada em ação conexa. (...) ***Magistrado.*** HC 97.553 *RTJ* 216/390

PrCv Descabimento. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrPn Descabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrSTF Descabimento. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274 − Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

PrPn Desembargador de Tribunal de Justiça. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn Desentranhamento do material colhido. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrSTF Destinatários determináveis. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn Direito de defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrCv Direito de petição: impossibilidade. (...) ***Agravo regimental.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Ct Direito fundamental à verdade: acesso a documento histórico. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Direito relacionado ao interrogatório. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Ct ***Direitos fundamentais.*** Lei da Anistia. Direito fundamental à verdade: acesso a documento histórico. Informações sobre agentes das forças policiais e militares: ausência de impedimento. Princípio da dignidade da pessoa humana: ofensa inocorrente. CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, XXXIII: ofensa inocorrente. Lei 6.683/1979, art. 1º, § 1º. ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct ***Direitos fundamentais.*** Liberdade de imprensa e direitos da personalidade. Proibição de publicação de dados apurados em inquérito policial sob segredo de justiça: ação inibitória. Decisão reclamada não fundamentada na Lei de Imprensa. Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

E

Ct Efeitos. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

PrCv ***Embargos de declaração.*** Decisão monocrática. Conversão em agravo regimental. AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

Ct Emenda Constitucional 26/1985, art. 4º, § 1º: confirmação da Lei 6.683/1979. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF Entidade de educação: atendimento à população mais abastada. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

PrPn Entrevista prévia e reservada com defensor: ausência. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

PrSTF Escolha do modelo japonês de televisão digital (ISDB): legalidade da opção. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn Escritório de advocacia. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn Escritório de advocacia: equívoco na indicação do endereço. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

Pn ***Estatuto do Desarmamento.*** Posse ilegal de arma de fogo: configuração. Exame pericial: desnecessidade. Conjunto probatório suficiente. Lei 10.826/2003, art. 14, *caput*. HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrSTF Estatuto do Idoso, art. 39. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrPn Estatuto do Idoso, art. 94: interpretação conforme à Constituição com redução de texto. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Pn Exame pericial: desnecessidade. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

Ct Execução de crédito trabalhista. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Pn ***Execução penal.*** Falta grave: regressão de regime e perda dos dias remidos. Recusa ao trabalho: justificativa não analisada. Constrangimento ilegal: caracterização. HC 100.545 *RTJ* 216/424

Adm Exoneração. (...) ***Servidor público.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

Pn Extensão. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Extensão da imunidade a governador: impossibilidade. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

F

Cm ***Falência.*** Classificação dos créditos: ordem preferencial. Crédito trabalhista de até cento e cinquenta salários mínimos. Conversão em crédito quirografário. Função social da empresa e preservação dos postos de trabalho. Lei 11.101/2005, art. 83, I e VI, *c*. ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Cm ***Falência e recuperação judicial.*** Alienação judicial de empresa. Sucessão de obrigação trabalhista: inocorrência. Livre iniciativa e função social da propriedade: concreção. CF/1988, art. 170, III e IV. Lei 11.101/2005, arts. 60, parágrafo único, e 141, II. ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Ct ***Falência e recuperação judicial.*** Execução de crédito trabalhista. Reserva de lei complementar: ausência. CF/1988, art. 7º, I: ofensa inocorrente. Lei 11.101/2005. ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Pn Falsificação cometida por terceiro não beneficiário. (...) ***Prescrição.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

Pn Falta grave: regressão de regime e perda dos dias remidos. (...) ***Execução penal.*** HC 100.545 *RTJ* 216/424

Cm Função social da empresa e preservação dos postos de trabalho. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrCv Fundamentação suficiente. (...) ***Acórdão.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrPn Fundamentação suficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366 − HC 102.732 *RTJ* 216/436

