Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 217
julho a setembro 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
Andreia Fernandes de Siqueira

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 e Ludmila Araujo

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)
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 José Antonio DIAS TOFFOLI
Ministro LUIZ FUX

SEGUNDA TURMA

Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministro GILMAR Ferreira MENDES
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI

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

Ministro AYRES BRITTO
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro DIAS TOFFOLI

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

ÍNDICE ALFABÉTICO 587

ÍNDICE NUMÉRICO 617

ACÓRDÃOS

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 446 — CE

Relator: Ministro Presidente

Agravante: União — Agravados: Sérgio Teófilo Albuquerque e outros

Recurso. Agravo regimental. Inadmissibilidade. Intempestividade reconhecida. Pedido de suspensão de tutela antecipada pela Fazenda Pública. Contagem em dobro. Inadmissibilidade. Recurso não conhecido. Precedentes. Não se conhece de agravo regimental interposto a desoras em incidente de suspensão de tutela antecipada, que não admite contagem em dobro do prazo recursal.

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 e nos termos do voto do Relator, em não conhecer do recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa; em viagem oficial à Federação da Rússia, o Ministro Ricardo Lewandowski; e, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie.

Brasília, 18 de maio de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Trata-se de agravo regimental contra decisão do teor seguinte:

Vistos, etc.

Trata-se de suspensão de tutela antecipada, aparelhada com pedido de efeito suspensivo liminar, proposta pela União, contra ato do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ato consubstanciado em acórdão que negou provimento ao Agravo de Instrumento 101.061/CE (processo 2009.05.00.089494-6).

2. Argui a requerente que Filipe Teófilo Albuquerque, Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, e Isabel Cristina Pinho Bandeira Albuquerque, Advogada da União, ambos lotados em Brasília, ajuizaram a Ação Ordinária 2009.81.00.009864-3 com o objetivo de serem removidos para Fortaleza/CE, *tendo em vista que o irmão do primeiro autor, Sérgio Teófilo Albuquerque, sofre de paralisia cerebral espástica severa (tetraplegia), necessitando de cuidados especiais que, no momento, não podem ser prestados pelos demais familiares*. Alega que o Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará deferiu pedido de antecipação de tutela. Decisão contra a qual a ora requerente interpôs agravo de instrumento. Recurso, porém, a que o TRF da 5ª Região negou provimento. Afirma ainda que protocolou, perante a Presidência da Corte Regional, pedido de suspensão da referida tutela antecipada. Pedido também indeferido. Indeferimento que se manteve após a interposição do respectivo agravo interno.

3. Sustenta a requerente, em preliminar, a competência deste Supremo Tribunal Federal para conhecer do pedido, dada a natureza constitucional da controvérsia. No mérito, aponta a existência de grave lesão à ordem público-administrativa. É que a tutela antecipada consistiria em *indevida ingerência do Poder Judiciário na Administração, sem qualquer respaldo na legislação e sem a necessária atenção à situação institucional*. Além do que, haveria desorganizado *o plano de lotação dos servidores da Controladoria-Geral da União e dos membros da Advocacia-Geral da União,* [acarretando] *um desfalque nos órgãos de lotação atuais e* [prejudicando] *o cumprimento das atribuições previstas na Constituição Federal*. Ademais, a decisão cuja suspensão se requer tem um potencial efeito multiplicador, visto que *servirá de paradigma para que outros servidores ingressem em juízo e pleiteiem a lotação, mesmo sem a existência de vaga disponível, para outra localidade/unidade*. Daí requerer a concessão de efeito suspensivo liminar (§ 7º do art. 4º da Lei 8.437/1992), para que *seja suspensa a eficácia da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento 2009.05.00.089494-6*.

4. Feito esse aligeirado relato da causa, passo à decisão. Fazendo-o, pontuo, de saída, que o art. 4º da Lei 8.437/1992 dispõe competir *ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*. Já o § 7º do mesmo artigo prescreve que *o presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida*.

5. Pois bem, **não** enxergo, neste juízo prévio, a urgência para a concessão do efeito suspensivo liminar. É que a decisão antecipatória da tutela data de 13 de agosto de 2009. Há mais de nove meses, portanto, os interessados estão desempenhando suas funções em Fortaleza/CE, e a requerente, a seu turno, não demonstrou, **de forma concreta**, a **grave** lesão à ordem público-administrativa, causada pela ausência dos interessados em Brasília. Ademais, o alegado efeito multiplicador

parece ser apenas potencial, dado que a União sequer menciona outra decisão que, nos últimos noves meses, haja deferido antecipação de tutela nos mesmos moldes. Sendo assim, não há razão para se adiantar o julgamento de mérito deste pedido de suspensão.

6. Ante o exposto, **indefiro** o pedido de efeito suspensivo liminar.

7. Dê-se vista do processo ao Procurador-Geral da República.

A agravante requer o provimento do recurso, sob fundamento, em síntese, de haver grave lesão à ordem pública na decisão judicial que determinou a lotação provisória dos agravados na cidade de Fortaleza/CE.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): **1**. Incognoscível o recurso.

A intimação pessoal foi juntada aos autos em **4-6-2010**, **sexta-feira**. Assim, o prazo para recurso começou a correr no dia **7-6-2010**, **segunda-feira**, e expirou em **11-6-2010**, **sexta-feira**. O recurso somente foi protocolado no dia **14-6-2010**, sem causa legal de suspensão nem interrupção do prazo. Veio, pois, a desoras.

É assente o entendimento da Corte acerca da inaplicabilidade do art. 188 do CPC às medidas de contracautela, em razão do que dispõe o art. 4º, § 3º, da Lei 8.437/1992.

É o que se vê à seguinte ementa:

> Recurso. Embargos de declaração. Intempestividade. Prazo recursal em dobro. Interposição pela Fazenda Pública. Medidas de contracautela. Inaplicabilidade do art. 188 do CPC. Necessidade de observância da legislação específica. Precedente da Corte. Embargos de declaração não conhecidos. Não se aplica o disposto no art. 188 do CPC, que determina prazo em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público, aos pedidos de suspensão de segurança. (SL 172-AgR-ED, de minha relatoria, Plenário, *DJE* de 9-2-2011. No mesmo sentido: **SS 2.198-AgR-AgR**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, Plenário, *DJ* de 2-4-2004.)

2. Ante o exposto, não conheço do agravo.

EXTRATO DA ATA

STA 446-MC-AgR/CE — Relator: Ministro Presidente. Agravante: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Agravados: Sérgio Teófilo Albuquerque e outros (Advogado: Ariano Melo Pontes).

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), não conheceu do recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa; em viagem oficial à

Federação da Rússia, o Ministro Ricardo Lewandowski; e, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie.

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

Brasília, 18 de maio de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 507 — PB

Relator: Ministro Presidente

Agravante: Janeffer Celani Rodrigues de Ataide — Agravada: União

Servidor público. Lotação provisória por decisão judicial. Procuradoria da Fazenda Nacional. Concurso de remoção. Existência de outros interessados. Possibilidade de efeito multiplicador. Suspensão de tutela deferida. Agravo regimental parcialmente provido. Mudança de cidade durante ano letivo. Possibilidade de dano a crianças. Diferimento da suspensão para o término do ano escolar. Mudança de cidade durante o ano letivo pode implicar prejuízo a crianças em idade escolar, razão pela qual se posterga suspensão de decisão que determina lotação provisória, quando há outros servidores mais antigos com o mesmo interesse, para o fim das atividades escolares.

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 e nos termos do voto do Relator, em dar parcial provimento ao recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 19 de maio de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Trata-se de agravo regimental contra decisão do teor seguinte:

> **1**. Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada, formulado pela União, contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Paraíba (João Pessoa), nos autos da **Ação Ordinária 2008.82.00.006124-1**, na qual foi determinada a lotação provisória da autora da ação "(...) na unidade da Procuradoria da Fazenda Nacional, nesta cidade, nas funções do cargo de Procurador da Fazenda Nacional, até que seja removida em definitivo".
>
> Na origem, **Janeffer Celani Rodrigues de Ataide**, aprovada em concurso público para o cargo de Procurador da Fazenda Nacional, ajuizou ação ordinária, para obter lotação provisória na cidade de João Pessoa/PB, em função de estar grávida à época do encerramento do certame. Alegou que, pelo fato de a gravidez ser de alto risco, e em razão de o cônjuge ser advogado na capital paraibana, não podendo acompanhá-la para a cidade onde fora lotada originariamente, seria prudente permanecer em João Pessoa.

O pedido de antecipação de tutela, inicialmente rejeitado, foi deferido após demonstração de que se tratava de gestação de risco, "(...) até o encerramento da gravidez ou até a supressão do risco de aborto ou de dano à saúde". Depois do parto foi requerida a prorrogação da decisão até o término do ano letivo, pois a autora possui outro filho, em idade escolar. A extensão foi deferida, autorizando o exercício provisório até que ocorresse remoção da procuradora ou, alternativamente, até a conclusão do ano letivo. Sobreveio sentença, em que foi determinada lotação provisória até remoção definitiva.

Foi interposta apelação, recebida apenas no efeito devolutivo quanto à antecipação de tutela. Em paralelo, a União ajuizou idêntico pedido de suspensão junto à Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que recebeu decisão negativa, mantida pelo Plenário da Corte.

No incidente de suspensão de que ora se cuida, a requerente alega haver grave risco de lesão à ordem administrativa, consistente na geração de excesso de procuradores em João Pessoa, com *deficit* de pessoal em outras unidades de lotação. Sustenta que

> "(...) no concurso de remoção aberto pelo Edital n. 9, de 6-5-2010, 24 (vinte e quatro) membros da carreira mais antigos que a autora optaram pela remoção para João Pessoa, enquanto no Edital n. 10, de 18-5-2010, 10 (dez) membros mais antigos que a autora fizeram a mesma opção.
>
> Dessa feita, a determinação de remoção da autora, ainda que na hipótese de existência de cargos vagos, sem a observância da ordem de antiguidade na carreira e demais critérios legalmente estabelecidos, atinge também interesse jurídico de outros Procuradores (...)."

Aduz, por fim, haver potencial efeito multiplicador na decisão que se pretende suspender, pois "(...) servirá de paradigma para que outros membros da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional peçam judicialmente – e eventualmente obtenham – lotação, mesmo sem vaga disponível, em outra localidade ou unidade".

2. É caso de suspensão.

De acordo com o regime legal de contracautela (Leis 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009, e art. 297 do RISTF), compete a esta Presidência suspender execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A cognição do pedido exige, contudo, demonstração da natureza constitucional da controvérsia (cf. **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).

Está preenchido o requisito, pois em jogo, aqui, suposta violação ao art. 226 da Constituição da República, fundamento utilizado pela decisão que se pretende suspender.

Verifico, no caso, que a gravidez de risco, causa motivadora da primeira antecipação de tutela, era fato conhecido da autora e anterior ao ingresso no serviço público. A situação fora consignada pelo Juízo de primeiro grau, ao rejeitar o primeiro pedido de antecipação de tutela:

> "55. No presente caso, para fundamentar sua pretensão, a parte autora, que sequer chegou a entrar em exercício no cargo de Procurador da Fazenda Nacional, diz que a sua remoção de Brasília para João Pessoa, de um lado, deve ocorrer para preservar-lhe o direito à unidade familiar, já que seu

> cônjuge, sendo profissional liberal na Paraíba, para lá não poderá deslocar-se e, de outro, também se justifica em função de sua gravidez de alto risco e do fato de seu filho, que passa por tratamento psicológico, não poder se desligar do pai, caso seja levado para Brasília, nem da mãe, caso aqui permaneça,
>
> 56. O fato de as causas apontadas pela autora serem todas anteriores ao seu ingresso no serviço público já lhe retira o direito alegado, pois se optou por assumir o cargo, é porque entendeu que poderia compatibilizar sua escolha com seus outros interesses e necessidades."
>
> Assim, presente o risco de caracterização do chamado "efeito multiplicador", pois o caso revela determinação de lotação provisória de servidor público, sem existência da respectiva vaga e sem obediência aos critérios objetivos para remoção, com nítido potencial de multiplicação de feitos de idêntica natureza: **STA 324** (Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJE* de 5-8-2009); **STA 312** (Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJE* de 16-4-2009); e **STA 304** (Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJE* de 27-4-2009).
>
> Ademais, a permanência da autora na unidade de João Pessoa provocará lesão à ordem administrativa, consistente no prejuízo à regular administração de servidores da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que conta com excesso de quadros em algumas cidades, em prejuízo de outras, com carência de pessoal.
>
> **3**. Ante o exposto, **defiro o pedido**, para suspender os efeitos da tutela antecipada, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal na Paraíba, nos autos da **Ação Ordinária 2008.82.00.006124-1**.
>
> Exp. ofício e telex ao TRF da 5ª Região e ao Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal na Paraíba.

A agravante alega, inicialmente, que seria tempestivo o recurso, pois, embora publicada a decisão agravada no *DJE* de 3-2-2011 e o agravo interposto apenas no dia 14-3-2011, não teria sido intimada da decisão ora impugnada.

Sustenta no recurso, em síntese, que "(...) a suspensão de tutela fora deferida sem que estivessem presentes os requisitos legais estatuídos no art. 4º da Lei 8.437/1992". Aduz que o incidente somente poderia ser deferido quando presentes situações excepcionais que colocassem em risco os interesses públicos tutelados, mas que estes, no caso, não teriam sido lesados. Impugna, também, o fundamento relativo ao chamado "efeito multiplicador", pois a decisão suspensa fora proferida "(...) não com fulcro em argumentos subsumíveis a grande gama de casos, mas sim com fulcro em argumentos específicos e peculiares".

Determinei a intimação da Advocacia-Geral da União, ora agravada, e da Procuradoria-Geral da República. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela intempestividade do recurso e, no mérito, pela manutenção da decisão agravada, reiterando que, nos termos da sua Portaria 519, de 18-5-2010, a lotação ideal da Procuradoria na Paraíba seria de catorze servidores, mas que hoje contaria com dezessete integrantes. E, por outro lado, ainda nos termos da Portaria, o efetivo em Caruaru, lotação originária da agravante, seria de quatro Procuradores, mas a unidade teria hoje apenas dois efetivos e dois em exercício provisório.

Em parecer do Dr. **Roberto Monteiro Gurgel Santos**, a Procuradoria-Geral da República opinou pela rejeição do agravo regimental, citando outros

precedentes, além dos que já foram apontados na decisão agravada, no sentido de que a lotação de Procuradores da Fazenda em unidade distinta da originária provoca prejuízo ao regular exercício das atribuições da instituição, além de possibilitar a multiplicação de feitos idênticos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): **1**. Viável, em parte, o recurso.

Inicialmente, cumpre analisar a tempestividade do agravo. A decisão impugnada foi publicada no *DJE* de 3-2-2011, mas verifico, com efeito, que, embora o nome da agravante conste como interessada na autuação do incidente nesta Corte, não fora intimada da decisão que suspendeu a tutela antecipada. Nesses termos, como ressaltou o parecer da Procuradoria-Geral da República, deveria ser reaberto prazo para manifestação.

Mas, ante a natureza urgente da medida e em nome do princípio da economia processual, acolho como tempestivo o comparecimento espontâneo da agravante em 14-3-2011, sobretudo porque ficou comprovado nos autos, conforme certidão (**petição/STF 13.663/2011**), o reconhecimento, por parte do setor de informática desta Corte, de problemas referentes "(...) à transmissão digital de peças eletrônicas pelo sistema e-STF, concernentes à certificação digital", o que atrasou ainda mais a interposição do recurso.

Nesses termos, passo a analisar suas razões. E faço-o partindo da evidência de ser recorrente o interesse de deslocamento de servidores das mais diversas carreiras para unidades que mais bem atendam a desejos pessoais. Reconheço a existência, em tese, de situações em que a proteção à família, conforme mandamento constitucional (art. 226), pode ser determinante na solução de conflitos de interesses entre a administração pública e os servidores.

Não é, entretanto, o que ocorre nos autos. A rigor, não se pode esquecer o fato incontroverso ressaltado pelo Juízo que pela primeira vez analisou o pedido de tutela antecipada. Ressaltou Sua Excelência que a ora agravante já era sabedora da gravidez quando participou do certame para o cargo, o que poderia implicar, conforme o edital, lotação em qualquer das diversas unidades da Procuradoria no País.

Mas a situação particular, relativa à gravidez de risco enfrentada pela agravante, fez com que o Juízo *a quo* reconsiderasse a decisão, para deferir a tutela até o fim da licença-maternidade. Encerrada esta, foi proferida decisão que ampliou a lotação provisória até o fim do ano letivo, uma vez que a autora tem outro filho, mais velho, que se encontrava no curso do ano escolar, o que poderia trazer prejuízos para a criança.

Por fim, sobreveio sentença, agora no sentido de determinar à Procuradoria da Fazenda Nacional que mantenha a lotação provisória **até que haja remoção em definitivo da agravante**. Ora, isso significa, em outras palavras, que a

administração pública, pelo menos quanto à vaga da recorrente, ficará proibida de dispor de sua força de trabalho, segundo os interesses superiores.

Ademais, consta da petição inicial de suspensão que há outros procuradores, mais antigos que a recorrente, interessados em remoção para João Pessoa:

> Destaca-se, ainda, o fato de que no concurso de remoção aberto pelo Edital n. 9, de 6-5-2010, 24 (vinte e quatro) membros da carreira mais antigos que a autora optaram pela remoção para João Pessoa, enquanto no Edital n. 10, de 18-5-2010, 10 (dez) membros mais antigos que a autora fizeram a mesma opção.

Nesses termos, pode-se dizer que, assim como a agravante, há vários outros colegas de carreira também interessados em lotação na capital paraibana, pelas mais diversas razões pessoais.

Por fim, concluo informando à Corte que a agravante, conforme documentos juntados aos autos, comprovou ter efetuado matrícula das crianças na escola antes da ciência da decisão agravada. E, como o conhecimento desta só ocorreu quando já iniciado o ano letivo, julgo oportuno diferir os efeitos da decisão para a data de encerramento das atividades escolares de 2011, tendo em conta a possibilidade de danos educacionais e emocionais aos menores. Em outras palavras, mantenho a decisão agravada, mas prorrogo sua eficácia para o término do ano escolar em curso.

2. Isso posto, **dou parcial provimento** ao recurso, para suspender, após o encerramento do ano letivo de 2011, os efeitos da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal na Paraíba, nos autos da **Ação Ordinária 2008.82.00.006124-1**.

EXTRATO DA ATA

STA 507-AgR/PB — Relator: Ministro Presidente. Agravante: Janeffer Celani Rodrigues de Ataide (Advogado: Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), deu parcial provimento ao recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

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

Brasília, 19 de maio de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 875 — DF

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 875/DF, ADI 1.987/DF, ADI 2.727/DF e ADI 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, II, da Constituição). LC 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e do Anexo Único da LC 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.

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, julgar procedentes as ADI 875, 2.727, 3.243 e 1.987, para, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/1999, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e do Anexo Único da LC 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012, nos termos do voto do Relator. Vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que julgou procedente apenas a ADI 1.987 e, no caso, não aplicou o art. 27 da Lei 9.868/1999.

Brasília, 24 de fevereiro de 2010 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Submeto à apreciação do Tribunal quatro ações diretas de inconstitucionalidade que têm como objeto dispositivos da LC 62, de 28 de dezembro de 1989, a qual estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências.

A **ADI 1.987/DF** foi proposta pelos Estados de Mato Grosso e Goiás em face da suposta **omissão** do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, II, da Constituição Federal.

Assim dispõe o art. 161, II, da Constituição:

> Art. 161. Cabe à lei complementar:
> (...)
> II – estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios.

O art. 159, I, por sua vez, dispõe desta forma:

> Art. 159. A União entregará:
> I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e oito por cento na seguinte forma:
> a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
> b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.

Os requerentes afirmam que o critério estabelecido pela LC 62/1989 não traduz a vontade do legislador constituinte, uma vez que o art. 161 da Constituição dispõe que o estabelecimento dos critérios de rateio dos fundos deve promover "o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios" (fls. 2-13). Sustentam a arbitrariedade da fixação dos índices destinados aos Estados, sobretudo os da Região Centro-Oeste, o que estaria a ofender a ideia de redistribuição de recursos que inspirou a criação dos fundos.

Em sua análise, os requerentes descrevem que a LC 62 teria um aspecto indiscutivelmente positivo no tocante à definição de 85% (oitenta e cinco por cento) para as Regiões mais pobres do país (Norte, Nordeste e Centro-Oeste), restando os outros 15% (quinze por cento) para os Estados mais ricos do Sul e Sudeste, o que estaria de acordo com a ideia redistributiva dos fundos.

O problema, no entanto, estaria na fixação, pela lei complementar impugnada, dos coeficientes individuais de cada Estado, dentro de cada bloco regional. Esses coeficientes, segundo os requerentes, foram estabelecidos de maneira arbitrária, por meio de acordo político. Assim, o que deveria ter sido elaborado com base em dados objetivos apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) foi feito, às vésperas do Censo previsto para o ano de 1990, por meio de acordo político entre Governo Federal e governos estaduais, resultando na aprovação da LC 62/1989.

Os coeficientes de participação dos Estados e do Distrito Federal, estabelecidos por acordo político e inseridos na LC 62/1989, deveriam ter vigência provisória, até o exercício financeiro do ano de 1991 (§ 1º do art. 2º). Os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a vigorarem a partir de 1992, seriam fixados em lei específica, com base na apuração do Censo de 1990 (§ 2º do art. 2º). No entanto, sucessivas lei complementares (LC 71/1992, LC 72/1993 e LC 74/1994) prorrogaram as regras previstas pela LC 62/1989.

Em suma, os critérios que, segundo o comando do art. 161, II, da Constituição, deveriam ser estipulados por lei complementar visando a promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios, e que, de acordo com o art. 2º da LC 62/1989, vigorariam a partir de 1992, com base em dados apurados no Censo realizado pelo IBGE em 1990, nunca foram, segundo os requerentes, devidamente fixados, e até hoje vigoram os coeficientes definidos temporariamente pela Lei 62/1989.

Os Estados requerentes ressaltam, ainda, a tramitação, no Congresso Nacional, de duas propostas de alteração da LC 62/1989: o projeto de lei do Deputado Gilney Viana e o projeto de lei do Senador Íris Rezende. Destacam que esses projetos visam à fixação de novos coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no FPE, com o objetivo de, finalmente, promover o equilíbrio socioeconômico entre estes entes federativos.