G

Ct Generalidade e abstração: inexistência. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Governador. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Alegação de censura jornalística. Liberdade de locomoção por sítios informativos na internet: pretensão. Ameaça à liberdade de locomoção física: ausência. CF/1988, art. 5º, LXVIII. HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Autoridade coatora. Presidente do STF: não indicação de ato concreto. Desembargador de Tribunal de Justiça. Competência originária do STF: ausência. HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn ***Habeas corpus.*** Matéria de prova. Análise de validade de laudo pericial de arma de fogo. HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrPn ***Habeas corpus.*** Sessão de julgamento. Sustentação oral. Inversão da ordem: impossibilidade. Ministério Público: manifestação após a defesa. Direito de defesa: ofensa inocorrente. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrGr *Habeas corpus*: denegação. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

I

PrSTF Identidade de objeto: inocorrência. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

PrPn Impedimento de magistrado por fato conhecido posteriormente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn Impedimento inocorrente. (...) ***Magistrado.*** HC 97.553 *RTJ* 216/390

Trbt Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). (...) ***Imunidade tributária.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

Trbt Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

Trbt ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** Não incidência. Contrato de afretamento de embarcação: modalidade *a casco nu*. Locação de bem móvel. Lei 9.432/1997, art. 2º, I. Súmula Vinculante 31. RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

PrSTF Impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema: irrelevância. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Imunidade. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Imunidade formal: prerrogativa do presidente da República. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Trbt ***Imunidade tributária.*** Inocorrência. Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Serviço Social da Indústria (SESI). Terreno baldio: ausência de vinculação às finalidades essenciais da entidade. RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

Trbt ***Imunidade tributária.*** Livros, jornais e periódicos. Materiais assimiláveis ao papel destinados a impressão: extensão. Inclusão de outros insumos: impossibilidade. CF/1988, art. 150, VI, *d*: interpretação. RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513

PrSTF Imunidade tributária. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

Trbt ***Imunidade tributária recíproca.*** Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Serviço público de água e esgoto. Cobrança de tarifa: ausência de lucro. Atividade econômica: não configuração. CF/1988, art. 150, VI, *a*, e § 2º e § 3º. RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

PrPn Incapacidade civil do acusado. (...) ***Ação penal.*** HC 101.930 *RTJ* 216/430

PrPn Incidente de insanidade mental: necessidade. (...) ***Ação penal.*** HC 101.930 *RTJ* 216/430

Trbt Inclusão de outros insumos: impossibilidade. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513

Adm Indenização. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF Indicação dos responsáveis pelo descumprimento dos preceitos fundamentais: desnecessidade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Informações sobre agentes das forças policiais e militares: ausência de impedimento. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Iniciativa legislativa concorrente: inexistência de reserva. (...) ***Processo legislativo.*** RE 328.896 *RTJ* 216/587

Ct Iniciativa parlamentar: legitimidade constitucional. (...) ***Processo legislativo.*** RE 328.896 *RTJ* 216/587

PrPn Inimputabilidade penal: distinção. (...) ***Ação penal.*** HC 101.930 *RTJ* 216/430

Trbt Inocorrência. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

Ct Interpretação conforme o momento histórico da edição da lei. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Invalidade e ineficácia de ato baseado em norma declarada nula. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

PrPn Inversão da ordem: impossibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

J

Ct ***Jornalista.*** Liberdade de informação e de crítica. Matéria jornalística meramente informativa: exposição de fatos e opinião crítica. Abuso da liberdade de manifestação do pensamento: inocorrência. Responsabilidade civil: improcedência da ação indenizatória. CF/1988, arts. 5º, IV, V, IX, X, e 220, § 1º e § 2º. AI 505.595 *RTJ* 216/590

PrCv Juntada de cópia autenticada da procuração da ação originária: inadmissibilidade. (...) ***Ação rescisória.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

L

Ct Legitimidade. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF Lei 6.683/1979: abrangência. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Lei 6.683/1979, art. 1º, § 1º. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Pn Lei 6.683/1979, art. 1º, § 1º: interpretação. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Lei 9.099/1995. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Trbt Lei 9.432/1997, art. 2º, I. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Adm Lei 9.472/1997. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Pn Lei 10.826/2003, art. 14, *caput*. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

Ct Lei 11.101/2005. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Cm Lei 11.101/2005, arts. 60, parágrafo único, e 141, II. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Cm Lei 11.101/2005, art. 83, I e VI, *c*. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Adm Lei Complementar 101/2000, arts. 20, II, *b*, e 23, § 3º. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Ct Lei da Anistia. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Pn ***Lei da Anistia.*** Extensão. Crime comum contra opositor político: inclusão. Crimes conexos a crimes políticos: significado. Caráter bilateral: anistia ampla e geral. Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. Lei 6.683/1979, art. 1º, § 1º: interpretação. ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct ***Lei da Anistia.*** Legitimidade. Autoanistia: não configuração. Princípio democrático e republicano: ofensa inocorrente. Emenda Constitucional 26/1985, art. 4º, § 1º: confirmação da Lei 6.683/1979. ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct ***Lei da Anistia.*** Natureza. Lei-medida: lei em sentido formal. Generalidade e abstração: inexistência. Interpretação conforme o momento histórico da edição da lei. CF/1988, art. 5º, XLIII: inaplicabilidade. ADPF 153 *RTJ* 216/11

Adm ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** Poder Judiciário estadual: descumprimento. Restrição a operação de crédito do Poder Executivo estadual: impossibilidade. Princípio da intranscendência: ofensa. Lei Complementar 101/2000, arts. 20, II, *b*, e 23, § 3º. AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

PrPn Lei Orgânica do Distrito Federal, art. 60, XXIII: inconstitucionalidade declarada na ADI 1.020. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrSTF Lei temporária com efeito exaurido. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Lei-medida: lei em sentido formal. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF Levantamento parcial via precatório da parte incontroversa. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 172-AgR *RTJ* 216/156

Ct Liberdade de imprensa e direitos da personalidade. (...) ***Direitos fundamentais.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

Ct Liberdade de informação e de crítica. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

PrPn Liberdade de locomoção por sítios informativos na internet: pretensão. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Cm Livre iniciativa e função social da propriedade: concreção. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Trbt Livros, jornais e periódicos. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513

Trbt Locação de bem móvel. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Ct Loman/1979, arts. 27 e 40. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Ct Loman/1979, art. 33, parágrafo único. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

M

Ct ***Magistrado.*** Aposentadoria compulsória imposta pelo CNJ: suspensão cautelar. Conselho Nacional de Justiça (CNJ): supressão da competência disciplinar do Tribunal de Justiça. Autogoverno da magistratura. CF/1988, arts. 93, VIII, e 103-B, § 4º, III. Loman/1979, arts. 27 e 40. MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

PrPn ***Magistrado.*** Impedimento inocorrente. Atuação em fase pré-processual. Delação premiada em ação conexa. CPP/1941, art. 252: rol taxativo. HC 97.553 *RTJ* 216/390

PrCv Mandado de injunção. (...) ***Agravo regimental.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrPn Manutenção. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Matéria de prova. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrSTF Matéria de prova. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581 − RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

Ct Matéria jornalística meramente informativa: exposição de fatos e opinião crítica. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

Ct Matéria tributária. (...) ***Processo legislativo.*** RE 328.896 *RTJ* 216/587

Trbt Materiais assimiláveis ao papel destinados a impressão: extensão. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513

PrPn Medidas despenalizadoras: inaplicabilidade. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrSTF Memorando de entendimento ou protocolo de intenções entre Brasil e Japão. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Adm Mérito das questões: impossibilidade de revisão judicial. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

PrPn Ministério Público: manifestação após a defesa. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Adm Morte de detento em rebelião. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

N

PrSTF Não conhecimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204 − ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrCv Não conhecimento. (...) ***Agravo regimental.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Trbt Não incidência. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Ct Natureza. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF Nexo de causalidade: discussão. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF Norma impugnada declarada constitucional na ADI 3.768. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Adm Norma que confere pontuação extra aos servidores municipais: declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça. (...) ***Servidor público.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

Adm Novos recursos por candidatos prejudicados: ausência de previsão no edital. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

PrPn Nulidade. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

Adm Nulidade do concurso público. (...) ***Servidor público.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

O

PrPn Objeto do mandado: necessidade de especificação mínima. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn Objeto do mandado: residência do investigado. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn Obstrução da apuração dos fatos em inquérito policial. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Oitiva do investigado: ausência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Adm Outorga ou renovação de concessão de serviço de radiodifusão de sons e imagens: inocorrência. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