Os seguintes argumentos encerram a petição inicial:

> A fim de que haja equidade na distribuição dos recursos do FPE, é imprescindível que se estabeleçam critérios técnicos, objetivos e permanentes de rateio, baseados em dados econômicos e sociais objetivos, não sujeitos a acordos políticos de maiorias eventuais no Congresso Nacional. Os coeficientes aleatoriamente fixados a partir de uma média dos repasses efetuados em determinada série histórica só tem agravado as desigualdades entre os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, não cumprindo o objetivo precípuo inserido na norma do art. 161, inciso II, da Lei Maior. A perpetuação dessas injustiças contraria frontalmente o referido comando constitucional, na medida em que se viola o princípio segundo o qual os Estados maiores, mais populosos e mais pobres devem receber proporcionalmente mais.
> (Fls. 12-13.)

Por fim, os autores requerem a declaração do alegado vício de inconstitucionalidade por omissão, com a consequente intimação do Presidente do Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias "tendentes a conferir efetividade ao disposto no inciso II do art. 161 da Constituição da República, especificamente no que concerne ao imediato estabelecimento de critérios de rateio justos e objetivos do Fundo de Participação dos Estados, com vistas à efetiva promoção do equilíbrio socioeconômico entre Estados da Federação (...)" (fl. 13).

A **ADI 875/DF** foi proposta pelos Governadores dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina **contra** o art. 2º, I e II, e § 1º, § 2º e § 3º, e o Anexo Único da LC 62, de 28 de dezembro de 1989.

Eis o teor dos dispositivos normativos impugnados:

> Art. 2º Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE serão distribuídos da seguinte forma:
> I – 85% (oitenta e cinco por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

II – 15% (quinze por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste.

§ 1º Os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE a serem aplicados até o exercício de 1991, inclusive, são os constantes do Anexo Único, que é parte integrante desta Lei Complementar.

§ 2º Os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a vigorarem a partir de 1992, serão fixados em lei específica, com base na apuração do censo de 1990.

§ 3º Até que sejam definidos os critérios a que se refere o parágrafo anterior, continuarão em vigor os coeficientes estabelecidos nesta Lei Complementar.

Anexo Único à Lei Complementar 62,
De 28 de dezembro de 1989

Acre	3,4210
Amapá	3,4120
Amazonas	2,7904
Pará	6,1120
Rondônia	2,8156
Roraima	2,4807
Tocantins	4,3400
Alagoas	4,1601
Bahia	9,3962
Ceará	7,3369
Maranhão	7,2182
Paraíba	4,7889
Pernambuco	6,9002
Piauí	4,3214
Rio Grande do Norte	4,1779
Sergipe	4,1553
Distrito Federal	0,6902
Goiás	2,8431
Mato Grosso	2,3079
Mato Grosso do Sul	1,3320
Espírito Santo	1,5000
Minas Gerais	4,4545
Rio de Janeiro	1,5277
São Paulo	1,0000
Paraná	2,8832
Rio Grande do Sul	2,3548
Santa Catarina	1,2798

Os requerentes afirmam que a LC 62/1989, contrariando o comando do art. 161, II, da Constituição Federal, não dispõe sobre critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Ao contrário – asseveram os requerentes –, essa lei "busca, numa flagrante agressão ao texto da Constituição, elidir ou diferir a regulamentação desses critérios, dispondo que os a vigorar 'a partir de 1992' seriam fixados em 'lei específica' com base no Censo de 1990 (art. 2º, § 2º). E

mais: determina que, até a fixação dos critérios, continuariam em vigor os coeficientes fixados na mesma Lei Complementar 62/89 (art. 2º, § 3º). Situação essa que, como é de se imaginar, permanece até hoje (...). Assim [dizem os requerentes], em lugar de fixar os critérios ou estabelecer, em nível de lei complementar, como manda a Constituição (CF/88, art. 161, *caput*), regras básicas sobre os ditos critérios, que essa, e só essa pode ser a correta leitura das disposições constitucionais pertinentes, e citadas, a lei ora inquinada, elide, afasta e protela a criterização, para ir diretamente aos coeficientes (art. 2º, § 1º e Anexo Único)" (fl. 7).

Alegam os requerentes, ainda, que a LC 62/1989, ao definir apenas quotas e coeficientes para distribuição dos recursos do FPE e do FPM, minimizou a competência que a Constituição, no art. 161, parágrafo único, atribui ao Tribunal de Contas da União. Isso porque, em seu entender, o que a Constituição determina é que a lei complementar fixe ou disponha efetivamente sobre os critérios, a partir dos quais o Tribunal de Contas da União poderá estabelecer as quotas e os coeficientes, e não simplesmente efetuar um cálculo matemático, como resulta atualmente da LC 62/1989.

Assim, segundo os requerentes, "na medida em que faz uma partilha dos recursos pertinentes aos fundos de que trata o art. 159, I, 'a' e 'b', sem estabelecer ou partir de qualquer critério, sem atender, pois, ao requisito essencial da razoabilidade, a Lei Complementar 62/89, de instrumento equalizador das desigualdades regionais, converte-se num instrumento agressivo da igualdade entre os Estados, princípio constitucional explícito, essencial à forma federativa" (fl. 14).

Constam dos autos das ADI 1.987/DF e 875/DF relatórios (fls. 65-70/99-100, respectivamente) elaborados por meu antecessor, o Ministro Néri da Silveira.

Em sessão plenária de 22 de abril de 2002, ambas as ações foram apresentadas em mesa pelo Ministro Néri da Silveira. O julgamento, porém, foi adiado, em virtude do adiantado da hora (fl. 73/107, respectivamente). Em 8 de maio de 2002, o processo foi retirado de pauta, em razão da aposentadoria do Ministro Néri da Silveira (fl. 75/109, respectivamente).

Posteriormente, foram-me distribuídas, por prevenção em relação às referidas ADI 1.987 e 875, as ADI 2.727/DF (em 18 de setembro de 2002) e 3.243/MT (em 29 de junho de 2004), as quais também possuem como objeto dispositivos da LC 62/1989.

A **ADI 2.727/DF** foi proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, **em face** dos parágrafos 1º, 2º e 3º, todos do art. 2º, e do Anexo Único, da LC 62, de 28 de dezembro de 1989, e de parte da Decisão Normativa 44, de 12 de dezembro de 2001, editada pelo Tribunal de Contas da União.

Alega o requerente, conforme preciso relato do parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 147-148), "que, em vez de estabelecer normas sobre os critérios de rateio dos fundos previstos no art. 159, I, da Constituição, consoante a previsão do art. 161, inciso II, também do Estatuto Fundamental, a Lei Complementar 62, de 28-12-1989, teria, desde logo, fixado coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal, até o ano de

1991, remetendo à lei específica a definição de critérios de rateio do Fundo de Participação correspondente, a vigorarem a partir de 1992 – no caso de omissão legislativa, continuariam em vigor aqueles coeficientes nela estabelecidos, até a edição de lei específica antes referida. Afora o próprio art. 161, inciso II, semelhante proceder do legislador estaria a violar, no texto constitucional, o art. 2º (independência e harmonia dos Poderes); os objetivos fundamentais da República enumerados no art. 3º, e a vedação à delegação de matéria reservada a lei complementar."

A **ADI 3.243/DF** foi ajuizada pelo Governador do Estado de Mato Grosso **em face** da LC 62, de 28 de dezembro de 1989, especificamente, contra o § 3º do art. 2º dessa lei, que tem o seguinte teor:

> Art. 2º (...)
> (...)
> § 3º Até que sejam definidos os critérios a que se refere o parágrafo anterior, continuarão em vigor os coeficientes estabelecidos nesta Lei Complementar.

Afirma o requerente que a impugnação da totalidade da lei justificar-se-ia em razão de a declaração de inconstitucionalidade apenas do § 3º do art. 2º deixaria o restante da lei sem significado normativo.

Os argumentos são semelhantes aos levantados na ADI 1.987/DF, também de autoria do Estado de Mato Grosso, distinguindo-se as ações apenas pelo fato de que, na ADI 1.987/DF, o pedido é de declaração de inconstitucionalidade por omissão, e, na ADI 3.243/DF, o pedido é de declaração de inconstitucionalidade por ação do inteiro teor da LC 62, de 1989.

Ambas as ações estão submetidas ao rito do art. 12 da Lei 9.868/1999, conforme despachos por mim proferidos à fl. 90, na ADI 2.727/DF, e à fl. 46, na ADI 3.243/DF.

Instadas a prestar informações, as autoridades requeridas enfatizaram, de modo geral, afora os argumentos pelo não conhecimento da ação, que não haveria nenhum vício de inconstitucionalidade na LC 62/1989, pois, quando o § 2º do art. 2º da referida lei complementar trata do termo "lei específica", não significa que teria reservado o tratamento da matéria a lei ordinária. Ademais, aduzem que os critérios fixados pela lei complementar impugnada objetivaram promover o equilíbrio socioeconômico entre os Estados e entre os Municípios, em conformidade com o disposto no art. 161, II, da Constituição, e não caberia a este Tribunal fixar novos critérios, transformando-se em legislador positivo.

A Advocacia-Geral da União alegou que a matéria não seria passível de ser apreciada em ação direta, pois a LC 62/1989 tem efeitos concretos, e, caso fosse declarada sua inconstitucionalidade, não haveria outro título normativo para realizar o rateio do Fundo de Participação.

O Procurador-Geral da República, ao proferir parecer nas ações diretas de inconstitucionalidade em questão, sustentou, em síntese, que não cabe a este Tribunal apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a alegação

de má-distribuição dos recursos dos fundos de participação dos Estados e dos Municípios e de sua inaptidão para promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federados.

É o relatório, do qual a Secretaria distribuirá cópia aos Senhores Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator):

1. Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão

Senhores Ministros, Senhoras Ministras. Estamos diante de um caso deveras interessante. Temos quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 1.987/DF, ADI 875/DF, ADI 2.727/DF e ADI 3.243/DF) imbricadas por uma evidente relação de conexão, fenômeno que determina o seu julgamento conjunto, conforme a jurisprudência desta Corte (ADI 150-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 9-3-1990).

Por outro lado, é possível observar a intenção dos requerentes de estabelecer uma nítida distinção de pedidos: uns pela declaração da inconstitucionalidade por omissão e outros pela declaração da inconstitucionalidade (por ação), da LC 62, de 1989, a qual estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), previstos no art. 159, I, *a* e *b*, em conformidade com o art. 161, II e III, da Constituição Federal.

Em verdade, essa diferenciação de pedidos e causas de pedir, no presente caso, torna-se praticamente impossível, diante de suas próprias características.

Vejamos o exemplo das ADI 1.987/DF e 3.243/DF, ambas de autoria do Estado de Mato Grosso.

A ADI 1.987/DF possui pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão, em face de suposta inatividade do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, II, da Constituição. Os fundamentos que alicerçam esse pedido, porém, revelam uma ação cuja pretensão principal é ver declarada inconstitucional a LC 62, de 1989, cujas normas, segundo o autor, não cumprem com rigor o comando constitucional do art. 161, II, da Constituição.

Em parecer nessa ação direta, o Procurador-Geral da República constatou esse pedido "oculto" ou "camuflado", afirmando que "o caso não é de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois omissão não há, face à edição da LC 62/89. Logo, caso os requerentes achem a Lei Complementar injusta, ou ainda que ela não está promovendo o equilíbrio socioeconômico entre os Estados da Federação, como determinado pela Constituição da República, é de ser requerida a inconstitucionalidade da presente lei, e não a declaração de omissão do Congresso Nacional" (fl. 61).

O conselho do Procurador-Geral da República parece ter sido seguido pelo Estado de Mato Grosso, que, posteriormente, agora na ADI 3.243/DF, formulou pedido de declaração de inconstitucionalidade da totalidade da LC 62/1989, baseando-se nos mesmos argumentos – alguns descritos em textos simplesmente idênticos – utilizados na ADI 1.987/DF.

Nas ADI 875/DF e 2.727/DF, também há uma certa confusão de pedidos e causas de pedir.

Na ADI 875, o pedido é de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, I e II e § 1º, § 2º e § 3º, e o Anexo Único da LC 62, de 28 de dezembro de 1989. O fundamento do pedido, porém, é o fato de a referida lei não ter disposto sobre os critérios para distribuição dos recursos dos fundos de participação. Segundo trechos da peça inicial, "a LC 62/89 simplesmente não dispõe sobre critérios". Trata-se, conforme a própria petição inicial, de um "descumprimento" por "não cumprimento" do mandamento contido na norma constitucional do art. 161, II, da Constituição Federal. Assim, nas informações prestadas pela Advocacia-Geral da União, consignou-se o seguinte (fl. 61):

> Verifica-se, ainda, que a suposta inconstitucionalidade da Lei Complementar 62/89, estaria não naquilo que ela contém, mas nos pontos em que, segundo os requerentes, seria ela omissa.
>
> Como se vê, pretendem os requerentes que, depois de se reconhecer a omissão da Lei Complementar 62/89, seja ela declarada inconstitucional.

A ADI 2.727/DF, por seu turno, foi proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul contra os parágrafos 1º, 2º e 3º, todos do art. 2º, e do Anexo Único da LC 62, de 28 de dezembro de 1989, e contra parte da Decisão Normativa 44, de 12 de dezembro de 2001, editada pelo Tribunal de Contas da União. Porém, parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, contido nos autos, esclarece que, ao fim e ao cabo, a questão posta poderia ser de inconstitucionalidade por omissão, em razão da ausência de legislação específica para fixação dos critérios de rateio dos fundos de participação (fl. 107).

O quadro aqui revelado, portanto, está a demonstrar uma clara imbricação de pedidos e causas de pedir e, dessa forma, a evidenciar **a patente fungibilidade que pode existir entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.**

É certo que as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão não se confundem. Tanto a introdução de uma especial garantia processual para a proteção de direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, quanto a adoção de um processo abstrato para o controle da inconstitucionalidade por omissão legislativa estão a demonstrar que o constituinte brasileiro partiu de uma nítida diferenciação entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.

Não obstante, a tentativa de proceder-se a uma clara diferenciação não se afigura isenta de dificuldades[1]; se considerada atendida a maioria das exigências constitucionais de legislar, não restarão senão os casos de omissão parcial (*Teilunterlassung*), seja porque o legislador promulgou norma que não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar, seja porque uma mudança das relações jurídicas ou fáticas impõe-lhe um dever de adequação do complexo existente (*Nachbesserungspflicht*)[2].

Destarte, decorrido algum tempo da promulgação da Constituição, não se logrará identificar, com a ressalva de uma ou de outra exceção, uma omissão pura do legislador. O atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição[3]. A afirmação de que o legislador não cumpriu, integralmente, dever constitucional de legislar[4] contém, implícita, uma censura da própria normação positiva.

A declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial do legislador – mesmo nesses mecanismos especiais, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade da omissão – contém, portanto, a declaração da inconstitucionalidade da lei[5].

A imprecisa distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão[6] leva a uma relativização do significado processual-constitucional desses instrumentos especiais destinados à defesa da ordem constitucional ou de direitos individuais contra a omissão legislativa. De uma perspectiva processual, a principal problemática assenta-se, portanto, menos na necessidade de instituição de determinados processos destinados a controlar essa forma de ofensa constitucional do que na superação do estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

---

1 ERICHSEN, Hans-Uwe. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit.* 2. ed. Munique, 1979, v. II, p. 169-170.

2 JÜLICHER, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*, cit., p. 33.

3 SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*. Berlim, 1979, p. 169; GUSY, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlim, 1985, p. 152; SCHNEIDER, Bernd Jürgen. *Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungsswidriger Gesetze*. Frankfurt am Main, 1988, p. 148.

4 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgerichts und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal.* Berlim, 1991.

5 *BVerfGE* 8, 1 (10); 22, 349 (360).

6 ERICHSEN, Hans-Uwe. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit. p. 129-170; PESTALOZZA, Christian. "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., p. 519 (526, 530).

Embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas[7], não se deve excluir a possibilidade de que, como já mencionado, essa omissão venha a ser examinada no controle de normas.

Dado que, no caso de uma omissão parcial, existe uma conduta positiva, não há como deixar de se reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato[8].

Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude[9].

É certo que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão inconstitucional. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões. A soma de duas omissões não gera uma ação ou afirmação, mas uma "omissão ao quadrado".

O Supremo Tribunal Federal, em julgado relativo à suposta exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, afirmou que não caberia à Corte converter a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão. Tratava-se de arguição na qual se sustentava que o ato da Receita Federal, "ao não reconhecer a não incidência do imposto (IPMF) apenas quanto à movimentação bancária ocorrida nas aquisições de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos promovidas pelas empresas jornalísticas", estaria "impondo a exigência do imposto relativamente às demais operações financeiras de movimentação e transferência praticadas por essas empresas, em operações vinculadas à feitura do jornal, livros e periódicos, tais como pagamentos a fornecedores de outros insumos, pagamentos de mão de obra e serviços necessários à confecção do jornal (....)"[10]. Fundamentou a Corte que:

> Configurada hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão, em face dos termos do pedido, com base no § 2º do art. 103 da Lei Magna, o que incumbe ao Tribunal – afirma o Relator, Ministro Néri da Silveira – é negar curso à ação direta de inconstitucionalidade *ut* art. 102, I, letra *a*, do Estatuto Supremo. Na mesma linha de argumentação, concluiu o Ministro Sepúlveda Pertence que "o pedido da

---

[7] FRIESENHAHN, Ernst. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland.* Köln-Berlim-Bonn-Munique, 1963, p. 65.

[8] GUSY, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 152.

[9] Cf.: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. Sobre o tema, *vide* voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar na ADI 526, contra a Medida Provisória 296, de 1991.

[10] ADI 986, Relator Néri da Silveira, *DJ* de 8-4-1994.

ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão", o que tornaria "inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se propôs, em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas"[11].

Esse entendimento foi mantido em julgados posteriores, como na ADI 1.442/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 24-4-2005, na qual se alegava a insuficiência do salário mínimo para atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, uma questão de omissão parcial do legislador. Na ocasião, assim se manifestou o Ministro Celso de Mello, após tecer considerações analíticas sobre as distinções entre a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO):

> Tenho para mim – consideradas as razões que venho de expor e que evidenciam a **especificidade** desses meios de controle abstrato de constitucionalidade – que não se revela possível converter, em ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade, que, ajuizada – **como a presente** – com a **única** finalidade de, após suspensão cautelar de eficácia da norma impugnada (norma que transgrediria, **por omissão parcial**, texto da Constituição), promover, mediante decisão plenária desta Corte, "a exclusão dos dispositivos retromencionados do arcabouço jurídico pátrio" (**fl. 8**).
>
> Torna-se necessário acentuar, neste ponto, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal – defrontando-se com situação semelhante à que emerge da presente causa – pronunciou-se no sentido de que, configurada hipótese de inconstitucionalidade por omissão estatal de providência reputada necessária à efetivação de norma constitucional, **torna-se inviável a conversão** da ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, **a**, da Carta Política, em ação de inconstitucionalidade por omissão, a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição (**ADI 986/DF**, Rel. Min. *Néri da Silveira*).
>
> O eminente Ministro *Néri da Silveira*, Relator, em seu douto voto, assim se pronunciou sobre a matéria:
>
> > "A **quaestio juris**, que então se propõe como preliminar, respeita à possibilidade, ou não, de converter-se a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão, tendo em conta o que efetivamente pretende a requerente.
> >
> > Penso, no particular, que não cabe à Corte converter a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão. Configurada hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão, em face dos termos do pedido, com base no § 2º do art. 103 da Lei Magna, o que incumbe ao Tribunal é negar curso à ação direta de inconstitucionalidade, **ut** art. 102, I, letra 'a', do Estatuto Supremo. À parte ficará reservado aforar, então, a ação de inconstitucionalidade por omissão, ou não, adotando-se, para tanto, o procedimento cabível, não coincidente com o da demanda aforada, não sendo, desde logo, cabível cautelar.
> >
> > É a questão de ordem que, como preliminar, submeto ao Tribunal. Adianto, desde logo, na linha do antes referido, que não conheço, desde logo, da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada (...)."

---

[11] ADI 986, Relator Néri da Silveira, *DJ* de 8-4-1994.

Também o eminente Ministro *Sepúlveda Pertence*, ao apreciar essa questão no julgamento da **ADI 986-QO/DF**, expendeu as seguintes considerações:

"Ora, o pedido da ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão. Por isso, creio, de fato, inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se propôs, em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas.

Acompanho, portanto, o eminente Relator e não conheço da ação."

Desse modo, Senhor Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, não conheço da presente ação direta quanto ao art. 1º e seu parágrafo único da Medida Provisória 1.415/96.

Ao contrário do afirmado nas referidas decisões que fixaram a jurisprudência da Corte, o problema não decorre propriamente do pedido, até porque, em um ou em outro caso (ADI ou ADO), tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Em se tratando de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude.

Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, ao mais das vezes, a solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.

A técnica da declaração de nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

A questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa.

E, nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal tem avançado substancialmente nos últimos anos, principalmente a partir do advento da Lei 9.868/1999, cujo art. 27 abre um leque extenso de possibilidades de soluções diferenciadas para os mais variados casos.

É certo que, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento segundo o qual a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão autorizaria o Tribunal apenas a cientificar o órgão inadimplente para que este adotasse as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional. Assim, reconhecida a procedência da ação, deveria o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis.

Em julgado recente (do ano de 2007), porém, o Tribunal passou a considerar a possibilidade de, em alguns casos específicos, indicar um prazo razoável

para a atuação legislativa, ressaltando as consequências desastrosas para a ordem jurídica da inatividade do legislador no caso concreto (ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 6-9-2007). O caso referia-se à omissão inconstitucional quanto à edição da lei complementar de que trata o art. 18, § 4º, da Constituição, definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Na ocasião, a Corte declarou o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional e determinou que, no prazo de 18 (dezoito) meses, adotasse ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

Na mesma ocasião, o Tribunal avançou no tema da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. No julgamento do conhecido caso do Município de Luís Eduardo Magalhães (ADI 2.240, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 3-8-2007), o Tribunal, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/1999, declarou a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada (Lei 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia), mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual pode o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que devem ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão da Corte na ADI 3.682.

Em tema de omissão inconstitucional, o Tribunal já vem adotando, inclusive, típicas sentenças de perfil aditivo, tal como ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos. Como se sabe, no MI 20 (Rel. Celso de Mello, *DJ* de 22-11-1996), firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, com o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía *norma de eficácia limitada*, desprovida de autoaplicabilidade. Na mesma linha, foram as decisões proferidas no MI 485 (Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 23-8-2002) e no MI 585/TO (Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 2-8-2002). Assim, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, reconheceu-se unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional.