P

PrSTF Peça informativa prevista em ato infralegal. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn Pena privativa de liberdade cominada entre dois e quatro anos. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Adm Poder Judiciário estadual: descumprimento. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Int Posição hierárquica. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Pn Posse ilegal de arma de fogo: configuração. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrSTF Potencialidade de dano inverso à economia pública: atualização monetária e juros moratórios. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 172-AgR *RTJ* 216/156

Pn Prazo: termo inicial. (...) ***Prescrição.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrSTF Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Prejuízo não demonstrado. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Pn ***Prescrição.*** Prazo: termo inicial. Crime de estelionato previdenciário. Falsificação cometida por terceiro não beneficiário. Crime instantâneo de efeitos permanentes. HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrSTF Prescrição dos crimes previstos na Lei da Anistia: aferição posterior ao julgamento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Presidente do STF: não indicação de ato concreto. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Adm Pressupostos. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

Pn Princípio da adequação social: inaplicabilidade. (...) ***Crime contra a propriedade intelectual.*** HC 98.898 *RTJ* 216/404

PrPn Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrGr Princípio da colegialidade: ofensa inocorrente. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

Adm Princípio da continuidade e adequabilidade do serviço público. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Ct Princípio da dignidade da pessoa humana: ofensa inocorrente. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Adm Princípio da intranscendência: ofensa. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Pn Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Princípio da subsidiariedade. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Ct Princípio democrático e republicano: ofensa inocorrente. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Adm Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

PrPn Princípio republicano. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn ***Prisão cautelar.*** Imunidade. Trânsito em julgado da sentença condenatória: prerrogativa do presidente da República. Extensão da imunidade a governador: impossibilidade. Lei Orgânica do Distrito Federal, art. 60, XXIII: inconstitucionalidade declarada na ADI 1.020. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Aplicação da lei penal: fuga do acusado. CPP/1941, art. 312. HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Obstrução da apuração dos fatos em inquérito policial. Conveniência da medida: elementos concretos nos autos. CPP/1941, art. 312. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn ***Prisão preventiva.*** Governador. Autorização prévia da Assembleia Legislativa: desnecessidade. Imunidade formal: prerrogativa do presidente da República. Princípio republicano. CF/1988, art. 51, I: norma não reproduzível pelos Estados-membros. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn ***Prisão preventiva.*** Manutenção. Ciência prévia do destinatário: desnecessidade. Oitiva do investigado: ausência. Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn ***Prisão preventiva.*** Nulidade inocorrente. Impedimento de magistrado por fato conhecido posteriormente. HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn Procedimento sumaríssimo: aplicabilidade. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrPn ***Processo criminal.*** Crime cometido contra idoso. Pena privativa de liberdade cominada entre dois e quatro anos. Procedimento sumaríssimo: aplicabilidade. Celeridade processual: benefício ao idoso. Medidas despenalizadoras: inaplicabilidade. Lei 9.099/1995. Estatuto do Idoso, art. 94: interpretação conforme à Constituição com redução de texto. ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Audiência de instrução e julgamento. Entrevista prévia e reservada com defensor: ausência. Direito relacionado ao interrogatório. Prejuízo não demonstrado. Cerceamento de defesa: inocorrência. CPP/1941, art. 563. HC 99.684 *RTJ* 216/411

Ct ***Processo legislativo.*** Matéria tributária. Iniciativa legislativa concorrente: inexistência de reserva. Iniciativa parlamentar: legitimidade constitucional. RE 328.896 *RTJ* 216/587

PrCv Procuração com poderes especiais: necessidade. (...) ***Ação rescisória.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

Adm Procurador da República. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

Ct Proibição de publicação de dados apurados em inquérito policial sob segredo de justiça: ação inibitória. (...) ***Direitos fundamentais.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

PrCv Propositura. (...) ***Ação rescisória.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

PrPn ***Prova criminal.*** Busca e apreensão. Escritório de advocacia. Objeto do mandado: necessidade de especificação mínima. HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn ***Prova criminal.*** Busca e apreensão. Nulidade. Escritório de advocacia: equívoco na indicação do endereço. Objeto do mandado: residência do investigado. Desentranhamento do material colhido. HC 91.610 *RTJ* 216/346