Em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em mudança radical de sua jurisprudência, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e decidiu no sentido de declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa, com a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma *regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário.* O Tribunal adotou, portanto, uma moderada *sentença de perfil aditivo,* introduzindo modificação substancial na técnica de

decisão do mandado de injunção (MI 670, Rel. para o ac. Min. Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes; e MI 712, Rel. Min. Eros Grau).

A opção por uma técnica diferenciada de decisão pode trazer soluções viáveis para as presentes ações diretas de inconstitucionalidade. Aqui, não se trata mais de saber se as ações são de inconstitucionalidade por ação ou por omissão (parcial), mas de encontrar uma técnica de decisão para superar o alegado estado de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial.

Assim, não obstante o brilhantismo da tese e daqueles que a defenderam nesta Corte, parece que a distinção rígida entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, como pressuposto de sua infungibilidade, não se coaduna mais com a própria jurisprudência do Tribunal no tocante ao controle abstrato de normas e às novas técnicas de decisão.

É preciso reconhecer que, em nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade, deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação. A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) já possuem um claro caráter dúplice ou ambivalente, que as tornam, praticamente, uma mesma ação com sinal trocado. Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o Tribunal tem reconhecido sua fungibilidade com a ação direta de inconstitucionalidade, até mesmo tendo em vista a relação de subsidiariedade entre essas ações (ADPF 72-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 2-12-2005).

Isso não significa negar a natureza distinta, o rito próprio e as especificidades de cada ação. A Lei 9.868/1999 possui capítulos específicos para a ação direta de inconstitucionalidade (Capítulo II) e para a ação declaratória de constitucionalidade (Capítulo III). **Com a nova Lei 12.063, de 22 de outubro de 2009, a Lei 9.868/1999 passa a contar com o capítulo II-A, que estabelece rito procedimental e medidas cautelares específicas para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.** A Lei 9.882/1999, por seu turno, trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No Supremo Tribunal Federal, atualmente, todas as ações possuem uma classe específica de autuação: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Portanto, ante a aparente confusão inicialmente verificada nos diversos pedidos, como demonstrado, e tendo em vista a patente defasagem da jurisprudência até então adotada pelo Tribunal, temos aqui uma valiosa oportunidade para superarmos o antigo entendimento e reconhecermos o caráter fungível entre as ações.

Dessa forma, conheço das presentes ações (ADI 875, 1.987, 2.727 e 3.243).

2. Objeto das ações

Em razão da reunião das ações para julgamento em conjunto, necessária se faz a delimitação de seu objeto.

À exceção da ADI 1.987/DF, a qual tem objeto distinto – foi proposta em face da suposta omissão do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, II, da Constituição – **as ADI 875, 2.727 e 3.243 são dirigidas, no seu conjunto, contra o art. 2º, I e II e § 1º, § 2º e § 3º, e o Anexo Único da LC 62, de 28 de dezembro de 1989**. Na primeira, impugna-se todo o dispositivo (*caput*, incisos e parágrafos) e o mencionado Anexo Único; na segunda, apenas os parágrafos 1º, 2º e 3º. Na terceira, somente o § 3º, apesar de o requerente ter delimitado o objeto como sendo toda a lei, com base no fato de que a declaração de inconstitucionalidade apenas do § 3º do art. 2º deixaria o restante da lei sem significado normativo.

Na ADI 2.727/DF, impugna-se, ainda, parte da Decisão Normativa 44, de 12 de dezembro de 2001, editada pelo Tribunal de Contas da União. No entanto, a referida decisão normativa apenas "aprova, para o exercício de 2002", os coeficientes para o cálculo das quotas de distribuição dos recursos do FPE e do FPM. Sua eficácia temporária, já exaurida naquele ano de 2002 – atualmente está vigente a Decisão Normativa 92, de 19 de novembro de 2008 –, retira-lhe requisito essencial para figurar como objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Em relação aos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Municípios, constantes do art. 3º da lei, sua fixação é hoje regulada pela LC 91, de 22 de dezembro de 1997, que revogou expressamente as Leis 71 e 74, as quais promoveram mudanças substanciais no art. 3º da LC 62/1989. Poder-se-ia argumentar que a LC 91/1997, ao, expressamente, revogar apenas as LC 71 e 74, teria provocado a repristinação das disposições originárias do mencionado art. 3º. Todavia, considerando que a LC 91 disciplinou, de forma diversa, toda a matéria tratada pelo art. 3º, não há dúvida de que a mencionada Lei Complementar revogou, ainda que tacitamente, o referido art. 3º.

Este Tribunal, em algumas ocasiões, deparou-se com a aplicação dessa lei (cf. MS 23.632, Rel. Carlos Britto, *DJ* de 14-11-2008), a ela não opondo qualquer óbice de natureza constitucional.

Ademais, embora esse argumento, isoladamente, não pudesse preponderar, em virtude da causa de pedir aberta que caracteriza as ações de controle abstrato de constitucionalidade, registre-se que toda a argumentação desenvolvida pelo autor dirige-se contra a suposta omissão (parcial) na regulamentação dos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, não o dos Municípios.

No tocante aos demais dispositivos da LC 62/1989 – os arts. 4º, 5º, 6º e 7º –, eles possuem natureza eminentemente instrumental – definição de prazos e formas para a entrega dos recursos – em relação não apenas ao FPE, mas também ao FPM, de modo que formam um sistema normativo também com a LC 91/1997, a qual, como já afirmado, hoje disciplina o FPM. Portanto, eventual declaração de inconstitucionalidade da totalidade do art. 2º, e tendo em vista a mencionada

revogação do art. 3º, não teria o condão de retirar a importância normativa dos referidos dispositivos (arts. 4º, 5º, 6º e 7º).

Por conseguinte, o objeto posto a julgamento é constituído apenas pelo art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e pelo Anexo Único da LC 62/1989.

Passo, então, à análise da questão constitucional.

3. Omissão parcial: a insuficiência da LC 62, de 1989, para a manutenção do equilíbrio socioeconômico entre os Estados

Sabe-se que a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.

Tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente, ou de modo insuficiente, à vontade constitucional.

Portanto, em se tratando de omissão parcial, há lei editada a pretexto de dar cumprimento às determinações constitucionais. O legislador, no entanto, ao editá-la, não se desincumbe de forma satisfatória do dever que a Constituição lhe impusera, inviabilizando, com o seu ato, a plena efetividade da norma constitucional.

Trata-se, conforme salientado, de figura fronteiriça entre a ação e a omissão inconstitucional, pois a afirmação de que o legislador não cumpriu integralmente o dever de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva.

A declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial do legislador – mesmo nos mecanismos especiais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – contém, portanto, a declaração da inconstitucionalidade da lei.

Cumpre salientar, todavia, que a aferição do atendimento, pelo legislador, da vontade constitucional não deve partir de juízos ou valorações de caráter subjetivo, mas do cotejo da lei que fora editada com a norma construída a partir da interpretação do dispositivo constitucional.

Dessarte, somente restará configurada a omissão parcial se presentes os seguintes requisitos: (i) norma constitucional que imponha o dever de legislar de conteúdo definido e (ii) edição de lei que confira à matéria tratamento aquém daquele pretendido pela Constituição.

No caso, portanto, deve-se buscar, no texto constitucional, dispositivo que imponha ao legislador o dever de conferir ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal tratamento diverso daquele que lhe fora conferido pela LC 62, de 28 de dezembro de 1989.

Sabe-se que a mencionada lei foi editada a pretexto de cumprir determinação constante do art. 161, II, da Constituição, que possui a seguinte redação:

> Art. 161. Cabe à lei complementar:
> (...)
> II – estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, *especialmente sobre os* **critérios de rateio** *dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios*.

Por sua vez, o art. 159, I, na redação vigente à época da edição da lei, dispunha da seguinte forma:

> Art. 159. A União entregará:
> I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma:
> **a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;**
> b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;
> c) três por cento, para programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer.

Com a edição da EC 55/2007, a fração destinada aos fundos de participação passou a ser de 48% (quarenta e oito por cento). O referido acréscimo favoreceu exclusivamente o Fundo de Participação dos Municípios, que, além dos vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento anteriormente previstos, passou a receber, anualmente e no mês de dezembro, mais um por cento da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR) e sobre produtos industrializados (IPI).

Não se trata, pois, de mudança substancial do parâmetro de controle, apta a impedir o conhecimento das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em virtude da suposta insuficiência (omissão parcial) da LC 62/1989 no cumprimento das exigências impostas pelo art. 161, II, da Constituição da República.

Cumpre ressaltar que o art. 39, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que o Congresso Nacional, no prazo de doze meses, contados da promulgação do texto constitucional, votasse a lei complementar prevista no art. 161, II.

Por conseguinte, no tocante aos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, o Congresso Nacional possuía o dever constitucional de elaborar, em até doze meses, lei complementar que estabelecesse os critérios de rateio. Na definição desses critérios, o legislador teria como parâmetro a promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos.

Nesse contexto, foi editada, em 1989, a LC 62, que definiu a forma de distribuição dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

Quanto ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, o art. 2º da referida Lei Complementar estabeleceu a destinação de 85% (oitenta e cinco por cento) dos recursos às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e de 15% (quinze por cento) para as regiões Sul e Sudeste.

O referido diploma legal também definiu, em seu anexo, os coeficientes de participação dos Estados, os quais **deveriam vigorar apenas nos exercícios de 1990 e 1991**. **Os critérios de rateio que seriam aplicados a partir do ano de 1992 deveriam ser fixados por lei específica, com base no censo de 1990** (art. 2º, § 2º).

Por fim, o art. 2º, § 3º, da mencionada lei complementar dispôs que os coeficientes de participação definidos no anexo continuariam a ser aplicados, caso a lei prevista no parágrafo anterior não fosse editada.

Passados quase vinte anos da edição da lei, ela continua a reger a distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, ou seja, até hoje são aplicados os índices previstos, inicialmente, apenas para os exercícios de 1990 e 1991.

Também chama a atenção o fato de os índices adotados na referida lei não decorrerem da análise de dados e informações que efetivamente retratavam a realidade socioeconômica dos Estados brasileiros à época. Extrai-se, dos autos, que **os índices foram definidos, mediante acordo entre os entes federativos, formalizado no âmbito do Confaz, com base na média histórica dos coeficientes aplicados anteriormente à Constituição de 1988**, quando a apuração se dava tendo como parâmetro os artigos 88 e seguintes do Código Tributário Nacional.

A natureza provisória e o caráter eminentemente político dos índices fixados pela LC 62 foram expressamente reconhecidos pelo relator do projeto, Deputado Firmo de Castro, que, nas razões que embasaram a referida proposta, deixou consignado o seguinte:

> (...) Optou-se através deste projeto, **de acordo com a sugestão unânime das Secretarias de Fazenda e de Finanças dos Estados, fixar-se, provisoriamente, os coeficientes individuais de participação de cada unidade da Federação no FPE**. Isso porque os parâmetros básicos, população e inverso da renda *per capita*, hoje desatualizados, não proporcionariam o grau de distributividade que todos desejam. Em razão das transformações significativas ocorridas na presente década, as quais estão afetando os perfis especiais de renda e população, **será prudente e benéfico para todos que os critérios de distribuição do FPE sejam revistos em profundidade depois da apuração do censo de 1990, com dados atualizados e melhor avaliados após os dois de vigência do novo sistema tributário, o que também se propõe ocorra com o FPM.**

Tudo indica, portanto, que se trata de lei editada em virtude do decurso do prazo previsto pelo art. 39, parágrafo único, do ADCT, para viger por período determinado.

O fato de a lei ter sido editada nessas circunstâncias, por si só, não a macula com a pecha da inconstitucionalidade. Até mesmo porque o § 3º do art. 2º da LC 62, consoante salientado, previu a ultra-atividade dos coeficientes de participação então definidos, caso não fosse editada a lei que definiria novos coeficientes de participação com base no censo de 1990.

Vício de inconstitucionalidade parece haver, contudo, no atendimento inadequado da exigência contida no final do art. 160, II, da Constituição, segundo o qual os critérios de rateio dos fundos de participação deveriam **promover o equilíbrio socioeconômico entre Estado e entre Municípios**.

Da leitura do referido dispositivo constitucional, extrai-se que os critérios escolhidos pelo legislador para o rateio dos fundos de participação somente serão constitucionais se aptos a promoverem a redução das desigualdades regionais e a equalização da situação econômico-financeira dos entes federativos. Trata-se de um comando constitucional de cumprimento obrigatório pelo legislador.

E não poderia ser de outra forma, tendo em vista que o próprio fim almejado pelo Constituinte, com a criação dos fundos de participação, foi o de dotar o federalismo cooperativo brasileiro de mais um instrumento apto a promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico do país.

Os fundos de participação viabilizam a transferência, aos Estados e aos Municípios, de parte do que é arrecadado pela União. Dessa forma, garante-se – ou, pelo menos, dever-se-ia garantir – a autonomia financeira dos entes federativos, que, para o exercício de suas competências constitucionais, contam não apenas com os recursos advindos da arrecadação de seus próprios tributos, mas também com os decorrentes de transferências intergovernamentais.

Aliomar Baleeiro, em sua clássica obra *Direito tributário brasileiro* (11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 600), afirma que **a distribuição de receitas por meio de fundos encontra precedente histórico no art. 15, § 4º, da Constituição de 1946**, segundo o qual os Municípios, excluídos os das Capitais, participariam de 10% do total arrecadado pela União, a título de imposto de renda. A EC 5, de 21 de novembro de 1961, elevou para 15% a parcela a ser rateada e ordenou ainda que 10% da arrecadação do imposto sobre consumo tivesse o mesmo destino. No entanto, **fundos similares aos atuais somente foram estabelecidos pela EC 18**, de 1º de dezembro de 1965, com a destinação de 10% do valor arrecadado a título de imposto de renda e de imposto sobre produtos industrializados para o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e outros 10% para o Fundo de Participação dos Municípios. **A Constituição de 1967 manteve essa sistemática de distribuição de recursos financeiros**, modificando apenas o percentual da arrecadação a ser rateado. Tal percentual foi alterado inúmeras vezes na vigência da Constituição pretérita.

O modelo de distribuição das receitas tributárias adotado pela Constituição de 1988 – partilha por meio de fundos (art. 159, I) e participação direta no produto da arrecadação (arts. 157, 158 e 159, II) – possibilita a redução ou a atenuação das disparidades existentes entre as Unidades da Federação. Isso porque os

Estados e Municípios mais pobres, não obstante as inúmeras demandas sociais, possuem, em regra, menor arrecadação tributária direta, o que é compensado pelas transferências intergovernamentais. Se mantido, em nosso país, modelo próprio do federalismo clássico (*dual federalism)*, segundo o qual as unidades federadas deveriam se manter, exclusivamente, com o produto da arrecadação dos tributos de sua própria competência, o fosso socioeconômico entre os entes federativos apenas se aprofundaria, e não restaria atendida a exigência contida na parte final do art. 160, II, da Constituição.

A tabela a seguir demonstra a **importância relativa do FPE para as finanças estaduais**, revelando a relação existente entre o valor transferido para cada unidade federativa e a sua receita corrente (dados IBGE):

Região/UF	FPE/Receita Corrente
Norte	**28,48%**
Rondônia	26,24%
Acre	47,38%
Amazonas	12,69%
Roraima	49,32%
Pará	23,40%
Amapá	47,60%
Tocantins	40,09%
Nordeste	**25,22%**
Maranhão	32,32%
Piauí	38,50%
Ceará	25,53%
Rio Grande do Norte	25,68%
Paraíba	30,21%
Pernambuco	19,59%
Alagoas	32,42%
Sergipe	32,86%
Bahia	17,15%
Sudeste	**1,59%**
Minas Gerais	4,11%
Espírito Santo	4,96%
Rio de Janeiro	1,41%
São Paulo	0,35%

Região/UF	FPE/Receita Corrente
Sul	**4,37%**
Paraná	5,30%
Santa Catarina	4,20%
Rio Grande do Sul	3,66%
Centro-Oeste	**7,15%**
Mato Grosso do Sul	7,63%
Mato Grosso	10,52%
Goiás	8,95%
Distrito Federal	2,36%
BRASIL	**9,24%**

Percebe-se que, não obstante essa proporção entre a receita corrente das unidades federativas e os valores que lhes são repassados levar em consideração a tabela fixa estabelecida LC 62/1989, que, como visto, é fruto de um acordo político selado no Confaz ao final dos anos oitenta, a distribuição do FPE acaba tendo um caráter nitidamente *redistributivo*, ou seja, a transferência dos recursos pesa proporcionalmente mais naqueles Estados menos desenvolvidos. Se, no Estado de São Paulo, o FPE corresponde somente a 0,35% da receita corrente estadual, em Roraima, a mesma proporção superou os 49% em 2007. Para o conjunto dos orçamentos estaduais, o índice fica pouco abaixo de 10%. Nas regiões Norte e Nordeste são observadas as maiores dependências do FPE.

Acerca do modelo de partilhas e transferências intergovernamentais adotado pela Constituição de 1988, merecem registro as seguintes reflexões do economista Luiz Arruda Villela:

> O Sistema Tributário Nacional é composto de impostos de competência de cada um dos níveis de governo, federal, estadual e municipal, e de um sistema de partilhas e transferências intergovernamentais, de recursos de origem tributária. Isso decorre da constatação de que, para vários Estados e a quase totalidade dos Municípios, a exploração da base tributária própria, conforme discriminada na Constituição, não proporcionaria recursos suficientes para o financiamento dos respectivos governos.
>
> Em uma federação, é inaceitável que a distribuição desproporcional de recursos públicos inviabilize o atendimento de necessidades básicas das populações localizadas em Estados ou Municípios com escassa capacidade de arrecadação própria de tributos. Os sistemas de partilha e de transferências são, portanto, fundamentais para as finanças estaduais e municipais, devendo operar de forma redistributiva como "variáveis de fecho" no processo de distribuição de recursos públicos entre os entes federados.

> Por esse motivo, o inciso II do artigo 161 da Constituição Federal estabelece que os Fundos de Participação (FPE e FPM) têm como objetivo "promover o equilíbrio socioeconômico entre estados e entre municípios".
> (VILLELA, Luiz Arruda. Revisão dos Critérios dos Fundos de Participação. In: *Reforma fiscal*: coletânea de estudos técnicos. Relatório da Comissão Executiva de Reforma Fiscal. Volume II. MATTOS FILHO, Ary Oswaldo (Coord.). São Paulo: DBA, 1993, p. 621-634.)

Cumpre ressaltar que a exigência de promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federados foi consagrada pela Constituição não apenas como parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos critérios de rateio dos fundos de participação, mas como princípio da ordem econômica (art. 170, VII – *redução das desigualdades regionais e sociais*) e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III – *erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais*).

Sabe-se que as normas-tarefa ou normas-fim, embora muitas vezes condicionadas às circunstâncias fáticas e financeiras, são dotadas, pelo menos, de eficácia mínima, segundo a qual o legislador não pode atuar de forma diversa ao disposto na Constituição e, muito menos, dificultar a efetivação da vontade constitucional. Nesse sentido, Georg Jellinek (*Teoría general del Estado.* 2. ed. México: Continental, 1958, p. 190-195 e 215) afirma que os fins do Estado não servem para determinar o que acontecerá, mas para determinar o que não deve ser feito.

Desse modo, o legislador, ao disciplinar o funcionamento dos fundos de participação, deve ser obsequioso à finalidade constitucionalmente prevista de redução das desigualdades regionais, sem criar qualquer obstáculo à promoção desse desiderato. Até mesmo porque, conforme salientado, a própria razão de ser dos fundos é conferir efetividade à exigência constitucional.

Acerca da relação entre os fundos de participação, federalismo cooperativo e o "princípio" da redução das desigualdades regionais, o magistério de Gilberto Bercovici assim se desenvolve:

> O Federalismo Cooperativo está em estreita relação com o Estado intervencionista (o chamado Estado Social), que tem por objetivos, entre outros, a igualação das condições sociais de vida e a redução das desigualdades regionais em todo o território nacional. É justamente a exigência de solidariedade do Estado Social que fez com que fosse formulado um princípio de fidelidade federal que vincula a União e os entes federados, condicionando e orientando suas políticas na direção da diminuição das desigualdades sociais. Não é possível, porém, a uniformização das condições de vida entre os vários entes federados se estes não tiverem capacidade suficiente (não apenas econômica, mas também política) para satisfazer plenamente as suas funções. Assim, a forma cooperativa de Federalismo tem por objetivo fundamental a igualação da capacidade dos membros da Federação.
>
> A autonomia dos entes federados frente à União pode se transformar em farsa quando faltam os recursos financeiros necessários à sua manutenção. Consequentemente, num Estado Federal, a decorrência direta da repartição de competências é a

> distribuição das fontes de recursos financeiros para equilibrar os encargos e as rendas das unidades federadas. Além da discriminação rígida e tradicional das rendas por fontes, o Federalismo Cooperativo caracteriza-se por realizar a distribuição do produto arrecadado, ou seja, a participação de entes federativos na receita de outros entes. Desta maneira, para compensar a fragilidade econômico-financeira dos Estados e Municípios em relação à União, instituiu-se o mecanismo das transferências intergovernamentais das receitas tributárias, através da partilha de parcela das receitas arrecadadas pela União e Estados.
>
> No tocante à destinação das verbas para a diminuição dos desequilíbrios regionais, a técnica utilizada na Constituição de 1988 é a da participação por expectativa, ou participação em fundos. A vinculação de rendas tributárias e a partilha de recursos através de fundos públicos caracterizam-se pelo fato de as receitas ingressarem originariamente nos fundos e serem distribuídas de acordo com critérios estabelecidos em lei (número de habitantes, produto interno bruto, etc.)
>
> (BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Superação das Desigualdades Regionais. In: *Direito constitucional.* Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79-81.)

Por uma questão de lógica, é possível concluir que os únicos critérios de rateio aptos ao atendimento da exigência constitucional são aqueles que assimilem e retratem a realidade socioeconômica dos destinatários das transferências, pois, se esses critérios têm por escopo a atenuação das desigualdades regionais, com a consequente promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federados, **revela-se primordial que eles permitam que dados fáticos, apurados periodicamente por órgãos ou entidades públicas (o IBGE, por exemplo), possam influir na definição dos coeficientes de participação**. Não se pode pretender a modificação de um determinado *status quo*, sem que se conheçam e se considerem as suas peculiaridades.

Ademais, **deve haver a possibilidade de revisões periódicas dos coeficientes**, de modo a se avaliar criticamente se os até então adotados ainda estão em consonância com a realidade econômica dos entes federativos e se a política empregada na distribuição dos recursos produziu o efeito desejado.

Todavia, está claro que não é essa a situação com a qual nos deparamos no tocante à atual disciplina legislativa dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal. Conforme salientado, há lei destinada a viger apenas por dois exercícios (1990 e 1991) e que, por **inércia legislativa**, continua a produzir efeitos e a determinar o montante de recursos a ser repassado aos Estados e ao Distrito Federal.

Viola o bom senso imaginar que lei editada em 1989 – apenas com base em médias históricas apuradas à época – ainda possa retratar a realidade socioeconômica dos entes estaduais.

A manutenção de coeficientes de distribuição que não mais encontram amparo na realidade socioeconômica dos entes federativos produz severas distorções no modelo inicialmente delineado pela Constituição de 1988, com

repercussões gravosas à economia dos Estados, consoante atestam os economistas Sérgio Prado, Waldemir Quadros e Carlos Eduardo Cavalcanti:

> O aspecto que mais se destaca, contudo, já apontado, é o enorme aumento das desigualdades horizontais, isto é, entre Estados da mesma região, como resultado da distribuição do FPE.
>
> (...) Os atuais critérios de rateio, além de serem fixos, isto é, além de não incorporarem nenhum componente dinâmico, foram estabelecidos a partir de ajustes feitos no percentual que, pelos critérios anteriores, caberia a cada Estado. (...) Aqui, o problema da má distribuição do FPE não se restringe ao fato de alguns Estados pobres receberem, em termos *per capita*, muito mais do que os Estados ricos; estados igualmente pobres também recebem transferências desiguais.
>
> (PRADO, Sérgio. QUADROS, Waldemir. CAVALCANTI, Carlos Eduardo. *Partilha de recurso na Federação brasileira.* São Paulo: FAPESP, 2003, p. 96-97.)

Verifica-se, ademais, que, apesar de dispor que oitenta e cinco por cento dos recursos serão destinados às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, **a Lei Complementar 62/1989 não estabelece os critérios de rateio exigidos constitucionalmente; ela apenas define, diretamente, os coeficientes de participação dos Estados e do Distrito Federal.**

Não parece ser esse o comando constitucional do art. 161, II. Não há dúvida de que o vocábulo "critérios" refere-se a parâmetros, balizas, diretrizes para a definição dos coeficientes de participação. Não competiria, portanto, à lei complementar estabelecer diretamente esses coeficientes. Até mesmo porque, conforme salientado, a participação dos entes estaduais no fundo deve ser lastreada em informações que retratem a realidade, exigência que não se coaduna com a morosidade do processo legislativo.

A fixação de coeficientes de participação mediante a edição de lei complementar, além de não atender à exigência constitucional do art. 161, II, somente se justificaria se aceitável a absurda hipótese segundo a qual os dados atinentes à população, à produção, à renda *per capita*, à receita e à despesa dos entes estaduais se mantivessem constantes com o passar dos anos.

Não por outro motivo, a LC 91, de 22 de dezembro de 1997, diploma que dispõe sobre a fixação dos coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios, estabelece o número de habitantes como critério de rateio (art. 1º) e fixa que as cotas serão anualmente revistas com base nos dados oficiais de população produzidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (art. 2º).

Anteriormente à edição da LC 62, a distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados era regida pelos arts. 88 e seguintes do Código Tributário Nacional, segundo os quais cinco por cento do fundo seriam distribuídos proporcionalmente à superfície de cada ente estadual, e noventa e cinco por cento proporcionalmente ao denominado coeficiente individual de participação,

resultante do produto do fator representativo da população pelo fator representativo do inverso da renda *per capita* de cada entidade participante. No tocante à superfície territorial e à população estimada, os dados deveriam ser fornecidos pelo IBGE, e no que concerne à renda *per capita*, pela Fundação Getúlio Vargas. Havia, ainda, limites máximos e mínimos de participação.

Tal modelo baseava-se em uma lógica mista: enquanto parcela dos recursos era distribuída em virtude das necessidades das unidades federativas – quanto mais extenso e populoso o ente estadual, maior o volume de recursos lhe seria destinado –, o restante era repassado aos entes atendendo-se a uma lógica de justiça distributiva – quanto mais pobre a unidade federativa (considerando a renda *per capita* nacional), maior volume de recursos ela receberia. A existência de um piso de participação aumentava o peso relativo das unidades federativas menos populosas, assim como a previsão de um teto de participação reduzia o peso relativo das unidades mais populosas.

Constata-se, pois, que, em ambas as regulamentações, os critérios adotados permitiam que os dados da realidade contribuíssem para a definição dos coeficientes de participação. Em outras palavras, com base nessas informações é que deveria ser definida a participação de cada ente no rateio dos fundos.

Não há dúvida, pois, de que **a manutenção de coeficientes de participação fixos há mais de vinte anos revela-se em descompasso com o que determina o art. 161, II, da Constituição**, uma vez que tais coeficientes – fixados com base na média histórica dos coeficientes aplicados anteriormente à Constituição de 1988, quando a apuração se dava tendo como parâmetro os artigos 88 e seguintes do Código Tributário Nacional – não mais retratam a realidade socioeconômica dos entes federativos.

Apenas para fins exemplificativos, convém **comparar a situação socioeconômica dos Estados e do Distrito Federal em 1985 e em 2007, com base em estatísticas oficiais divulgadas pelo IBGE**. Embora não se defenda aqui a adoção deste ou daquele critério, mas apenas que o parâmetro adotado retrate a realidade, de modo a fazer cumprir o dispositivo constitucional que determina a promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos, é possível entender que os dados utilizados pelos arts. 88 e seguintes do CTN para a aferição dos coeficientes de participação são capazes de ilustrar a dinâmica social e econômica que a LC 62 não é capaz de acompanhar.

Um dos parâmetros da fórmula adotada pelo CTN envolvia a população. Tal dado é extraído do Censo e de recontagens periódicas realizadas pelo IBGE. Todavia, a existência de piso (2%) e de teto (10%) de participação impedia que os coeficientes retratassem, por completo, a distribuição regional do número de habitantes. Dessarte, não obstante São Paulo detenha 21,6% da população brasileira, somente 10% contavam na antiga fórmula de rateio do FPE (o Estado de Minas Gerais também era afetado por esse critério). No outro extremo, embora viva em Roraima apenas 0,1% da população brasileira, considera-se, para fins de

rateio, 2% (aplicado hoje, o piso elevaria a participação relativa e beneficiaria 15 dos Estados brasileiros – em geral, das regiões menos desenvolvidas).

A tabela a seguir mostra como seriam os fatores representativos da população em 1985 e em 2007 (dados IBGE). É curioso notar que o Pará seria o único Estado a aumentar (em um quarto) o seu fator no cálculo nacional, enquanto cinco outros Estados perderiam (PB, RJ, PR, RS e GO).

Região/UF	1985		2007		2007/85
	% total	Fator FPE	% total	Fator FPE	Fator
Norte	**5,6%**	**-**	**7,9%**	**-**	
Rondônia	0,6%	2,0	0,8%	2,0	0%
Acre	0,3%	2,0	0,4%	2,0	0%
Amazonas	1,3%	2,0	1,8%	2,0	0%
Roraima	0,1%	2,0	0,2%	2,0	0%
Pará	3,1%	3,2	3,8%	3,8	19%
Amapá	0,2%	2,0	0,3%	2,0	0%
Tocantins	-	-	0,7%	2,0	-
Nordeste	**29,1%**	**-**	**28,0%**	**-**	
Maranhão	3,4%	3,5	3,3%	3,5	0%
Piauí	1,8%	2,0	1,6%	2,0	0%
Ceará	4,4%	4,4	4,4%	4,4	0%
Rio Grande do Norte	1,6%	2,0	1,6%	2,0	0%
Paraíba	2,3%	2,3	2,0%	2,0	-13%
Pernambuco	5,0%	5,0	4,6%	4,7	-6%
Alagoas	1,7%	2,0	1,7%	2,0	0%
Sergipe	1,0%	2,0	1,1%	2,0	0%
Bahia	8,0%	8,0	7,7%	8,0	0%
Sudeste	**43,1%**	**-**	**42,3%**	**-**	
Minas Gerais	11,0%	10,0	10,5%	10,0	0%
Espírito Santo	1,7%	2,0	1,8%	2,0	0%
Rio de Janeiro	9,1%	9,5	8,4%	8,5	-11%
São Paulo	21,3%	10,0	21,6%	10,0	0%
Sul	**15,5%**	**-**	**14,5%**	**-**	
Paraná	6,1%	6,5	5,6%	6,0	-8%
Santa Catarina	3,1%	3,2	3,2%	3,2	0

Região/UF	1985		2007		2007/85
	% total	Fator FPE	% total	Fator FPE	Fator
Rio Grande do Sul	6,4%	6,5	5,8%	6,0	-8%
Centro-Oeste	**6,7%**	**-**	**7,2%**	**-**	
Mato Grosso do Sul	1,2%	2,0	1,2%	2,0	0%
Mato Grosso	1,2%	2,0	1,6%	2,0	0%
Goiás	3,3%	3,5	3,1%	3,2	-9%
Distrito Federal	1,0%	2,0	1,3%	2,0	0%
Brasil	**100,0%**	**-**	**100,0%**	**-**	

O parâmetro "inverso da renda *per capita*", utilizado pelo CTN, foi o que sofreu maiores mudanças nas últimas décadas – seja pelo dinamismo regional bastante diferenciado (compreendendo expansão da fronteira agrícola e desconcentração industrial), seja por mudanças na metodologia de cálculo das contas nacionais –, fato que corrobora ainda mais a afirmação de descompasso dos coeficientes trazidos pelo anexo único da LC 62/1989 com a realidade econômica brasileira atual. A tabela a seguir mostra a evolução do índice no período 1985-2007 (dados IBGE):

Região/UF	Renda per capita 1985			Renda per capita 2007			2007/85
	Índice	Inverso	Fator FPE	Índice	Inverso	Fator FPE	Fator
Norte	**68,78**	**0,0145**	**-**	**63,15**	**0,0158**	**-**	
Rondônia	79,91	0,0125	1,2	71,35	0,0140	1,4	17%
Acre	48,47	0,0206	2,0	60,76	0,0165	1,6	-20%
Amazonas	115,47	0,0087	0,9	90,17	0,0111	1,2	33%
Roraima	62,86	0,0159	1,6	72,83	0,0137	1,4	-13%
Pará	48,82	0,0205	2,0	48,44	0,0206	2,0	0%
Amapá	69,92	0,0143	1,4	70,89	0,0141	1,4	0%
Tocantins	-	-	-	61,67	0,0162	1,6	
Nordeste	**48,47**	**0,0206**	**-**	**46,66**	**0,0214**	**-**	
Maranhão	22,11	0,0452	2,5	35,71	0,0280	2,5	0%
Piauí	22,16	0,0451	2,5	32,23	0,0310	2,5	0%
Ceará	39,23	0,0255	2,5	42,51	0,0235	2,5	0%
Rio Grande do Norte	48,16	0,0208	2,0	52,59	0,0190	1,8	-10%
Paraíba	31,86	0,0314	2,5	42,15	0,0237	2,5	0%
Pernambuco	52,34	0,0191	2,0	50,72	0,0197	2,0	0%
Alagoas	50,72	0,0197	2,0	40,50	0,0247	2,5	25%
Sergipe	93,10	0,0107	1,0	60,23	0,0166	1,6	60%
Bahia	66,75	0,0150	1,4	53,84	0,0186	1,8	29%

Região/UF	Renda per capita 1985			Renda per capita 2007			2007/85
	Índice	Inverso	Fator FPE	Índice	Inverso	Fator FPE	Fator
Sudeste	**139,57**	**0,0072**	**-**	**133,27**	**0,0075**	**-**	
Minas Gerais	87,57	0,0114	1,2	86,55	0,0116	1,2	0%
Espírito Santo	98,87	0,0101	1,0	124,46	0,0080	0,8	-20%
Rio de Janeiro	139,51	0,0072	0,7	133,05	0,0075	0,7	0%
São Paulo	169,74	0,0059	0,6	156,71	0,0064	0,6	0%
Sul	**110,14**	**0,0091**	**-**	**114,51**	**0,0087**	**-**	
Paraná	97,37	0,0103	1,0	108,62	0,0092	0,9	-10%
Santa Catarina	107,60	0,0093	0,9	123,30	0,0081	0,8	-11%
Rio Grande do Sul	123,53	0,0081	0,8	115,38	0,0087	0,9	13%
Centro-Oeste	**71,75**	**0,0139**	**-**	**123,37**	**0,0081**	**-**	
Mato Grosso do Sul	80,26	0,0125	1,2	85,82	0,0117	1,2	0%
Mato Grosso	58,64	0,0171	1,8	103,38	0,0097	1,0	-44%
Goiás	54,61	0,0183	1,8	79,83	0,0125	1,2	-33%
Distrito Federal	131,29	0,0076	0,8	281,35	0,0036	0,4	-50%
BRASIL	**100,00**	**0,0100**	**-**	**100,00**	**0,0100**	**-**	

Verifica-se que, se os mesmos critérios de rateio fossem aplicados em 1985 e em 2007, seriam constatadas acentuadas mudanças na dinâmica de produção de riquezas em nosso país. Caso emblemático seria o do Distrito Federal, que perderia a metade de seu fator representativo, haja vista que a sua renda *per capita* cresceu bem mais que a brasileira: em 1985, superava em apenas 31% a nacional; em 2007, revela-se 81% mais elevada. Sergipe, por sua vez, seria o Estado que mais teria elevado o seu fator representativo (aumento de 60%), porque sua renda *per capita*, que equivalia a 93% da renda nacional em 1985, recuou para 60%.

Em termos regionais, as regiões Centro-Oeste e Sul cresceram mais rapidamente que o país e, portanto, deveriam receber menos recursos do Fundo, enquanto o Nordeste deveria ser aquinhoado com mais verbas, haja vista ter apresentado evolução em sentido inverso.

As tabelas seguintes demonstram, em números absolutos, a evolução dos dados relativos à população, ao produto interno bruto e à renda *per capita* dos entes federativos entre os anos de 1985 e 2007 (dados IBGE):

População, PIB, PIB per capita e Área Territorial por UF – 1985 e 2007

Região/UF	População		R$ Milhões de 2007				Km²
			PIB		PIB per capita		Área Territorial
	1985	2007	1985	2007	1985	2007	
Norte	**7.347.465**	**14.623.316**	**48.483**	**133.578**	**6.599**	**9.135**	**3.853.327**
Rondônia	782.482	1.453.756	5.998	15.003	7.666	10.320	237.576
Acre	354.176	655.385	1.647	5.761	4.650	8.789	152.581
Amazonas	1.735.823	3.221.939	19.229	42.023	11.078	13.043	1.570.746
Roraima	142.029	395.725	856	4.169	6.030	10.534	224.299
Pará	4.105.858	7.065.573	19.229	49.507	4.683	7.007	1.247.690
Amapá	227.097	587.311	1.523	6.022	6.707	10.254	142.815
Tocantins	-	1.243.627	-	11.094	-	8.921	277.621
Nordeste	**38.302.819**	**51.534.406**	**178.103**	**347.797**	**4.650**	**6.749**	**1.554.257**
Maranhão	4.420.540	6.118.995	9.374	31.606	2.121	5.165	331.983
Piauí	2.340.276	3.032.421	4.976	14.136	2.126	4.662	251.529
Ceará	5.778.039	8.185.286	21.747	50.331	3.764	6.149	148.826
Rio Grande do Norte	2.133.163	3.013.740	9.856	22.926	4.621	7.607	52.797
Paraíba	2.965.900	3.641.395	9.066	22.202	3.057	6.097	56.440
Pernambuco	6.590.451	8.485.386	33.089	62.256	5.021	7.337	98.312
Alagoas	2.223.992	3.037.103	10.821	17.793	4.866	5.859	27.768
Sergipe	1.299.881	1.939.426	11.609	16.896	8.931	8.712	21.910
Bahia	10.550.577	14.080.654	67.565	109.652	6.404	7.787	564.693
Sudeste	**56.732.963**	**77.873.120**	**759.614**	**1.501.185**	**13.389**	**19.277**	**924.511**
Minas Gerais	14.452.508	19.273.506	121.409	241.293	8.401	12.519	586.528
Espírito Santo	2.285.529	3.351.669	21.677	60.340	9.484	18.003	46.078
Rio de Janeiro	11.980.142	15.420.375	160.337	296.768	13.384	19.245	43.696
São Paulo	28.014.784	39.827.570	456.191	902.784	16.284	22.667	248.209
Sul	**20.438.312**	**26.733.595**	**215.946**	**442.820**	**10.566**	**16.564**	**576.410**
Paraná	8.001.512	10.284.503	74.745	161.582	9.341	15.711	199.315
Santa Catarina	4.043.082	5.866.252	41.735	104.623	10.323	17.835	95.346
Rio Grande do Sul	8.393.718	10.582.840	99.466	176.615	11.850	16.689	281.749
Centro-Oeste	**8.817.713**	**13.222.854**	**60.693**	**235.964**	**6.883**	**17.845**	**1.606.372**
Mato Grosso do Sul	1.556.147	2.265.274	11.981	28.121	7.699	12.414	357.125
Mato Grosso	1.542.249	2.854.642	8.676	42.687	5.625	14.954	903.358
Goiás	4.349.737	5.647.035	22.787	65.210	5.239	11.548	340.087
Distrito Federal	1.369.580	2.455.903	17.249	99.946	12.595	40.696	5.802
BRASIL	**131.639.272**	**183.987.291**	**1.262.839**	**2.661.345**	**9.593**	**14.465**	**8.514.877**

Região/UF	População 1985
São Paulo	28.014.784
Minas Gerais	14.452.508
Rio de Janeiro	11.980.142
Bahia	10.550.577
Rio Grande do Sul	8.393.718
Paraná	8.001.512
Pernambuco	6.590.451
Ceará	5.778.039
Maranhão	4.420.540
Goiás	4.349.737
Pará	4.105.858
Santa Catarina	4.043.082
Paraíba	2.965.900
Piauí	2.340.276
Espírito Santo	2.285.529
Alagoas	2.223.992
Rio Grande do Norte	2.133.163
Amazonas	1.735.823
Mato Grosso do Sul	1.556.147
Mato Grosso	1.542.249
Distrito Federal	1.369.580
Sergipe	1.299.881
Rondônia	782.482
Acre	354.176
Amapá	227.097
Roraima	142.029
Tocantins	-
Brasil	**131.639.272**

Região/UF	População 2007
São Paulo	39.827.570
Minas Gerais	19.273.506
Rio de Janeiro	15.420.375
Bahia	14.080.654
Rio Grande do Sul	10.582.840
Paraná	10.284.503
Pernambuco	8.485.386
Ceará	8.185.286
Pará	7.065.573
Maranhão	6.118.995
Santa Catarina	5.866.252
Goiás	5.647.035
Paraíba	3.641.395
Espírito Santo	3.351.669
Amazonas	3.221.939
Alagoas	3.037.103
Piauí	3.032.421
Rio Grande do Norte	3.013.740
Mato Grosso	2.854.642
Distrito Federal	2.455.903
Mato Grosso do Sul	2.265.274
Sergipe	1.939.426
Rondônia	1.453.756
Tocantins	1.243.627
Acre	655.385
Amapá	587.311
Roraima	395.725
Brasil	**183.987.291**

Região/ UF	PIB Ano 1985
São Paulo	456.191
Rio de Janeiro	160.337
Minas Gerais	121.409
Rio Grande do Sul	99.466
Paraná	74.745
Bahia	67.565
Santa Catarina	41.735
Pernambuco	33.089
Goiás	22.787
Ceará	21.747
Espírito Santo	21.677
Pará	19.229
Amazonas	19.229
Distrito Federal	17.249
Mato Grosso do Sul	11.981
Sergipe	11.609
Alagoas	10.821
Rio Grande do Norte	9.856
Maranhão	9.374
Paraíba	9.066
Mato Grosso	8.676
Rondônia	5.998
Piauí	4.976
Acre	1.647
Amapá	1.523
Roraima	856
Tocantins	-
Brasil	**1.262.838**

Região/ UF	PIB Ano 2007
São Paulo	902.784
Rio de Janeiro	296.768
Minas Gerais	241.293
Rio Grande do Sul	176.615
Paraná	161.582
Bahia	109.652
Santa Catarina	104.623
Distrito Federal	99.946
Goiás	65.210
Pernambuco	62.256
Espírito Santo	60.340
Ceará	50.331
Pará	49.507
Mato Grosso	42.687
Amazonas	42.023
Maranhão	31.606
Mato Grosso do Sul	28.121
Rio Grande do Norte	22.926
Paraíba	22.202
Alagoas	17.793
Sergipe	16.896
Rondônia	15.003
Piauí	14.136
Tocantins	11.094
Amapá	6.022
Acre	5.761
Roraima	4.169
Brasil	**2.661.346**

Não há dúvida, pois, acerca da impropriedade dos coeficientes adotados pela LC 62 para o atendimento das exigências constitucionais.

Por derradeiro, cumpre consignar que, embora a destinação de um maior volume de recursos às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste não viole, *a priori*, a Constituição, tendo em vista que essas Regiões são notadamente mais pobres e menos desenvolvidas social e economicamente do que as Regiões Sudeste e Sul, revela-se necessária – em razão do decurso de quase vinte anos desde a edição da LC 62 – uma revisão crítica dos percentuais fixados em seu art. 2º, de modo que se possa aferir, por meio da análise de dados fornecidos por instituições oficiais, se a disparidade socioeconômica entre as referidas Regiões ainda é tão grande a ponto de justificar a considerável diferença no tratamento. Trata-se da necessidade de adequação do complexo normativo existente (*Nachbesserungsplflicht*), em virtude de provável mudança nas relações fáticas.