Adm Prova objetiva: modificação do gabarito preliminar. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

Adm Proventos integrais: impossibilidade de transformação em proporcionais. (...) ***Aposentadoria.*** RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

Ct Pulsos telefônicos excedentes: discriminação. (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

R

PrSTF ***Reclamação.*** Descabimento. Decisão na ADPF 130. Identidade de objeto: inocorrência. Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

PrSTF ***Reclamação.*** Descabimento. Súmula sem efeito vinculante. Resolução do STF. Suporte constitucional: ausência. Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Ct Reclamação: cabimento excepcional. (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria de prova. Imunidade tributária. Entidade de educação: atendimento à população mais abastada. Súmula 279 do STF. RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria de prova. Responsabilidade civil do Estado. Nexo de causalidade: discussão. Súmula 279 do STF. AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrCv Recurso extraordinário sobrestado na origem: juízo de inadmissibilidade. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Pn Recusa ao trabalho: justificativa não analisada. (...) ***Execução penal.*** HC 100.545 *RTJ* 216/424

Adm Regência: lei vigente ao implemento das condições. (...) ***Aposentadoria.*** RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

PrCv Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 317, § 1º. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Int Relação com o direito interno. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrSTF Relatório do Comitê de Desenvolvimento do SBTVD: ausência de publicação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Ct Relatório final. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

PrCv Repercussão geral: ausência. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Pn Reprovabilidade da conduta. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Ct Reserva de lei complementar: ausência. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrSTF Resolução do STF. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Ct Responsabilidade civil: improcedência da ação indenizatória. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Indenização. Morte de detento em rebelião. Complexo Penitenciário do Carandiru. AI 299.125 *RTJ* 216/581

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Pressupostos. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo. CF/1988, art. 37, § 6º. AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF Responsabilidade civil do Estado. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

Adm Responsabilidade objetiva. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF Restrição à gratuidade do transporte coletivo urbano e semiurbano ao idoso. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Adm Restrição a operação de crédito do Poder Executivo estadual: impossibilidade. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Pn ***Roubo qualificado.*** Concurso de agentes. Crime complexo. Bem de pequeno valor. Reprovabilidade da conduta. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. CP/1940, art. 157, § 2º, II. HC 97.190 *RTJ* 216/374

S

Adm ***Serviço público.*** Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD). Transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão analógica. Veiculação simultânea da programação nas tecnologias analógica e digital. Consignação temporária de mais um canal de radiofreqüência às atuais concessionárias. Outorga ou renovação de concessão de serviço de radiodifusão de sons e imagens: inocorrência. Apreciação pelo Congresso Nacional: desnecessidade. Princípio da continuidade e adequabilidade do serviço público. CF/1988, art. 220, § 5º: ofensa inocorrente. Lei 9.472/1997. Decreto 5.820/2006, arts. 7º, 8º, 9º e 10. ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Trbt Serviço público de água e esgoto. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

Trbt Serviço Social da Indústria (SESI). (...) ***Imunidade tributária.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

Adm Servidor público. (...) ***Aposentadoria.*** RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

Adm ***Servidor público.*** Exoneração. Nulidade do concurso público. Norma que confere pontuação extra aos servidores municipais: declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça. RE 348.468 *RTJ* 216/518

PrPn Sessão de julgamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Adm Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD). (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Cm Sucessão de obrigação trabalhista: inocorrência. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrSTF Súmula 279 do STF. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581 − RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

Adm Súmula 359 do STF. (...) ***Aposentadoria.*** RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

PrSTF Súmula sem efeito vinculante. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Trbt Súmula Vinculante 31. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Ct Superior Tribunal de Justiça (STJ). (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

PrSTF Suporte constitucional: ausência. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

PrSTF ***Suspensão de liminar.*** Agravo regimental: provimento parcial. Suspensão do pagamento de precatório por ameaça de grave lesão à ordem e à economia públicas. Potencialidade de dano inverso à economia pública: atualização monetária e juros moratórios. Levantamento parcial via precatório da parte incontroversa. SL 172-AgR *RTJ* 216/156