Ademais, cumpre registrar que a fixação dos percentuais da LC 62 deveu-se mais a contingências históricas do que a estudos efetivamente realizados à época com a finalidade de apurar a disparidade socioeconômica entre as regiões brasileiras. Segundo os relatos da Assembleia Nacional Constituinte, o projeto inicialmente apresentado limitava o rateio do FPE aos entes estaduais que apresentassem renda *per capita* inferior à média nacional (basicamente, as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste). Tal projeto foi, no entanto, alterado, com a exclusão, do texto final, da destinação dos recursos do FPE apenas aos Estados mais pobres, mas com a ampliação do percentual do Imposto de IR e do IPI afetados ao Fundo. A LC 62, ao definir a destinação de 85% dos recursos do Fundo aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, apenas revigorou as disposições do projeto originário, pois 85% do FPE, considerados os novos percentuais do IR e do IPI afetados, representaria o que os Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste receberiam se aprovado o projeto original.

Ante o exposto, outra não pode ser a conclusão senão a de que o art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e o Anexo Único da LC 62, de 28 de dezembro de 1989, passados vinte anos de sua edição, não atendem satisfatoriamente à exigência constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os *critérios de rateio* do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos.

4. Decisão

Por fim, é preciso reconhecer que, apesar de a LC 62, de 28 de dezembro de 1989, não satisfazer integralmente à exigência contida na parte final do art. 161, II, da Constituição, sua imediata supressão da ordem jurídica representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos.

Aceita a ideia geral de que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial exige a *suspensão de aplicação* dos dispositivos impugnados, não se

deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional.

Isso poderia ser demonstrado com base no exame de algumas normas constitucionais que requerem, expressamente, a promulgação de leis. Um exemplo clássico há de explicitar esse entendimento. Nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, o trabalhador faz jus a "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...)". Essa norma contém expresso dever constitucional de legislar, obrigando o legislador a fixar salário mínimo que corresponda às necessidades básicas dos trabalhadores.

Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou mesmo em processo de controle abstrato de normas – tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*)[12] –, de que a lei que fixa o salário mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a *suspensão de aplicação* da lei inconstitucional – bem como sua eventual cassação – acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie.

Portanto, a *suspensão de aplicação* da norma constitui consequência fundamental da decisão que, em processo de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, reconhece a existência de omissão parcial. Todavia, **ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a aplicação da lei, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.**

Deve-se admitir, assim, que, com a adoção de peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se partirmos do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional deve ocorrer em duas etapas (*Zweiaktverfahren*)[13].

---

[12] *BVerfGE,* 8, 1 (19).

[13] Sobre esse conceito, cf. Wolfgang Hoffmann-Riem, Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweiaktenverfahren, *DVBl.* 1971, p. 842.

Questões como essa (cf. ADI 2.240, Rel. Eros Grau, *DJ* de 3-8-2007) parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações.

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que esse princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que, como ocorre no presente caso, a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional.

Assim, configurada eventual tensão entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Em muitos casos, então, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

Nesses termos, fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868/1999 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que ela encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito, consoante amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais.

O que importa assinalar é que, segundo a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se for possível demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.[14]

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

---

[14] Cf., a propósito do direito português, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: UCL, p. 716.

Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. Terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade.[15]

No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei 9.868/1999 em sua versão mais ampla. A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei definidora de critérios para o rateio dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal, constitui mais um entre os casos em que as consequências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico.

Assim, **julgo procedentes** as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 1.987/DF, ADI 875/DF, ADI 2.727/DF e ADI 3.243/DF), para, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/1999, **declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade**, do art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e do Anexo Único da LC 62/1989, **assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012**.

DEBATE

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, minha intenção era votar pela improcedência das duas ações diretas de inconstitucionalidade, a 875 e a 2.727, mas, tão só, declarar a omissão – reconhecendo a mora.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu tenho uma observação a fazer na linha do que afirma o Ministro Ayres Britto, embora esteja apenas ponderando, porque entendo perfeitamente que a conclusão do Ministro Gilmar está na linha do que inclusive já decidimos.

A ação direta tem um conteúdo em aberto, no sentido de que o que se alega não precisa ser acatado, e não o será aqui, até porque, na 875, especificamente, como foi ajuizada em 1989, e, na sequência imediata da lei, traz uma série de argumentação no sentido de que os critérios não eram válidos, enquanto, na verdade, para nós declararmos a inconstitucionalidade, seria uma inconstitucionalização que se veio no curso destes anos. Foi se formando porque a lei estabeleceu...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas por omissão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Uma omissão que se constituiu a partir daí, porque, em 1989, foi feita essa, no que – se eu estiver interpretando bem o que disse o Ministro Presidente – houve um estado de necessidade legislativa.

---

[15] Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, cit., p. 703-704.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A lei complementar teria congelado aqueles critérios, não vindo uma lei complementar nova.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente, até que sobreveio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E esses critérios foram observados no correr desses anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Ela dá um índice, não é?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Vinte anos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não houve delegação propriamente dita, por isso não veio uma lei ordinária versando outros critérios.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): E não veio também nem a lei prometida na lei complementar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só fica o problema se o Congresso não editar lei nova.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente, daí por que eu digo que talvez a proposta seria essa no sentido de...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria improcedência com sinalização para que realmente se providencie?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu estou encaminhando no sentido da procedência, aplicando a parte final do art. 27, para dizer que a lei fica em vigor.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acho que tem que ser julgado procedente, porque, senão, não tem o determinante.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas essa formulação é exatamente para que se vote; outra solução, se for só pela omissão, não se vai votar.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente, porque aí não há a determinação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: De qualquer forma, concluímos que não poderia haver um vácuo, sob pena de não se ter como legitimados os rateios verificados até aqui. Então, acolhemos esse congelamento previsto na lei primitiva, a complementar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E não discutiríamos os critérios técnicos adotados na lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E também raciocinamos no sentido de que deveria ter vindo à balha uma nova lei. Não seria o caso, então, Presidente, já que admitimos que essa solução é a mais consentânea com a Carta da República, de simplesmente declarar a improcedência e sinalizar ao Congresso quanto à necessidade, ganhando contornos à própria ação, ganhando contorno de inconstitucionalidade por omissão?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Aí ficaríamos num vácuo legislativo. Essa é a preocupação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Em princípio não tem vácuo legislativo, porque nós estamos assegurando dois anos; vinte e quatro meses.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exato. Estou concordando com essa solução.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mais dois anos ainda de vigência?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): De vigência, estamos assegurando. Então, não haveria o risco do vácuo legislativo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, outra coisa que gostaria de perceber: seria inconstitucional esse congelamento, ante o descompasso com...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu tenho a impressão que sim, porque, veja o que diz o art. 161:

> Art. 161 Cabe à lei complementar:
> (...)
> II – estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios;

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, essa necessidade de equilíbrio seria progressiva, variável de ano para ano? Vossa Excelência assenta que há necessidade de uma lei por ano?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não, eu estou exatamente negando.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. Ela podia estabelecer critérios móveis que se fossem aplicando às mudanças da realidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): A Lei Complementar do FPM – porque inicialmente o FPM também estava tratado aqui – trouxe critérios variáveis: população...

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Como o CTN trazia para os Estados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Como o CTN também continha, e dava a competência ao TCU para fazer o cálculo, tão somente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E aqui também dá competência ao TCU – parágrafo único do 161.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Exatamente, só que hoje, na verdade, com base na aplicação do índice, diferentemente do que acontece.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E com índices que não estão atualizados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Então, na verdade, nesses vinte anos tivemos mudanças significativas – e esses dados estão a indicar – para melhor ou para pior.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não são só vinte anos, é muito mais de vinte anos, é desde 1965.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Porque se baseou no CTN.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É quanto ao critério adotado em 1989. E não se estão contemplando essas variáveis.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ficamos em situação difícil, porquanto, a um só tempo, admitimos que são critérios variáveis.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Que é variável.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Admitimos, levando em conta a realidade. Então, ela seria inconstitucional, mas verificamos que a declaração de inconstitucionalidade criaria um vácuo, e não teríamos a legitimação dos rateios.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: É só aumentar o prazo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Porque este ano é um ano eleitoral, neste ano não se vota nada.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas aí são vinte e quatro meses que o Ministro Presidente está oferecendo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Por isso estou propondo dois anos.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu acompanho Vossa Excelência, inclusive quanto ao prazo de vinte e quatro meses. Já assistimos, muitas vezes, ao Congresso Nacional, quando há vontade política e necessidade, e ele está com um prazo formatado, conseguir produzir e legislar em vinte e quatro horas.

Já vimos, várias vezes, leis feitas em vinte e quatro horas, seja em virtude de prazo da legislação eleitoral, seja em outros tipos de situação. Vinte e quatro meses é um prazo mais do que suficiente para o Congresso Nacional – mesmo levando-se em conta que este é um ano eleitoral – suprir essa situação de atualização, de acordo com o dispositivo constitucional, da legislação sobre a repartição dessa receita.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu retiro o encaminhamento do meu voto e adiro ao encaminhamento que Vossa Excelência faz. Entendo que, eficacialmente, é uma boa decisão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): O que o Ministro Ayres Britto estava propondo – e também entendi da proposta do Ministro

Marco Aurélio – é que fizéssemos um juízo de improcedência e um apelo, como já o fizemos em outras situações.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas não tem determinante a decisão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Mas nós sabemos que os resultados até aqui...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não foram bons, não foram eficazes.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E há um outro aspecto que me desperta certa dúvida, é a questão da iniciativa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Assim, os Estados poderiam ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não, há uma ação direta por omissão.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Já há.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Uma delas?

O Sr. Ministro Ayres Britto: 1.987. Era essa. Eu estava concedendo procedência a essa, assentando a inconstitucionalidade por omissão, mas acho que a proposta do Ministro Gilmar, eficacialmente, é boa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Resisto muito – e os Colegas sabem – a observar o art. 27 da Lei 9.868/1999, assentando que, até certo momento, a Constituição Federal não vigorou.

Então, Presidente – perdoe-me e vou concluir nesse sentido –, ante a realidade, tendo a julgar improcedentes os pedidos, menos o alusivo à inconstitucionalidade por omissão, que assento a partir desta data, tomando a lei complementar como a legitimar, até aqui, esses rateios.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Mas não estamos suscitando nenhuma dúvida quanto à liceidade dos rateios até aqui realizados.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Até porque a inconstitucionalidade foi-se consubstanciando ao longo do tempo, quer dizer, a lei não nasceu inconstitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Por ironia, dependendo do critério que o legislador venha a adotar, até muitos dos Estados que estão aí na posição de arguentes, de requerentes, podem vir a sofrer perdas pelos critérios que venham a ser adotados.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O voto do Ministro Gilmar Mendes tem sobre o meu voto uma vantagem: é que se dermos pela inconstitucionalidade dos critérios adotados porque não levaram em conta essa cambiância, que é própria da vida; se nós assentarmos essa inconstitucionalidade, profilacticamente, estaremos dizendo ao legislador: Olha, quando da edição de lei, daqui a dois anos ou mais, vamos adotar critérios móveis, e não critérios fixos. A proposta dele supera a minha nesse sentido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É por isso que tudo se reduz a uma questão de omissão parcial.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pode ser também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tem-se um dado complicador: a própria morosidade no julgamento e a passagem do tempo que decorre da avalanche de processos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): E pela dificuldade de encaminhamento desse tema. Na verdade, em um dado momento histórico, o Tribunal só podia apelar ao legislador ou declarar a inconstitucionalidade e a nulidade, o que, em um caso como este, provocaria grande tumulto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Com perda, inclusive, do critério do art. 3º, porque o menos aquinhoado ficaria sem nada.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Ou julgar improcedente, como nós já até imaginamos aqui, sabendo que tendencialmente havia uma progressiva inconstitucionalização.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, julgaremos procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu julgaria procedente nas ações por omissão e nas ações diretas, mas com este conteúdo. Como eu comecei o meu voto, apontando que no fundo esses dois tipos de ação acabam tendo, nesse caso da omissão parcial, uma relação de fungibilidade. Isso que eu imaginava. No fundo, a técnica de decisão acaba servindo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Há procedência nas três ações diretas de inconstitucionalidade, inclusive por omissão.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Há uma outra questão que Vossa Excelência deixou em branco, mas acho que de forma muito competente, que é a questão da iniciativa. Porque me parece que a iniciativa dessa lei, por se tratar de matéria tributária, orçamentária, financeira, seria privativa do Executivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Acho que não.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Essa lei poderia nascer no...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É típica do Congresso; é matéria. E essa solução que levou à Emenda 62 foi tipicamente congressual também. É claro que houve articulação do Confaz.

Quanto ao fundo, eu acho que não há divergência, Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, mantenho-me fiel ao que venho sustentando até aqui. Não há a menor dúvida de que a lei complementar conflita com a Constituição Federal, no que congelou percentuais, projetando-os no tempo, sem levar em conta o equilíbrio socioeconômico preconizado na parte final do inciso II do art. 161. Então, tem-se realmente um conflito. Este, a meu ver, deságua na inconstitucionalidade da lei complementar, não no tocante à

fixação de coeficientes, que, parece-me, abarcam dois anos – 1991 e 1992 – considerada projeção indefinida.

Concluo, Presidente, no sentido da inconstitucionalidade. Quanto à ação direta por omissão, julgo também procedente o pedido, entendendo que o Congresso está em mora.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não fixa o prazo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, porque, pela Constituição, somente é possível fazê-lo se a omissão for de autoridade administrativa de outro poder.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, a mim me parece que este caso serve como exemplo do que uma parte da doutrina chama de inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente.

Por outro lado, acho que o apelo que a Corte poderia fazer ao Legislativo também poderia resultar num apelo a si próprio. Porque esses dois processos estão incluídos em pauta há oito anos. De modo que é difícil cobrarmos do Legislativo com a dificuldade que nós temos para julgar aqui.

De qualquer modo, acompanho a solução proposta por Vossa Excelência, Senhor Presidente, acoplado ao que sugeriu o Ministro Dias Toffoli.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Inclusive Vossa Excelência foi Relator aqui daquela ação contra a criação de um município e estabeleceu esse prazo. E, às vésperas de findar o prazo, o Congresso Nacional aprovou uma proposta de emenda constitucional.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu só não queria fazer crítica azeda, jogar o bumerangue.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É o problema que nós enfrentamos, a rigor, em relação à própria técnica de decisão: como lidar com a omissão parcial.

Se nós julgássemos procedente na tradição, envolveria a cassação, e esse é um caso típico de que o ato normativo não pode ser simplesmente eliminado.

O Sr. Ministro Eros Grau: Estou de pleno acordo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): De modo que os embaraços todos decorrem inclusive dessa perplexidade. A mesma situação, Ministro Eros, colocou-se em relação aos municípios.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E ali acho que o prazo foi de dezoito meses, não Presidente? Foi até menor para emenda à Constituição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Foram dezoito meses para que o Congresso editasse a lei complementar e mais, eu creio, seis meses para que ratificasse ou não a criação dos municípios. E acabou ocorrendo o inverso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Agora, eu gostaria que ficasse claro, na decisão, que, decorrido o prazo, a lei fica sem efeito. Isso que permite aos Estados uma pressão política à votação oportuna de outra lei.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): E, veja, também há uma outra questão, no caso, a nossa demora...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu silenciaria quanto a essa parte final, que vai ficar sem efeito, se decorrido o prazo. Eu me limitaria a assinalar esse prazo dos vinte e quatro meses, na linha da proposta também do Ministro Toffoli.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em vinte e quatro meses, senão os Estados vão sofrer as consequências econômicas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu proporia a extensão desse prazo para trinta meses, porque nós estamos em ano eleitoral. Este ano nada mais acontecerá nessa seara. São oito meses, sete meses.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nunca se sabe, não é Ministro? Temos uma eleição, pode ser que os Estados tenham interesse.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas a verdade é que, até o acórdão ser publicado, ainda vai mais um mês. Na verdade, teremos seis meses neste ano.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mesmo que não aconteça isso depende, realmente, de uma composição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu tenho a impressão de que é até uma contribuição que nós vamos dar para a discussão sobre a reforma tributária, que já vem sendo objeto de discussão no Congresso Nacional, porque essa questão ajuda a estimular o debate sobre a reforma tributária.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: De toda sorte, insta acentuar, tal como afirmou o Ministro Peluso, que é preciso, realmente, dar cumprimento, inclusive naquilo que se determinou que o Legislativo fizesse com prazo e com consequências econômico-financeiras para os Estados.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, na verdade, nós não estamos fixando um prazo para o Congresso Nacional, nós estamos nos utilizando do art. 27, exatamente para modular: nós declaramos a inconstitucionalidade, mas projetamos no tempo a eficácia dessa nossa decisão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É uma inconstitucionalização.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu estou de acordo. Não quero insistir nisso, mas entendo que é um ano eleitoral e esse ano está praticamente perdido em termos legislativos.

Penso que seria de melhor alvitre que fixássemos o prazo de trinta e seis meses, até porque é uma matéria técnica, depende de estudos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): São dois anos, vinte e quatro meses.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas até publicação do acórdão vai decorrer mais um mês. O que vai acontecer? Nós estamos num resíduo desse ano, daqui mais ou menos uns seis meses, na verdade vai ficar mais de um ano e meio depois para o Congresso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não me oponho. Penso que o prazo é um pouco exíguo, mas se a Corte decidir em vinte e quatro meses eu acato.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Talvez uma validade para o final de determinado exercício fiscal de determinado ano para não ficar os meses. Então fixaríamos a eventual projeção da aplicação dessa norma até 31 de dezembro de 2011 ou 31 de dezembro de 2012.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Conciliou bem.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Daí não tem mais o perigo de se quebrar o ano fiscal.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Até 2012?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): 2012, portanto?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: 31 de dezembro de 2012.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Então, retiramos a contagem de meses.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estabelecemos o ano fiscal.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aí seriam dois anos fiscais, a começar do próximo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Dois anos fiscais a começar do próximo. Estou de acordo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): De fato é fundamental que haja referência ao exercício financeiro.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeitamente.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estou de acordo.

EXTRATO DA ATA

ADI 875/DF — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros (Advogados: Gabriel Pauli Fadel e outros). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ilmar Galvão e Moreira Alves, e, nesta assentada, o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Presidência do Ministro Néri da Silveira. Plenário, 22-4-2002.

Decisão: O Tribunal determinou a retirada do processo da pauta do Plenário em face da aposentadoria do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Nelson Jobim, e, neste julgamento, o Ministro Maurício Corrêa. Presidência do Ministro Marco Aurélio. Plenário, 8-5-2002.

Decisão: O Tribunal julgou procedentes as ADI 875, 2.727, 3.243 e 1.987, para, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/1999, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e do Anexo Único da LC 62/1989, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2012, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que julgou procedente apenas a ADI 1.987 e, no caso, não aplicou o art. 27 da Lei 9.868/1999. Ausentes, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Falou pela Advocacia-Geral da União o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União.

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

Brasília, 24 de fevereiro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

EXTRADIÇÃO 1.122 — ESTADO DE ISRAEL

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Requerente: Governo de Israel — Extraditando: Elior Noam Hen ou Eliyahu Abu Hazera

Extradição. Governo de Israel. Crimes de "violência a menor ou pessoa incapaz", "abuso a menor ou pessoa incapaz", "incitamento a violência a menor ou pessoa incapaz", "incitamento a abuso a menor ou pessoa incapaz" e "conspiração para cometer um crime". Promessa de reciprocidade. Dupla tipicidade. Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Competência do Estado israelense para o ajuizamento da extradição. Crime ocorrido em território reivindicado pela autoridade nacional palestina ("Beitar Illit"), porém ocupado por Israel. Princípio da extraterritorialidade da lei penal. Presença parcial dos requisitos legais para o deferimento do pedido. Ausência de prejuízo ao extraditando. Pedido de liberdade provisória prejudicado.

1. A figura típico-autônoma do crime de "Incitamento" (Seção 30 da Lei Penal israelense) equivale, no Brasil, à agravante do inciso I do art. 62 do Código Penal brasileiro. Falta de atendimento ao requisito da dupla tipicidade penal, nos termos do inciso II do art. 77 da Lei 6.815/1980.

2. No tocante aos crimes de "Violência a menor ou pessoa incapaz" e "Abuso a menor ou pessoa incapaz", o pedido de extradição preenche o requisito da dupla tipicidade criminal (inciso II do art. 77 da Lei 6.815/1980). Isto porque os referidos delitos são passíveis de enquadramento no crime de tortura, descrito no inciso II do art. 1º da Lei 9.455/1997 ("tortura-castigo"). Já o delito de "Conspiração" corresponde, em tese, ao crime de quadrilha (art. 288 do CP), dado que ao extraditando é imputada a associação com mais de três pessoas, com a finalidade de cometer crimes.

3. Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva, tanto pelos textos legais apresentados pelo Estado requerente quanto pela legislação penal brasileira (art. 109 do CP). Crimes supostamente ocorridos nos meses de fevereiro e março de 2008.

4. Competência do Estado requerente para o ajuizamento do pleito extradicional, seja porque o extraditando cometeu, em solo exclusivamente israelense, os mesmos crimes descritos no pedido inicial, seja porque o extraditando é de nacionalidade israelense. Além do que, são de nacionalidade israelense as vítimas arroladas no pedido inicial. Incidência da regra estabelecida no art. 5º, combinado com o art. 8º, ambos da "Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos

ou Degradantes". Documento ratificado assim pela República Federativa do Brasil (Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991) como pelo Estado de Israel, sem nenhuma ressalva que impeça o deferimento deste pedido de extradição.

5. A própria natureza do crime de tortura autoriza a adoção do princípio da extraterritorialidade da lei incriminadora. Extraterritorialidade que também é autorizada tanto pelo art. 14 do Direito Penal israelense quanto pelo art. 7º do Código Penal brasileiro. Tudo combinado com a parte final do inciso I do art. 78 do Estatuto do Estrangeiro, ao estabelecer, como condição para o deferimento da extradição, "serem aplicáveis ao extraditando as leis penais" do Estado requerente.

6. As informações prestadas pelo Ministério das Relações Exteriores e pelo Ministério Público Federal, assim como pelo Estado de Israel, apenas reforçaram a conclusão do voto inicialmente proferido. Diligências que foram deferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (sessão de 18-12-2008) e cujo conteúdo converge para a conclusão de que "o Poder Judiciário de Israel possui competência para julgar fatos ocorridos na área 'C' do Acordo Provisório, que inclui a área onde Beitar Illit está localizada, haja vista se tratar de uma área na qual Israel possui jurisdição exclusiva em questões legais, administrativas e relativas à segurança".