PrSTF Suspensão do pagamento de precatório por ameaça de grave lesão à ordem e à economia públicas. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 172-AgR *RTJ* 216/156

PrPn Sustentação oral. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

T

Ct Teoria da nulidade da lei inconstitucional. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

Adm Teoria do risco administrativo. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

Trbt Terreno baldio: ausência de vinculação às finalidades essenciais da entidade. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrPn Trancamento ou suspensão: descabimento. (...) ***Ação penal.*** HC 101.930 *RTJ* 216/430

Adm Transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão analógica. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn Trânsito em julgado da sentença condenatória: prerrogativa do presidente da República. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Int ***Tratado internacional.*** Capacidade postulatória. Relação com o direito interno. Posição hierárquica. CF/1988, art. 133. Convenção de Viena, art. 46. MI 772-AgR *RTJ* 216/181

V

Ct Valoração de ato jurisdicional: possibilidade de indiciamento de magistrado. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

Adm Veiculação simultânea da programação nas tecnologias analógica e digital. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Pn Venda de produto originado de contrafação (CD "pirata"). (...) ***Crime contra a propriedade intelectual.*** HC 98.898 *RTJ* 216/404

Pn Violação de direito autoral. (...) ***Crime contra a propriedade intelectual.*** HC 98.898 *RTJ* 216/404

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS E DECISÕES MONOCRÁTICAS

153	(ADPF)		Rel.: Min. Eros Grau.....216/11
172	(SL-AgR)		Rel.: Min. Gilmar Mendes.....216/156
772	(MI-AgR)		Rel.: Min. Celso de Mello.....216/181
2.236	(AR-ED)		Rel.: Min. Dias Toffoli.....216/188
2.659	(AC-MC-REF)		Rel.: Min. Celso de Mello.....216/196
3.096	(ADI)		Rel.: Min. Cármen Lúcia.....216/204
3.934	(ADI)		Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....216/227
3.944	(ADI)		Rel.: Min. Ayres Britto.....216/252
9.344	(Rcl-AgR)		Rel.: Min. Dias Toffoli.....216/274
9.428	(Rcl)		Rel.: Min. Cezar Peluso.....216/279
27.260	(MS)		Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia.....216/332
28.801	(MS-MC)		Rel.: Min. Celso de Mello.....216/557
91.610	(HC)		Rel.: Min. Gilmar Mendes.....216/346
91.716	(HC)		Rel.: Min. Joaquim Barbosa.....216/361
95.254	(HC)		Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....216/366
95.259	(HC-MC)	*	Rel.: Min. Eros Grau.....216/569
97.190	(HC)		Rel.: Min. Dias Toffoli.....216/374
97.553	(HC)		Rel.: Min. Dias Toffoli.....216/390
98.898	(HC)		Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....216/404
99.684	(HC)		Rel.: Min. Ellen Gracie.....216/411
100.008	(HC)		Rel.: Min. Dias Toffoli.....216/415
100.231	(HC-MC)		Rel.: Min. Celso de Mello.....216/574
100.545	(HC)		Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....216/424
101.930	(HC)		Rel.: Min. Cármen Lúcia.....216/430
102.732	(HC)		Rel.: Min. Marco Aurélio.....216/436
286.921	(RE-AgR)		Rel.: Min. Ellen Gracie.....216/511
299.125	(AI)		Rel.: Min. Celso de Mello.....216/581

327.414 (RE-AgR) Rel.: Min. Celso de Mello.....216/513
328.896 (RE) Rel.: Min. Celso de Mello.....216/587
348.468 (RE) Rel.: Min. Gilmar Mendes.....216/518
375.715 (RE-ED) Rel.: Min. Ellen Gracie.....216/526
399.307 (RE-AgR) Rel.: Min. Joaquim Barbosa 216/529
503.372 (RE-AgR) Rel.: Min. Joaquim Barbosa 216/535
505.595 (AI) Rel.: Min. Celso de Mello.....216/590
571.572 (RE-ED) Rel.: Min. Ellen Gracie.....216/540
599.194 (RE-AgR) Rel.: Min. Joaquim Barbosa 216/551

* Decisão proferida por Ministro diverso do Relator da causa.