7. Pedido deferido quanto aos crimes de "Violência a menor ou pessoa incapaz", "Abuso a menor ou pessoa incapaz" e "Conspiração para cometer um crime". Indeferido, portanto, o pedido no tocante aos delitos de "Incitamento a violência a menor ou pessoa incapaz" e de "Incitamento a abuso a menor ou pessoa incapaz", por ausência de tipicidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em deferir parcialmente o pedido de extradição, tão só quanto aos crimes de violência a menor ou pessoa incapaz, abuso a menor ou pessoa incapaz e de conspiração para cometer um crime, indeferindo quanto aos crimes de incitamento a violência a menor ou pessoa incapaz e incitamento a abuso de menor ou pessoa incapaz, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 21 de maio de 2009 — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Cuida-se de pedido de extradição instrutória, com promessa de reciprocidade, formulado pelo Governo de Israel, por via diplomática. Pedido que tem por objeto entregar ao Estado requerente o indivíduo *Elior Noam Hen*, de nacionalidade israelense.

2. Pois bem, anoto que deferi o pedido de prisão preventiva (art. 81 da Lei 6.815/1980), cujo cumprimento se deu em 3 de junho deste ano de 2008 (fl. 83); sendo que o extraditando se encontra recolhido na Superintendência Regional da Polícia Federal, em São Paulo/SP.

3. Prossigo para anotar que deleguei competência à Justiça Federal daquela unidade federativa para a realização de interrogatório e apresentação de defesa prévia (§ 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980). Defesa, essa, que foi apresentada por advogados regularmente constituídos e cujos principais fundamentos reproduzo:

> I – o extraditando, cidadão israelense e pai de quatro filhos, nega todas as acusações que lhe são feitas, sendo primário e de bons antecedentes;
>
> II – os crimes de incitamento a violência contra menor, conspiração para cometer crime e incitamento a abuso de menor não são penalmente tipificados no Brasil. Pelo que não há dupla tipicidade;
>
> III – todos os depoimentos constantes destes autos de extradição revelam que os verdadeiros autores dos crimes são "Kugman" e "Gabay" (fl. 203);
>
> IV – as testemunhas de acusação (menores de idade) dão conta de que o réu seria o mandante dos maus tratos, porém nenhuma delas o acusa formalmente dos delitos;
>
> V – não existe nenhum tipo de exorcismo na religião judaica, tal como descrito na peça inaugural, sendo certo que o réu "jamais em sua vida pregressa, como homem tido de fato religioso, saiu ou não se ateve aos ensinamentos da Lei judaica (*Torah*) em toda a sua essência, a ponto de, se ameaçado contra sua pessoa, não reage à agressão física, pois é proibido pela Lei Maior de praticar qualquer tipo de violência contra quem quer que seja..." (fl. 204)*;*
>
> VI – falta de uma "citação" válida, dado que o chamamento do acusado para o interrogatório perante a 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo foi subscrito em língua portuguesa, idioma completamente desconhecido do acusado[1];

---

[1] Válido fazer um breve retrospecto dos principais acontecimentos perante o Juízo delegado (Justiça Federal de São Paulo), neste ponto específico:

I – a defesa técnica pugnou pela realização de nova "citação" do extraditando e, de consequência, o adiamento do respectivo interrogatório. Isto para que o acusado pudesse tomar conhecimento do inteiro teor das acusações, no idioma hebraico (fls. 113/114);

II – o Juízo delegado deferiu o pleito defensivo. Ao fazê-lo, reconsiderou nomeação de tradutora anteriormente designada (considerando o valor elevado fixado pela intérprete) e nomeou o Sr. Abrão Bernardo Zweiman, tradutor e intérprete de hebraico indicado pela defesa às fls. 106/107. Pelo que fixou o prazo de cinco dias para que o referido intérprete procedesse à tradução do pleito extradicional, viabilizando a ciência do acusado em seu idioma natal. Decisão, essa, que foi proferida no dia 8 de julho de 2008 (fl. 122).

III – deu-se que o tradutor indicado pela defesa declarou não ter condições de executar o encargo assumido, por força de suas ocupações pessoais (fl. 127);

VII – no caso, há meras suspeitas de que o estrangeiro seja o autor dos crimes contra os menores, não havendo provas nem mesmo da sua condenação. Daí alegar que o pedido não teve origem no Poder Judiciário do Estado requerente, cuidando-se de uma prisão meramente temporária;

VIII – donde o pedido de relaxamento da prisão preventiva para que o acusado aguarde o seu julgamento em liberdade;

4. Dou seguimento a este relato para consignar que a Juíza Corregedora da Custódia da Polícia Federal em São Paulo requereu a transferência do prisioneiro para a Superintendência da Polícia Federal de Brasília/DF. Motivo pelo qual oficiei ao Departamento de Polícia Federal desta capital, bem como à defesa do extraditando, para que se manifestassem a respeito da transferência postulada. Enquanto isso, abri vista dos autos à Procuradoria-Geral da República, dado que o feito já se encontrava devidamente instruído.

5. Da leitura dos autos, anoto o Aviso 1.022-MJ (fl. 244). Aviso mediante o qual o Ministério da Justiça comunicou a disponibilidade de vaga no sistema penitenciário de Campo Grande/MS para eventual transferência do extraditando.

6. A seu turno, os defensores constituídos informaram que o acusado mantém vínculo social e religioso na colônia judaica de São Paulo, embora não conte com familiares neste País[2]. Pelo que pugnaram pelo indeferimento da referida transferência.

7. Avanço para averbar que a Procuradoria-Geral da República concordou com a transferência do extraditando e, no mérito, opinou pelo deferimento parcial da extradição. Isto é, somente quanto aos crimes de violência contra menor ou pessoa incapaz; abuso de menor ou pessoa incapaz; e de conspiração (fl. 285).

8. Na sequência, sobreveio pedido dos novos patronos do extraditando (petição 144.010). Pedido, esse, de reabertura de prazo para fins de complemen-

IV – presente esta moldura, e, na falta de previsão legal específica, o Juízo Federal delegado decidiu que a tradução da peça acusatória ocorreria no próprio dia do interrogatório do acusado, antes da realização do respectivo depoimento – remarcado para o dia 25-7-2008, *às 14h30* (fl. 128);

V – irresignada, a defesa requereu, ainda uma vez, a alteração da data de interrogatório. Isto porque o dia 25-7-2008 é uma sexta-feira e, a partir das *17 horas e 21 minutos*, tem início o "shabbath" (sétimo dia da semana), dia sagrado e o mais importante na liturgia judaica. Fato que inviabilizaria a presença tanto do réu quanto dos seus patronos. Oportunidade em que postulou a destituição do intérprete anteriormente designado por ela própria (defesa – fl. 132);

VI – indeferidos esses pedidos, os defensores do extraditando interpuseram agravo de instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com pedido de nova designação do interrogatório do acusado, bem como de nova citação. Agravo que foi denegado pela referida Corte (fls. 294/337);

VII – os patronos do estrangeiro ajuizaram reclamação e *habeas corpus* nesta Suprema Corte (Rcl 6.310 – Ministro Cezar Peluso; e HC 95.575 – Ministra Cármen Lúcia). Ações constitucionais, essas, cujo seguimento lhes foi negado, na falta dos respectivos pressupostos;

[2] Segundo a defesa, os familiares do extraditando ficam hospedados na cidade de São Paulo, quando em visita ao Brasil.

tação da defesa de que trata o § 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980[3]. Estes foram, em síntese, os fundamentos adicionais enumerados pelos novos defensores constituídos:

> I – o Estado requerente não possui competência territorial para este pleito de extradição. Isto porque os fatos imputados ao extraditando não ocorreram em solo israelense, mas em uma região da Cisjordânia – Beitar Illit – ilegalmente ocupada pelas forças de Israel;
>
> II – o Governo israelense não apontou o local onde se deram os fatos criminosos, em afronta ao art. 80 do Estatuto do Estrangeiro;
>
> III – a extradição também não pode ser deferida pelo crime de Conspiração. É que, no Brasil, o fato de alguém ajustar com outrem o cometimento de um delito configura concurso de pessoas, e não crime de quadrilha;
>
> IV – o pedido extradicional é de ser rejeitado quanto aos crimes de Violência ao menor e Abuso de menor, dado que os ilícitos não geraram sequelas graves ou gravíssimas às vítimas. Logo, é de incidir o inciso IV do art. 77 da Lei 6.815/1980, tendo em vista que os crimes de lesão corporal e de maus-tratos preveem penas inferiores a um ano de detenção;
>
> V – por último, o pleito extradicional quanto aos referidos crimes de Violência a menor e Abuso de menor também não é de ser atendido, tendo em vista que o direito penal brasileiro não admite a responsabilidade criminal por atos de terceira pessoa.

9. Presente esta moldura, a defesa pugna pelo total indeferimento da extradição. Alternativamente, pede a esta Suprema Corte que a entrega do extraditando seja condicionada ao compromisso das autoridades requerentes em não "processá-lo e julgá-lo pelos supostos crimes de Incitamento para o abuso de menor, Incitamento à violência contra menor e Conspiração para cometer crimes, com base no art. 77, II, da Lei 6.815/1980 (violação ao princípio da dupla tipicidade), bem como ao compromisso de que estas não irão processá-lo e julgá-lo pela suposta prática dos crimes de violência ao menor, prevista na Seção 368B, 'a', da Lei Penal de Israel, e Abuso de menor cujos atos não tenham gerado sequelas graves ou gravíssimas nas vítimas, em face da norma contida no art. 77, IV, da Lei 6.815/1980" (fl. 376).

10. À derradeira, e considerando esta nova manifestação defensiva, adotei as seguintes medidas: a) determinei a juntada aos autos dos novos documentos apresentados pela defesa técnica (fls. 348/415); b) indeferi o pedido de transferência do extraditando, considerando o seu elevado custo e a proximidade do respectivo julgamento de mérito; e c) abri vista dos autos, ainda uma vez, à Procuradoria-Geral da República. Órgão que reajustou seu parecer para concluir pelo deferimento (parcial) do pleito extradicional; agora, tão somente, quanto aos crimes de violência contra menor ou pessoa incapaz e de abuso de menor ou

---

[3] "Art. 85. Ao receber o pedido, o relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, dar-lhe-á curador ou advogado, se não o tiver, correndo do interrogatório o prazo de dez dias para a defesa.

§ 1º A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição (...)"

pessoa incapaz; indeferindo-o, portanto, quanto aos delitos de incitamento e de conspiração.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Consoante relatado, o Governo de Israel busca a extradição do nacional *Elior Noam Hen*, contra quem pesam as acusações seguintes: I) "Abuso de menor ou pessoa incapaz" (art. 368C); II) "Incitamento a abuso de menor" (art. 30); III) "Violência contra menor ou pessoa incapaz" (art. 368B, alíneas *a* e *b*); IV) "Incitamento a violência contra menor" (art. 30); e V) "Conspiração para cometer um crime" (art. 499).

11. Tais acusações se apoiam na contextura factual que passo a retratar (fls. 34/45):

> 7. A Polícia de Israel está investigando um caso de abuso infantil. A informação e evidência que foram recebidas pela Polícia de Israel demonstram que Hen instruiu a outros a abusar das crianças. Os membros do alegado grupo são: **David (Abraham) Kugman** (daqui em diante: **"Kugman"**), **Shimon Gabay** (daqui por diante: **"Gabay"**), **Abraham Muskelachi** (daqui por diante: **"Muskelachi"**) e outros cuja identidade é desconhecida pelas Autoridades de Israel (daqui por diante: **"O Grupo"**).
>
> 8. Sob as instruções de Hen, os membros do grupo abusaram de oito crianças, todos membros da mesma família.
>
> 9. De acordo com a decisão do Tribunal de Jerusalém, a fim de proteger a identidade das crianças, estas e os pais vão ser referidos somente pelas iniciais.
>
> *A entrada de Hen na vida da família*
>
> 10. Alguns anos atrás, **D.S.**, o pai da família (daqui por diante: **"o pai"**), encontrou Hen e juntos começaram a estudar textos religiosos e a visitar os túmulos de honrados rabinos, considerados por alguns, santos.
>
> Durante o ano de 2007, **M.S.**, a mãe da família (daqui por diante: **"a Mãe"**) expressou seu desejo de divorciar-se de seu marido e o casal consultou com Hen nesse assunto. Hen sugeriu que o marido saísse de casa e mais tarde mandou Kugman e Gabay morar com a mãe. Hen aconselhou o marido a conceder o divórcio, e este concordou posteriormente.
>
> 11. Durante os meses de fevereiro e março de 2008, a mãe dirigiu-se a Hen e expressou a dificuldade de criar oito filhos sozinha. A mãe então pediu conselho a Hen com relação a educação de seus filhos menores, **N.S.**, de 4,5 anos de idade (daqui em diante: **"Menor 1")** e **E.S.**, de 3,5 anos de idade (daqui em diante: **"Menor 2")**. Hen contou para a mãe que os meninos estão "possuídos pelo demônio" e aconselhou a mãe assim com a Kugman e Gabay, a maneira de purificá-los.
>
> 12. **Os métodos de "purificação" de Hen incluíram, entre outros: sacudir as crianças, espancá-las, amarrá-las, queimar várias partes do corpo, forçá-las a comer fezes etc.**
>
> 13. Hen instruiu a Kugman e a Gabay a ocupar-se da "educação" dos dois menores, Menor 1 e Menor 2. Em resultado as instruções de Hen, Kugman e Gabay metodicamente e num grande número de oportunidades, abusaram fisicamente dos dois, assim como de outras crianças na família, enquanto afirmavam que eles estavam "purificando" as crianças e eliminando os demônios que se encontravam

dentro delas. A mãe, que estava bem consciente do abuso que seus filhos estavam sofrendo em mãos dos membros do grupo, continuou a deixar seus filhos com eles, sabendo que eles continuariam a sofrer abusos. Hen, a mãe e os membros do grupo abusaram, tanto por ação quanto por omissão, de todas as crianças, especialmente Menores 1 e 2.

As ações de abuso cometidas pelos membros do Grupo

14. Durante o período de fevereiro e março de 2008, Hen e os membros do grupo, tanto no apartamento de Hen como no apartamento da mãe, sacudiram o Menor 1 e o Menor 2 com extrema força enquanto os seguravam pelas costas e pelos ombros ou pelas mãos e pernas, de tal maneira que a cabeça era sacudida intensamente para frente e para trás. **Estes eventos ocorreram em mais de uma ocasião.**

15. Em 12 de março de 2008, Kugman entrou no quarto do Menor 2 no apartamento da mãe e, enquanto o menor estava dormindo, Kugman o levantou e começou a espancá-lo intensamente usando suas mãos e punhos, atingindo a face e cabeça do Menor 2. Depois de algum tempo, o Menor 2 desmaiou nas mãos de Kugman. Kugman começou a reanimá-lo até a chegada da ambulância a casa. A equipe de emergência conseguiu reanimar o menor e o levaram ao hospital em condições críticas. Ele foi colocado em respiração artificial, **todavia não recuperou a consciência e se encontra em estado vegetativo**. **Kugman causou ao Menor 2 hematoma subdural e feridas na face. Como previamente mencionado, o menor se encontra inconsciente e sob sedativos.**

16. Durante o mês de fevereiro de 2008, os membros do grupo amarraram o Menor 1 a um aquecedor elétrico. O grupo o segurou contra o aquecedor e somente o liberou quando sua pele ficou queimada e começou a desprender-se. Depois de afastar o menor do aquecedor, o grupo passou a derramar álcool e sal sobre suas queimaduras. **Em direta consequência das ações acima mencionadas, o Menor 1 necessitou cirurgia de implante de pele em suas pernas, a qual foi realizada sob anestesia geral.**

17. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, enquanto se encontrava na casa de Hen, este bateu nas mãos do Menor 2 com um martelo de madeira, queimou os dedos do menor com um isqueiro e bateu na sua face. Ele, juntamente com os membros do grupo, então amarraram o Menor 2 com uma corda, o amordaçaram e selaram sua boca com fita vedante. O Menor 2 foi então preso em uma mala de aproximadamente cinquenta centímetros de comprimento por um período indeterminado de tempo.

18. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo prenderam o Menor 1 em uma mala por um período de três dias enquanto lhe permitiam sair da mala por curtos períodos de tempo.

19. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo forçaram **S.S.**, de quatorze anos de idade (daqui em diante: **"Menor 3"**), a obrigar o Menor 1 a comer fezes. O Menor 3 se recusou e, em reação, os membros do Grupo o espancaram e o ameaçaram de que caso ele não obrigasse o Menor 1 a comer fezes, eles o obrigariam. Em função das ameaças, o Menor 3 forçou o Menor 1 a comer fezes. O Menor 1 foi seguro pelos membros do grupo a fim de prevenir sua resistência. Nesta mesma ocasião, os membros do grupo obrigaram o Menor 1 a comer fezes, espalharam as fezes em sua face e o forçaram a beber água da toalete. **Estes acontecimentos ocorreram pelo menos em mais outra ocasião.**

20. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo forçaram o Menor 1 e seu irmão **N.S.** de sete anos de idade (daqui em diante: **"Menor 4"**), a beber bebidas alcoólicas até começarem a vomitar. **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

21. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo queimaram os dedos do Menor 4 com um isqueiro. **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

22. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo forçaram o Menor 3 a beber bebidas alcoólicas assim como água misturada com pimenta e sal. **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

23. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo colocaram o Menor 1 sob o chuveiro e o seguraram embaixo de água fria (inverno em Israel). **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

24. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo machucaram a testa do Menor 1, usando um instrumento pontiagudo.

25. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo mandaram o Menor 3 permanecer parado em posições específicas. Quando o Menor 3 estava incapaz de aguentar e caiu, os membros do grupo o colocaram em um canto a fim de puni-lo.

26. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo espancaram o Menor 3 por haver contado a seu pai do abuso que estava sofrendo da parte deles.

27. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo espancaram o Menor 3 por haver contado a sua mãe do abuso que estava sofrendo da parte deles.

28. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo abusaram do Menor 2 forçando-o a correr continuamente para trás e para frente no jardim, até que ele desmaiou. Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.

29. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo beliscaram o Menor 3 em todo o corpo.

30. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo costumavam mastigar balas e chicletes e depois forçar o Menor 3 a comer o chiclete e a bala que haviam mastigado. **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

31. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo socaram o Menor 3 em sua face.

32. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo dobraram a força os dedos do Menor 3 causando-lhe dor. Como resultado disto, o Menor 3 está incapacitado de dobrar completamente dois de seus dedos. **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

33. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo espancaram os Menores 1 e 2, usando um martelo de madeira e, também, um pau de 40 centímetros de comprimento, em várias partes do corpo incluindo a cabeça. **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

12. Prossigo para pontuar que o Estado requerente chegou a tais evidências mediante procedimento investigatório, realizado pela polícia de Israel; notadamente a partir dos depoimentos prestados pelas vítimas e pelos membros do grupo criminoso (entre estes a própria mãe das crianças agredidas – fl. 38).

13. Feitas essas considerações sobre o quadro empírico da causa, passo a decidir. Fazendo-o, anoto, de saída, que a presente extradição é de ser deferida parcialmente. É que, no tocante aos crimes de "**Incitamento** a violência contra menor ou pessoa incapaz" e "**Incitamento** a abuso de menor ou pessoa incapaz", assiste razão à defesa quando afirma que não foi atendido o indispensável requisito da dupla tipicidade penal. Leio os dispositivos de ambos os países:

> Seção 30 da Lei Penal Israelense
> Incitamento
> Se uma pessoa leva outra a cometer um delito por meios de persuasão, encorajamento, exigência, lisonjeio ou por outro meio qualquer que constitua a aplicação de pressão, então ele incita o delito.
> Código Penal Brasileiro
> Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
> I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
> **II – coage ou induz outrem à execução material do crime;**
> **III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;**
> IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

14. Sendo assim, não tenho como atendida a exigência do inciso II do art. 77 da Lei 6.815/1980, neste ponto específico. Isso porque a figura típico-autônoma do crime israelense de "Incitamento" equivale a uma simples circunstância agravante genérica, segundo o Direito Penal brasileiro. Motivo pelo qual é de se rejeitar o pleito de extradição, no tocante aos crimes de "**Incitamento** a abuso de menor ou pessoa incapaz" e "**Incitamento** a violência contra menor ou pessoa incapaz", por ausência de dupla tipicidade.

15. No mais, penso que a extradição é de ser deferida. De início, registro que o pedido do Governo de Israel se apoia em promessa de reciprocidade (art. 76) e atende aos requisitos do art. 80, sem incidir nos óbices do art. 77, todos da Lei 6.815/1980. Igualmente preenchidas foram as condições do art. 78 do Estatuto do Estrangeiro[4], dado que **o Estado requerente afirmou às expressas (fl. 34) que os supostos crimes imputados ao extraditando ocorreram em**

---

[4] "Art. 78. São condições para concessão da extradição: I – ter sido o crime *cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado*; e II – existir sentença final de privação de liberdade, ou *estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente*, salvo o disposto no art. 82." (Grifos acrescidos.)

território sob a respectiva jurisdição criminal[5], sendo que a prisão para fins extradicionais foi decretada pelo Tribunal de Magistrados de Jerusalém, no dia 13 de abril de 2008 (basta conferir a cópia do respectivo mandado de detenção, regularmente autenticada e traduzida para o português – fls. 35 e 51/52). Decreto que se faz acompanhar de uma precisa descrição sobre os fatos justificadores do pedido extradicional, bem como as características pessoais do extraditando (nome completo, identidade civil israelense, data de nascimento e cidade onde reside – Beitar Elit, Rua Chazon Ish, Casa 11 – Israel).

16. Avanço para acentuar que houve regular identificação do acusado perante o Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, por ocasião do respectivo interrogatório (fl. 167). Tudo em estrita observância ao *caput* do art. 85 da Lei 6.815/1980 e aos arts. 210 e 211 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal. O que significa dizer que é manifestamente descabida a alegação da defesa, no sentido de que o acusado não foi regularmente "citado" no idioma hebraico. Isto porque, no momento da realização do interrogatório, o extraditando se encontrava acompanhado de seus três advogados (Dr. Hermínio Ejzenbaum, Dr. Moysés Wagon e Dr. Giulio C. Cortese); presentes ao ato o membro do Ministério Público Federal, bem como a intérprete do idioma hebraico, Sra. Eliana Rosa Langer.

17. Por outra volta, averbo que o Governo requerente acostou aos autos deste pedido de extradição a íntegra dos textos legais de todos os delitos imputados ao extraditando. Textos, esses, devidamente traduzidos para o idioma pátrio, conforme revela a leitura das fls. 42/43 deste feito. Pelo que não enxergo nenhuma irregularidade no processamento judicial do presente pedido de extradição, nem mesmo qualquer prejuízo à defesa do alienígena, valendo lembrar que o § 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980 estabelece que a defesa do acusado "versará

---

[5] "(...) O Estado de Israel solicita por intermédio desta, da República Federativa do Brasil, a detenção provisória e a *Extradição de Elior Noam Hen*, um cidadão israelense, nascido no dia 17 de junho de 1981, *passaporte israelense numero 11776158* (carteira de identidade Israelense número 040180384), residente em Beitar Elite, Israel (daqui por diante: *"Hen"*). Hen é procurado em Israel pelos delitos criminais de Abuso de um menor, Incitamento a abuso de um menor, Violência contra um menor, Incitamento para violência contra um menor e Conspiração para cometer um vrime (...)" (fl. 34).

sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição."[6/7]

18. Muito bem. Com relação aos crimes de "Violência a menor ou pessoa incapaz" e "Abuso a menor ou pessoa incapaz", o Ministério Público Federal entendeu regularmente preenchidos os requisitos da dupla tipificação penal e a exigência de pena privativa de liberdade superior ao limite mínimo de um ano, nos termos dos incisos II e IV do art. 77 da Lei 6.815/1980. Em síntese, o parecer ministerial público afirma que o delito de "Violência contra menor ou pessoa incapaz"[8] corresponde ao crime de lesão corporal gravíssima, descrito no inciso IV do § 2º do art. 129, combinado com o § 10[9], do Código Penal brasileiro. Já o delito de "Abuso de menor ou pessoa incapaz"[10] equivale ao crime de maus-tratos, em sua forma qualificada (cabeça do art. 136, e § 3º, do Código Penal

---

[6] Não bastasse, averbo que o extraditando também se fez acompanhar, nessa mesma assentada, do Sr. Abrão Bernardo Zweiman, que também é tradutor do idioma hebraico e foi *conduzido pela própria defesa para a referida audiência*, "tendo assistido a tradução da denúncia pela intérprete Sra. Eliana Rosa Langer ao acusado, antes do início do interrogatório. A tradução da denúncia ocorreu das 14h30 às 15h19. Das 15h19 até às 16h00 o acusado entrevistou-se reservadamente com seus três advogados, na presença do intérprete Sr. Abrão Bernardo Zweiman, trazido pela defesa. Às 16h00 a MM. Juíza iniciou o ato de interrogatório do acusado, fazendo-lhe perguntas, tendo ocorrido o encerramento das perguntas às 16h55" (fl. 162). Circunstâncias que também afastam qualquer tipo de insurgência do acusado quanto a um suposto desrespeito à sua convicção religiosa, no sentido de que às sextas-feiras, *a partir das 17 horas e 21 minutos*, não mais poderia responder a nenhuma pergunta do juízo (fl. 167). Acresce que *a simples leitura do termo de interrogatório (fls. 167/168) e da defesa técnica apresentada pelos patronos do acusado revela uma ampla e inequívoca ciência dos fatos descritos neste processo de extradição.*

[7] Válido lembrar a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal: "Os contornos penais do processo de extradição conduzem à observância da norma segundo a qual não há nulidade quando da prática do ato não decorrer prejuízo para o extraditando." Ext 704-ED – Ministro Marco Aurélio.

[8] Seção 368B, *a* e *b*, da Lei penal israelense: "Violência contra menor ou pessoa incapaz: (a) se uma pessoa comete violência contra um menor ou pessoa incapaz e lhe causa danos palpáveis, ela está sujeita a cinco anos de prisão; se o atacante é responsável pelo menor ou pessoa incapaz, ela está sujeita a sete anos. (b) se o delito sob a subseção a) foi cometido e severos danos foram causados ao menor ou pessoa incapaz, então o atacante está sujeito a sete anos de prisão; e se o atacante é responsável pelo menor ou pessoa incapaz, ele está sujeito a nove anos de prisão. (c) como conceito desta seção 'dano – físico ou mental'" (fl. 42).

[9] "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano (...). Se resulta: (...) IV – deformidade permanente; (...) § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de três meses a três anos. § 10º Nos casos previstos nos § 1º a § 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em um terço (...)"

[10] Seção 368C da Lei Penal israelense: "Abuso de menor ou pessoa incapaz: se uma pessoa comete um ato de abuso físico, mental ou sexual com relação a um menor ou pessoa incapaz, então ela está sujeita a sete anos de prisão; se o agente do abuso e a pessoa responsável pelo menor ou pessoa incapaz, então ele está sujeito a nove anos de prisão." (Fl. 43.)

brasileiro[11]). No tocante à ingestão forçada de bebidas alcoólicas pelos Menores 1, 3 e 4, a Procuradoria-Geral da República entendeu caracterizado o crime do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990[12], consistente em ministrar produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica à criança ou ao adolescente. O que já me basta para deferir o pleito extradicional quanto aos referidos delitos ("Violência a menor ou pessoa incapaz" e "Abuso a menor ou pessoa incapaz").

19. Acontece que os gravíssimos fatos descritos no pedido formalizado pelo Governo de Israel se mostram passíveis de enquadramento em lei específica. Quero dizer: embora não tenha dúvida de que os acontecimentos imputados ao acusado configuram crime de lesões corporais gravíssimas (vide parecer médico de fl. 41)[13]; maus-tratos; e o crime do art. 243 da Lei 8.069/1990; o fato é que o conjunto das ações imputadas ao extraditando revela a prática do delito de tortura. Extraditando que, na companhia de mais de quatro pessoas, é acusado de submeter oito crianças que se encontravam sob a sua autoridade a intenso sofrimento físico e mental. Intenso sofrimento que o Estado requerente chamou de "métodos de purificação" (entre os quais: sacudir, espancar, amarrar, queimar várias partes do corpo, entre outros), com o objetivo de aplicar castigo aos referidos menores, dado que supostamente "possuídos pelo demônio" (fl. 36). Atos de castigo mediante os quais o acusado pretendia corrigir a educação das crianças, com a própria anuência da mãe, e que se amoldam, em tese, mais propriamente ao delito de tortura[14], descrito no inciso II do art. 1º da Lei 9.455/1997, *verbis*:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
> (...)

---

[11] "Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena – detenção, de dois meses a um ano, ou multa. (...) § 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos."

[12] "Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, *se o fato não constitui crime mais grave*."

[13] "(...) Como acima mencionado, *como resultado direto dos atos de abuso, o Menor 1 necessitou cirurgia de implante de pele em suas pernas, a qual foi feita sob anestesia geral (...) o Menor 2 sofre de hematoma subdural e feridas na sua face. O Menor 2 ainda se encontra inconsciente, sob sedativos e se encontra em estado vegetativo (...)*." (Fls. 41/42.)

[14] Colho trecho de artigo de Nilton João de Macedo Machado, Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina, apresentado no Seminário Nacional sobre "Eficácia da Lei da Tortura", promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça (endereço eletrônico: www.dhnet.org.br/denuncar/tortura/textos/nilton.html: "(...) Podemos concluir, portanto, que o crime de tortura tendo como vítima criança ou adolescente (aliás, qualquer pessoa) restará consumado se, da *violência ou grave ameaça, aplicadas como forma de castigo pessoal ou medida de caráter educativo, causar intenso sofrimento físico ou mental.*"

> II – **submeter alguém, sob sua** guarda, **poder** ou **autoridade, com emprego de violência** ou grave ameaça, **a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal** ou medida de caráter preventivo.
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.
>
> (...)
>
> § 3º **Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima**, a pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos; se resulta morte, a reclusão é de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos.
>
> § 4º Aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):
>
> (...)
>
> II – **Se o crime é cometido contra criança**, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

20. Daí a caracterização do crime de "tortura-castigo". Delito que é assim comentado por Guilherme de Souza Nucci (*Leis penais e processuais penais comentadas*. Editora RT. 3. ed. p. 1088/1091), *verbis*:

> Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram (...)
>
> Preferimos, no entanto, um conceito mais abrangente, entendendo por tortura qualquer método de submissão de uma pessoa a sofrimento atroz, físico ou mental, contínuo e ilícito, para a obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão (...)
>
> (...)
>
> 17. **Análise do núcleo do tipo**: submeter significa dominar, sujeitar, dobrar a resistência. O objeto é a pessoa que está sob guarda (vigilância), poder (força típica da autoridade pública) ou autoridade (força advinda de relação de mando, inclusive da esfera cível, como o tutor com relação ao tutelado, o curador no tocante ao curatelado e mesmo os pais em relação aos filhos menores) (...)
>
> (...)
>
> 21. **Castigo pessoal ou medida de caráter preventivo**: essa forma é a denominada "tortura-castigo", visando a aplicação de medida repressiva ou preventiva. É natural que o sofrimento deva ser ilícito, pois há formas de aflição legalizada, como a prisão em regime fechado. Outro exemplo é o espancamento de crianças pequenas, realizado por pais ou outros responsáveis por sua guarda (...)

21. No caso, tais disposições incriminadoras se me afeiçoam rimadas com a determinação descrita no § 4º do art. 227 da CF/1988, no sentido de que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração da criança e do adolescente". E, ainda, com o explícito dever estatal brasileiro de colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e com absoluta prioridade, a criança e o adolescente (cabeça do art. 227 da CF/1988).[15]

---

[15] Valendo lembrar, aqui, o parágrafo 3º do Artigo 14 da Convenção sobre os Direitos da Criança, também aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil, no sentido de que "A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às *limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdade fundamentais dos demais*".

22. Seja como for, Senhor Presidente, tenho por amplamente atendido o requisito da dupla tipificação penal quanto aos delitos de "Violência a menor ou pessoa incapaz" e "Abuso a menor ou pessoa incapaz". De consequência, dou pelo atendimento à exigência de pena privativa de liberdade não inferior a um ano, tudo nos termos dos incisos II e IV do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro.

23. Prossigo para examinar a pretensão do Estado requerente, no tocante ao delito de conspiração[16]. Aqui, a Procuradoria-Geral da República reajustou seu parecer e opinou pelo indeferimento do pedido, com base nos fundamentos que passo a descrever (fl. 420):

> 25. Por último, acerca da alegação de que o crime de conspiração para cometer um crime não preenche o requisito da dupla tipicidade, assiste razão ao extraditando.
>
> 26. No parecer de fls. 276/285, asseverou-se que o crime de conspiração para cometer um crime encontrava ressonância no crime de quadrilha ou bando (art. 288, CPB), pois existiria a indicação de diversas pessoas envolvidas diretamente na consumação dos delitos.
>
> 27. Porém, o Supremo Tribunal Federal, examinando **questão análoga**, entendeu que a descrição dada pela Lei Penal israelense ao crime de conspiração para cometer um crime amolda-se ao concurso de agentes (art. 29, CPB) e não a uma norma incriminadora.
>
> 28. Isso porque a Seção 499 da Lei Penal israelense prescreve que a associação dos indivíduos será para cometer *um* crime ou *uma* contravenção; enquanto que o art. 288 do Código Penal brasileiro exige a associação para o cometimento de *crimes*.

24. Neste ponto específico, ouso discordar do parecer ministerial público. É que o precedente invocado pelo *Parquet* federal não se presta ao caso concreto (digo-o respeitosamente). No caso referido (Ext 909, Rel. Min. Celso de Mello), o pleito extradicional imputou ao então extraditando tão somente o delito de importação de substância entorpecente do Brasil para o Estado de Israel. O que, de fato, não bastaria para a configuração do crime de quadrilha de que trata o art. 288 do nosso Código Penal brasileiro. Tipo incriminador, esse, que pune a associação de mais de três pessoas para o cometimento de **delitos**. Pluralidade de crimes que, certamente, não se verificava naquele caso precedente, cuja acusação se limitou a um único delito.

25. Já o pedido que se contém neste feito é diferente. Aqui, o Governo de Israel imputa ao acusado a respectiva associação com mais de três pessoas para a prática de diversas condutas criminosas contra diversas crianças (total de oito crianças). Pelo que são fatos revestidos, em tese, das elementares do crime de

---

[16] "Seção 499 da Lei Penal israelense": "conspiração para cometer um crime ou uma contravenção: (a) A pessoa que conspira com outra para cometer um crime ou contravenção ou para cometer qualquer ato num lugar fora de Israel o qual se fora cometido em Israel seria um crime ou contravenção e o qual é um delito também sob as leis daquele lugar está sujeito – (1) se o delito é um crime, a prisão de sete anos ou a punição prescrita por aquele crime, a punição que seja a mais leve."

quadrilha (art. 288 do CPB) e, não, mero concurso de pessoas (art. 29 do CPB)[17]. A título de amostragem, releio o seguinte trecho do pedido extradicional (fl. 35):

> 7. A Polícia de Israel está investigando um caso de abuso infantil. A informação e a evidência que foram recebidas pela Polícia de Israel demonstram que **Hen instruiu a outros a abusar das crianças**. Os membros do alegado grupo são: **David (Abraham) Kugman** (daqui por diante: "**Kugman**"), **Shimon Gabay** (daqui por diante: **"Gabay")**, **Abraham Muskelachi** (daqui por diante: **"Muskelachi")** e outros cuja identidade é desconhecida pelas Autoridades de Israel (daqui por diante: **"O Grupo")**.
>
> 8. **Sob as instruções de Hen, os membros do grupo abusaram de 8 crianças**, todos membros da mesma família.

26. Digo agora que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal, tanto no Brasil quanto no Estado de Israel. É que os fatos descritos pelo Governo requerente ocorreram nos meses de fevereiro e março de 2008; sendo certo que, em Israel, os delitos pelos quais a extradição é requerida prescrevem em dez anos[18]. O que somente ocorrerá em 2018, conforme revela o exame da documentação regularmente encaminhada pelo Estado requerente, por meio de via diplomática (fl. 43).

27. O mesmo é de se dizer quanto à mantença da pretensão punitiva estatal brasileira. Basta lembrar que o menor prazo prescricional do Código Penal pátrio é de dois anos (inciso VI do art. 109 do CP). Assim mesmo quando a pena máxima for inferior a um ano. Logo, se os crimes ocorreram nos meses de fevereiro e março deste ano (2008), resulta claro que não houve a prescrição da pretensão punitiva brasileira, dado que as penas máximas cominadas aos crimes correspondentes no Brasil[19] são todas superiores a um ano.

28. Presente esta moldura, fica amplamente demonstrado o cumprimento dos requisitos necessários ao deferimento parcial do pedido de extradição, o que me autoriza **a recusar todas as alegações de irregularidades formais apontadas pela defesa técnica** (fls. 202/207), com exceção, é claro, da dupla tipicidade dos delitos de incitamento.

29. Já me encaminhando para o desfecho deste voto, anoto que não procede a alegada falta de competência territorial do Estado requerente para

---

[17] "Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade (...)". Comentário de Celso Delmanto (*Código Penal comentado*. Editora Renovar. 7. ed. p. 112): "(...) Sob o título 'Do Concurso de Pessoas', trata este art. 29 da hipótese em que o crime não é cometido *por uma só pessoa, mas duas (ou mais) pessoas concorrem (isto é, contribuem, cooperam) para a prática do ilícito penal.*"

[18] "*Prescrição de Delitos*: A menos que seja prescrito de outra maneira por uma lei diferente, uma pessoa não será levada a julgamento por um delito se o período declarado em seguida passou desde o dia de sua comissão: (...) em caso de delito – dez anos;" "*Classificação dos Delitos*: As seguintes são as categorias de delito, de acordo com a severidade (1) 'Crime' – um delito, pelo qual a pena que é estabelecida é mais severa do que três anos de prisão." (Fl. 43.)

[19] A pena máxima do crime de tortura (inciso II do art. 1º da Lei 9.455/1997) é de oito anos de reclusão; já o crime de quadrilha tem pena máxima de três anos.

o ajuizamento da presente extradição. Basta lembrar que tanto a República Federativa do Brasil (Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991) quanto o Estado de Israel ratificaram – sem nenhuma ressalva que impeça o deferimento desta extradição[20] – a "Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes", aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Convenção da qual extraio os seguintes dispositivos:

> *Artigo 5º*
>
> 1. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no Artigo 4º nos seguintes casos:
>
> a) quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão;
>
> **b) quando o suposto autor for nacional do Estado em questão;**
>
> **c) quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado**;
>
> (...)
>
> *Artigo 8º*
>
> (...)
>
> 4. O crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados Partes, como se tivesse ocorrido não apenas no lugar em que ocorreu, mas também nos territórios dos Estados chamados a estabelecerem sua jurisdição, de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5º.

30. De se ver que, no caso, o Estado requerente fez a prova de que o extraditando se encontrava sob sua jurisdição, quando do cometimento dos crimes objeto deste pedido. Extraditando de nacionalidade exclusivamente israelense, como de nacionalidade israelense são as vítimas aqui nominadas[21].

31. Por tudo quanto posto, defiro, parcialmente, o pedido extradicional. O que faço para que o extraditando responda perante as autoridades judiciárias israelenses quanto aos crimes de "Violência a menor ou pessoa incapaz", "Abuso a menor ou pessoa incapaz" e de "Conspiração". Sendo certo que o Estado requerente firmou o compromisso de que trata o art. 91 do Estatuto do Estrangeiro[22]. Pelo que fica prejudicado o pedido de liberdade provisória do extraditando.

32. É como voto.

---

[20] Em consulta à página oficial da ONU na internet (http//treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx ?src=IND&id=128&chapter=4&lang=en), em 17-11-2008, colhe-se que as únicas ressalvas feitas pelo Estado de Israel ao documento ratificado se referem aos arts. 20, 28 e 30.

[21] "Art. 78. São condições para concessão da extradição: I – *ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado*;"

[22] "Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assuma o compromisso: I – de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; II – de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição; III – de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação; IV – de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Presidente, eu entendo que nós estamos diante de um caso que merece um exame bastante acurado, porque eu não me lembro, não tenho na memória registro desta Corte ter enfrentado, especificamente, a situação que está posta nestes autos, no que concerne à alegação feita pela defesa, e judiciosamente posta da tribuna, quanto ao crime praticado em território que está ocupado militarmente por outro Estado.

Mas o eminente Relator teve a gentileza de fazer referência a entendimento do Ministro **Celso de Mello** sobre a matéria. E eu gostaria muito, se fosse possível, de ouvir o Ministro **Celso de Mello** que, segundo o Relator, tem já no seu registro um caso sobre este mesmo tema.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Celso de Mello: A questão suscitada pelo extraditando impõe que se indague sobre a existência de jurisdição penal do Estado de Israel sobre determinadas áreas, que, localizadas na Cisjordânia, estariam sujeitas à administração da Autoridade Nacional Palestina, que não dispõe de todos os atributos necessários à sua configuração institucional como Estado soberano.

O fato é que a existência, ou não, de jurisdição penal do Estado de Israel dependerá do exame das cláusulas resultantes dos Acordos de Madrid **e** de Oslo, exceto se esta Suprema Corte optar por reconhecer possível a aplicação extraterritorial da lei penal israelense, invocando, para tanto, o postulado da nacionalidade ativa ou da nacionalidade passiva.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Israel teria a soberania reconhecida pelo Brasil nessas áreas?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Essa indagação poderá ser esclarecida com a execução das diligências ora propostas.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Celso**, só para fazer uma observação, porque eu estou verificando aqui, e o esclarecimento de Vossa Excelência realmente é fundamental, que esse precedente é de 1967. É um precedente muito antigo, examinado sob o regime da Constituição de 1967.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **O precedente** a que me referi – **Caso Stangl**, julgado, por esta Corte, **sob a égide** da Carta Política de 1967 – **acha-se consubstanciado** na decisão proferida **na Ext 272**/República da Áustria, **de que**

---

outro Estado que o reclame; e V – de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena." Cláusulas que o Estado requerente já se comprometeu a cumprir, conforme consta dos itens 72/76 do pedido (fls. 42/43).

foi Relator o saudoso Ministro Victor Nunes Leal (**RTJ** 43/168-220). **Trata-se** de uma *causa célebre* **registrada** nos anais do Supremo Tribunal Federal.

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal **afastou**, quanto ao pedido extradicional formulado pela República Federal da Alemanha, **o princípio da territorialidade**, por entender que a ocupação militar nazista da Polônia **não se revelava suficiente** para transformar, "*em território alemão*", os campos (**poloneses**) de extermínio **situados** em Sobibor **e** em Treblinka.

Também se reconheceu inaplicável o postulado da territorialidade, **expressamente** invocado pelo Governo alemão, **quanto aos delitos** cometidos no sanatório **de Hartheim**, porque, **não obstante** o "*Anschluss*", **de que resultou** a incorporação da Áustria pela Alemanha nazista (1938), o Estado austríaco, **depois** da II Guerra Mundial, **reconquistou** a sua soberania, **razão pela qual** se lhe reconheceu jurisdição penal sobre as atrocidades cometidas em seu próprio território.

Na realidade, esta Corte, **ao determinar a preferência** entre os Estados requerentes, **valendo-se**, para tanto, dos elementos e fatores indicados na legislação brasileira, **reconheceu a precedência** da República Federal da Alemanha, quanto aos delitos praticados em Sobibor e em Treblinka, **não** porque se cuidasse, como já referido, de área territorial sob ocupação alemã, **mas**, sim, **porque se conferiu prevalência** ao critério legal da gravidade *in concreto* dos crimes lá cometidos, **considerados** tais ilícitos penais em suas consequências **e tendo-se** ainda presentes as finalidades para as quais se achavam vocacionados aqueles campos de extermínio projetados e construídos pelo regime nazista (**RTJ** 43/168-170, **item** 13).

Enfatizo que esse importante julgamento (**Ext** 272) ocorreu em plena vigência da Carta Federal de 1967.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É de 7 de junho de 1967.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Antes mesmo da alteração da Emenda 1/1969.

E o curioso, isso me chamou atenção, entendendo que o precedente não é exatamente igual, mas guarda similitude, é que o Supremo afastou a ideia da territorialidade.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Realmente**, esta Corte **afastou** o postulado da territorialidade **quanto ao pleito** formulado pelo Governo da República Federal da Alemanha.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, **apoiando-se** nesse **mesmo** princípio, **acolheu** o pedido que o Governo da República Federal da Áustria **deduziu** em relação aos delitos **cometidos** em Hartheim, **localidade** situada em território austríaco.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ele não admitiu a territorialidade pela ocupação militar. Ou seja, na realidade, como disse o Ministro **Celso**, a própria ementa destaca que o fato da territorialidade não pode ser reconhecido porque

havia uma ocupação militar. E deu, então, essa decisão com base naquilo que o Ministro **Celso** está chamando de "nacionalidade ativa", considerando um aspecto particular: é que o autor estava a serviço da Alemanha, a serviço do governo alemão, sendo alemão. Daí ele ter aplicado esse princípio da nacionalidade ativa.

O que me chama atenção aqui, até para continuar examinando, se bem que o tempo já vai adiantado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Penso que este caso é muito importante. Teríamos de adiá-lo.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu tenho a impressão de que comportaria um adiamento, Senhor Presidente.

Vou só concluir para justificar o que eu ia pedir, o Ministro **Marco Aurélio** e o Ministro **Cezar Peluso** me atalharam. É que, neste caso preciso, essas características não estão presentes; apenas a da nacionalidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não. Vossa Excelência me permite?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Já vou chegar lá, Ministro. É só Vossa Excelência deixar eu concluir.

Então o que eu proporia, porque o voto do Ministro **Carlos Ayres**, como sempre minucioso, fundou-se no princípio da nacionalidade ativa, e o Ministro **Celso de Mello** identificou a possibilidade dessa extradição considerando que tanto o autor quanto a vítima eram israelenses, é o adiamento.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas aí foi em reforço.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Os postulados** da nacionalidade **ativa** (aquela **do suposto autor** dos delitos) **e** da nacionalidade **passiva** (**a das vítimas** dos crimes em questão) **mostram-se** extremamente relevantes no caso ora em exame, **porque**, além de viabilizarem **a aplicação extraterritorial** da lei penal israelense, **permitem reconhecer** a jurisdição penal do Estado de Israel sobre os fatos delituosos **subjacentes** ao pleito extradicional em causa.

A possibilidade de extradição, desse modo, **prescinde**, até mesmo, **considerado** o contexto exposto pelo eminente Relator, **da aplicação**, à espécie, do princípio da territorialidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Aí eu disse "sem falar que", mas há outros fundamentos.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas esse fundamento, para mim, neste caso da territorialidade, é o que seria fundamental, como pôs o Ministro **Celso**.

Eu queria propor, Senhor Presidente, porque o tema é riquíssimo, não há um precedente específico sob a Constituição de 1988, esse precedente é muito antigo e não guarda a mesma especificidade com relação ao precedente, como o Ministro **Celso** pôs e o Ministro **Carlos Britto** já havia antecipado, fez apenas uma breve referência, que nós adiássemos este julgamento para que pudéssemos até refletir um pouco mais, todos.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Tem razão** o eminente Ministro Menezes Direito, pois se trata de uma questão jurídica **muito** importante.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Muito importante.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Se aplicarmos** ao caso o princípio da territorialidade, **teremos que discutir**, salvo melhor juízo, **os Acordos** de Madrid **e** de Oslo, **com todas** as suas consequências no plano do direito internacional público, **notadamente** a questão **pertinente** à condição jurídica **hoje ostentada** pelos territórios sujeitos à administração da Autoridade Nacional Palestina.

Essa controvérsia, no entanto, **poderá** ser resolvida **sem necessidade** de tal exame, **se se entender aplicável**, à espécie, **o princípio da nacionalidade**, pois referido postulado – **tanto analisado** em sua dimensão **ativa** (nacionalidade do suposto autor do fato delituoso) **quanto** em sua dimensão **passiva** (nacionalidade das vítimas das infrações penais) – **sempre legitimará a eficácia extraterritorial** da lei penal do Estado a que se acham vinculados o suposto autor **e/ou** as vítimas dos delitos alegadamente a ele atribuídos, **tornando-se prescindível**, então, **a invocação** do princípio da territorialidade.

É que, como se sabe, **o postulado** da nacionalidade **qualifica-se** como fator de legitimação da extraterritorialidade das leis penais dos Estados em geral, como sucede, **p**. **ex**., com a legislação penal brasileira **nos casos** previstos **no art. 7º** de nosso Código Penal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E a condição jurídica do território, que é tido como ocupado e, portanto, não é reconhecido como parte do território de Israel.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E como não existe Estado palestino, também Palestina não é.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Sob esse aspecto**, conforme aqui já ressaltado, o Supremo **afastou** a ocupação militar estrangeira (**caso Stangl**) como fato justificador do atendimento da extradição. **Resta verificar**, então, **se**, afastada a ocupação militar estrangeira, **caberia**, ou não, **deferir-se** o pedido extradicional, **invocando-se**, para tanto, **outros** princípios que regem a aplicação extraterritorial da lei penal.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Nesse precedente, Ministro **Celso**, expressamente se afastou considerando que o fato da ocupação militar não transforma o território na nacionalidade do ocupante.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu sugeriria que se pedisse vista em vez de se adiar o julgamento.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então eu vou fazer uma inversão, já que o Ministro **Celso** está com esses elementos todos.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Penso** que o eminente Ministro CARLOS BRITTO, que é o Relator da causa, **poderá** melhor desenvolver os fundamentos subjacentes ao seu douto voto, **porque**, na verdade, a questão **suscitada** pelo

extraditando mostra-se realmente nova. **A meu ver**, é importante que o Relator do processo se pronuncie, fundamentadamente, sobre ela.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É isso que quero falar. Fundamentei o meu voto, essencialmente, em tratado internacional. Em matéria de tortura, há uma Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, à qual o Brasil aderiu em 10 de dezembro de 1984.

Vejam o que diz, lapidarmente, essa Convenção:

> a) Quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Jurisdição legítima.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Jurisdição penal, específica.

Há mais; os complementos:

> b) Quando o suposto autor for nacional do Estado em questão.
> c) Quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado.

Não foi só isso. Citei também a lei penal brasileira que diz o seguinte:

> Art. 78. São condições para concessão da extradição: matéria extradicional.
> I – ter sido o crime cometido no território do Estado requerente [não foi o caso, mas vem o complemento] ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado;

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Quero saber qual é a razão pela qual se aplica lei penal neste caso.

VOTO
(Proposta de diligência)

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Proponho**, Senhor Presidente, **considerada** a relevância da questão **suscitada** pelo eminente advogado de defesa, **que se converta** este julgamento em diligência, **para que**, **colhidos** os pronunciamentos do Itamaraty, da Missão Diplomática do Estado de Israel, do extraditando **e** da douta Procuradoria-Geral da República **sobre** esse ponto **específico** da controvérsia – **existência**, ou não, **à luz** dos Acordos de Madrid **e** de Oslo, **de jurisdição penal** do Estado de Israel **sobre determinadas** áreas **situadas** na Cisjordânia –, **possa**, então, o Supremo Tribunal Federal, **concluir** o julgamento **deste** pedido de extradição.

VOTO
(Sobre proposta de diligência)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, estou de acordo com a conversão do julgamento em diligência, porque é disso que se trata. Acho que o Tribunal já pode fixar prazo que permita ao Estado de Israel e ao extraditando pronunciar-se.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Esse pronunciamento cingir-se-á, **unicamente**, à questão **pertinente** à jurisdição penal do Estado de Israel sobre práticas delituosas **supostamente** cometidas em território que – **sustenta o ora extraditando** – estaria sujeito ao domínio da Autoridade Nacional Palestina.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só sobre a questão da competência.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Acho que os esclarecimentos do Itamaraty serão importantes.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas sem prejuízo das informações do Itamaraty.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O extraditando está preso?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Está.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ele vai esperar preso enquanto nós fazemos essas diligências?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso é que temos de fixar prazo já, se não vamos prolongar a prisão que eventualmente pode ser tida até por ilegal.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu sustento o meu voto. Agora, quem quiser peça vista e providencie essa diligência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É decisão do Tribunal. O Tribunal decidiu isso hoje.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A ordem de prisão veio de um tribunal israelense, não foi de um juiz.

O Sr. Arthur Lavigne (Advogado): Matéria de fato, Senhor Presidente, pela ordem.

O extraditando teve a polícia na sua casa, a sua procura. Não o encontrou e se apresentou espontaneamente à polícia. Trata-se de um religioso, tem cinco filhos, e há um longo documento de muitas pessoas afiançando a presença dele no país. Quer dizer, evidentemente é um crime cujo dolo poderia ser matéria de um estudo muito aprofundado: a questão religiosa e dos maus-tratos etc.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Olhe, se eu fosse ler o que esse homem fez, segundo a acusação.

O Sr. Arthur Lavigne (Advogado): Vossa Excelência me desculpe, mas isso é um mero inquérito policial, sem nenhuma peça nos autos que tenha sido autenticada.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não é assim não, Excelência.

VOTO
(Explicação)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vamos então averbar a deliberação do Plenário de que a Corte decidiu, na verdade, converter o julgamento em diligência. Claro que fica preservado o voto do Relator, depois poderá haver adendos e acréscimos, se for o caso, mas vamos pedir as diligências.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Para que se viabilize o exame específico desse tema.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Acho que com isso nós encaminhamos, assim também não temos pedido de vista e tão logo retomaremos o julgamento.

VOTO
(Proposta de liberdade provisória)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, talvez pudéssemos caminhar para uma liberdade provisória mediante condições, como já fizemos aqui.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pronuncio-me contra o pedido de liberdade provisória.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: *Data venia*, eu proponho que se examine a possibilidade de se conceder a liberdade provisória, porque surgiu um incidente processual em meio às discussões. Salvo melhor juízo, o extraditando não oferece perigo, não é um elemento perigoso, o advogado atesta que existem manifestações em prol de sua idoneidade. Ou então nós poderíamos eventualmente caminhar para uma prisão domiciliar ou para uma liberdade provisória, mediante condições a serem fixadas pelo juiz de primeiro grau, comparecimento periódico diante da autoridade judiciária, porque nós não sabemos quanto tempo levará este julgamento.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A notícia que tenho é de que ele já veio fugido do Canadá. Ele fugiu de Israel para o Canadá e de lá veio para cá, acho que ele é perigosíssimo.

DEBATE

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu compreendo a preocupação do Ministro **Lewandowski**, e, realmente, nós todos ficamos preocupados com esse cenário,

mas eu tenho a impressão, pelo menos é o meu convencimento, de que nós não deveríamos decidir isso aqui neste Plenário. Estamos convertendo a matéria em diligência, que é o nosso dever, converter em diligência, e, eventualmente, se for o caso, e isso é possível fazer, porque nós todos, como relatores, fazemos, e o eminente Ministro **Carlos Britto** tem o conhecimento dos autos, o advogado fará requerimento ao eminente Ministro **Carlos Britto**, que é o Relator da matéria, e, se Sua Excelência entender de determinar a soltura, que faça a soltura. Mas eu creio que este Plenário não deve ter essa decisão, diante da decisão que estamos tomando de conversão do processo em diligência, depois do minucioso voto que foi proferido pelo Ministro **Carlos Britto** com a indicação de todas as peças que se encontram nos autos.

Então, eu queria apenas sugerir a Vossa Excelência que submetesse à votação somente essa questão da conversão em diligência, que não é extemporânea e não é inusitada. Nós, em outras oportunidades, também já o fizemos, até recentemente, em ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Estamos aprofundando o exame de um tema importante suscitado pelo próprio extraditando, que nega, ao Estado de Israel, jurisdição penal sobre os fatos delituosos objeto deste processo extradicional e que teriam sido praticados em território da Cisjordânia, presentemente sob administração da Autoridade Nacional Palestina.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, é por isso que, embora aderindo à proposta do eminente Ministro Celso de Mello, e pelo fato de o extraditando encontrar-se preso, sugiro também que estabeleçamos o prazo já. Isto é, prazo para se pronunciarem – seja o Estado de Israel, seja o extraditando –, de tal modo que em fevereiro possamos retomar o julgamento já com esses eventuais elementos nos autos. Doutro modo, vamos ter de aguardar que os documentos cheguem e se pronunciem os interessados, prolongando-se o julgamento em dano do próprio extraditando.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Então, estamos fixando um prazo?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sugiro que se fixe um dia determinado no mês de fevereiro de 2009.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Temos que fixar prazo, tanto para o Estado de Israel, como para o extraditando.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Poderemos fazer o julgamento, por exemplo, se houver tempo, no dia 12 ou no dia 19.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Talvez o dia 19.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: De fevereiro?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sim.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Fica designado o dia 12.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Nada a opor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Tem-se que fixar prazo de pronunciamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, trinta dias para que se pronunciem todos os interessados.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Insisto que alguém, talvez o Ministro Menezes Direito, fique com a vista do processo, porque, para mim, não há necessidade. Eu, quanto mais leio a Convenção, que diz:

> O crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados Partes, como se tivesse ocorrido não apenas no lugar em que ocorreu mas também nos territórios dos Estados chamados a estabelecerem, sua jurisdição (...).

Quer dizer, é o fundamento do meu voto.

O Sr. Arthur Lavigne (Advogado): Senhor Presidente, tendo em vista o consenso dos Senhores Ministros, a defesa gostaria que fosse – é importantíssimo – pedido ao Estado de Israel um exame oficial das condições físicas das crianças. Não existe perícia a respeito disto, que é uma das peças fundamentais para a extradição: uma perícia oficial que venha aos autos sobre o estado físico das crianças.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Uma das crianças está em estado vegetativo.

O Sr. Arthur Lavigne (Advogado): Mas isso é mentira.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu acho desnecessário, mas aceito a ponderação da Corte.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Trinta dias, a partir de hoje, para a manifestação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, porque trinta dias serão entendidos a partir da intimação desses Governos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, fica muito em cima. Trinta dias é o suficiente tanto para o extraditando, como para o Estado de Israel.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É, trinta dias a contar de hoje.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Agora, quanto ao pedido de liberdade provisória, eu indefiro. É como voto.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, tendo em vista que se fixou um prazo para a vinda dessas respostas todas, creio que, *ad cautelam*, o extraditando deverá permanecer preso preventivamente, pois o prazo me parece razoável. Retiro a minha proposta.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.122/Estado de Israel — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Governo de Israel (Advogado: João Batista Lira Rodrigues Júnior). Extraditando: Elior Noam Hen ou Eliyahu Abu Hazera (Advogados: Fernando Maffei Dardis, Daniel Garson e Noel Ricardo Maffei Dardis).

Decisão: Após o voto do Ministro Carlos Britto (Relator), deferindo, parcialmente, o pedido de extradição, o Tribunal, por votação unânime, converteu o julgamento em diligência, para o fim de determinar que o Estado de Israel, por intermédio de sua Missão Diplomática, o extraditando e a Procuradoria-Geral da República pronunciem-se, especificamente, até o dia 12-2-2009, sobre a existência, ou não, para efeitos extradicionais, de competência jurisdicional do Estado de Israel sobre fatos delituosos ocorridos em território alegadamente administrado pela Autoridade Nacional Palestina, cidade de "Beitar Illit". Território atualmente ocupado pelo Estado de Israel. O Tribunal também determinou, por votação unânime, que o Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty), até 12-2-2009, manifeste-se, por meio de sua Consultoria Jurídica, sobre a questão jurídica acima referida. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu proposta de liberdade provisória do extraditando e o pedido, feito da tribuna pelo advogado, de expedição de ofício para que o Estado de Israel apresente perícia sobre as condições físicas das crianças. Ausentes, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Eros Grau. Falou pelo extraditando o Dr. Arthur Lavigne. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

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

Brasília, 18 de dezembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RELATÓRIO
(Sobre diligências)

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Senhor Presidente, o caso é de pedido de extradição instrutória, com promessa de reciprocidade, ajuizada pelo Governo de Israel para a entrega do nacional israelense *Elior Noam Hen*. Cidadão que é acusado dos seguintes crimes: I) "Abuso de menor ou pessoa incapaz" (art. 368C); II) "Incitamento a abuso de menor" (art. 30); III) "Violência contra menor ou pessoa incapaz" (art. 368B, alíneas *a* e *b*); IV) "Incitamento a violência contra menor" (art. 30); e V) "Conspiração para cometer um crime" (art. 499).

2. Pois bem, na sessão plenária de 18-12-2008, dei pelo amplo atendimento aos requisitos formais do Estatuto do Estrangeiro para o deferimento parcial do pedido de extradição. É que esse pedido atende às condicionantes dos arts. 78 e 80 da Lei 6.815/1980, sem incorrer nas impropriedades do art. 77 do mesmo diploma, salvo, é claro, no tocante aos delitos de "Incitamento a abuso de menor" e de "Incitamento a violência contra menor", por ausência do requisito da dupla tipicidade.

3. Isso não obstante, o Plenário entendeu necessária a coleta de informações mais precisas a respeito de um ponto específico: a legitimidade do Estado

de Israel para o ajuizamento deste pedido de extradição. Isto porque parte das infrações penais arroladas no processo aconteceu na cidade de "Beitar Illit", território em que, segundo alegado pelo extraditando, o Estado de Israel não teria competência jurisdicional. Motivo pelo qual este nosso Tribunal Pleno requereu a manifestação do Governo requerente, do Ministério das Relações Exteriores, por meio da respectiva Consultoria Jurídica, do Ministério Público Federal, bem como da defesa técnica do extraditando. Tudo para saber se o Governo do Estado de Israel pode, ou não, ajuizar pedido de extradição de um nacional israelense, acusado de crimes supostamente cometidos em território da Cisjordânia. Território, como sabido, reivindicado pela Autoridade Nacional Palestina, mas ocupado pelo Estado de Israel. Para tanto, o Tribunal assinalou a data de 12-2-2009 como prazo máximo de entrega das informações requeridas.

4. Prossigo para anotar que as manifestações prestadas pelo Ministério das Relações Exteriores – por meio da respectiva Consultoria Jurídica –, pelo Ministério Público Federal e por parte do Governo de Israel são convergentes; isto é, afirmam assistir plena competência jurisdicional ao Estado de Israel para o ajuizamento deste pedido extradicional[23].

5. Já me encaminhando para o desfecho deste relato, anoto que a defesa técnica, embora regularmente intimada na sessão de 18-12-2008 quanto ao prazo máximo de manifestação – 12-2-2009 –, somente apresentou suas considerações no dia 20-3-2009[24]. Reproduzo os seus principais fundamentos (fl. 612):

> I – o Estado de Israel não possui competência jurisdicional para formular o pedido de extradição, pois a suposta prática dos crimes imputados **não se deu em território israelense**, não estando, portanto, atendida a condição prevista na primeira parte do art. 78, inciso I, da Lei 6.815/1980;
>
> II – o Acordo Interino Israelense-Palestino sobre a Cisjordânia e a Faixa de Gaza não possui mais vigência, não podendo ser considerado o regulador das atribuições de cada parte dentro dos territórios em conflito;
>
> III – o art. 64 da IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra estabelece que a legislação penal do território ocupado continuará em vigor, o que não é observado pelo Estado requerente quando afirma que possui competência jurisdicional para processar e julgar crimes cometidos no território da Cisjordânia;
>
> IV – a alegada competência reclamada pelo Estado de Israel para processar e julgar o extraditando também não subsiste na medida em que a Convenção dos Direitos da Criança não tipifica condutas criminosas nem prevê instrumentos legais de persecução criminal ou de cooperação internacional por crimes contra menores.

6. Daí o pedido defensivo pela integral rejeição do pleito extradicional, "seja por força da comprovada incompetência jurisdicional do Estado de Israel

---

[23] Deixo de reproduzir, um a um, os fundamentos adotados pelos referidos órgãos, devido a que já disponibilizados para todos os Ministros.

[24] Sendo certo que o Dr. Vinicius Theodoro Stoetzl (OAB 24.665) esteve em meu Gabinete no dia 17-2-2009, às 15h23, e extraiu todas as cópias necessárias à defesa do extraditando (conforme controle interno de atendimento processual).

para processar e julgar o extraditando por crimes cometidos em território **além de suas fronteiras**, seja por força da lei penal do Estado requerente não ser passível de aplicação aos crimes pelos quais a extradição é requerida" (fl. 619).

7. À derradeira, averbo que tanto o Estado de Israel quanto a defesa técnica do extraditando postulam, agora, e em nome do devido processo legal, autorização para que se proceda à respectiva sustentação oral. O que fazem pela consideração de que surgiram fatos novos, a ensejar uma outra oportunidade de sustentação oralizada.

É o relatório.

VOTO
(Sobre diligências)

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Feito esse ligeiro relato da causa, submeto ao Plenário, preliminarmente, o pedido de sustentação oral, formulado tanto pela defesa do extraditando quanto pelo Estado requerente. Pedido que se apoia na alegação de surgimento de fatos novos.

10. Pois bem, acato o requerimento de manifestação da tribuna, porém restrito ao tema da competência jurisdicional do Estado de Israel para este pleito de extradição, único ponto objeto das diligências deferidas pelo Plenário. Para esse fim exclusivo, portanto. É como resolvo a questão preliminar agora suscitada.

11. Passo a examinar, então, esse específico ponto da competência jurisdicional do Estado requerente para a propositura da extradição. Antes, porém, devo fazer duas considerações: a primeira é de que não há neste caso uma concorrência de pedidos extradicionais, ao contrário do precedente mencionado pelo Ministro Celso de Mello (Ext 272) no início deste julgamento. Noutras palavras: não há nenhum conflito de interesses entre Israel e a Autoridade Nacional Palestina que justifique um pronunciamento expresso deste nosso Plenário. Aqui, o nosso desafio é saber se um único Estado requerente (Estado de Israel) tem, ou não, legitimidade ativa para esta causa. A segunda observação a fazer é a de que o Estado requerente esclareceu, agora, que os mesmos crimes de que o extraditando é acusado também ocorreram em território indisputavelmente israelense[25].

12. Feitas estas breves anotações, retomo trecho do voto em que examinei a matéria específica da competência jurisdicional de Israel para a causa. Matéria que equacionei a partir da natureza mesma dos delitos supostamente cometidos pelo nacional israelense *Elior Noham Hem* (ora extraditando) e cuja base empírica (descrita no pedido original de extradição) tenho por necessário reproduzir, *verbis* (fls. 34/45):

---

[25] Trecho dos esclarecimentos prestados pelo Governo requerente: "(...) 20. Parte dos delitos foi cometida em um apartamento na Rua Diskin, na região ocidental de Jerusalém (...) 21. Uma parte adicional dos delitos foi cometida em uma escola religiosa em Sha'arei Yisrael St., também localizada em Jerusalém Ocidental (...) 22. Uma parte adicional dos delitos foi cometida por membros do Grupo de Hen na cidade Tiberias (...)" (fls. 498/499).

14. Durante o período de fevereiro e março de 2008, Hen e os membros do grupo, tanto no apartamento de Hen como no apartamento da mãe, sacudiram o Menor 1 e o Menor 2 com extrema força enquanto os seguravam pelas costas e pelos ombros ou pelas mãos e pernas de tal maneira que a cabeça era sacudida intensamente para frente e para trás. **Estes eventos ocorreram em mais de uma ocasião.**

15. Em 12 de março de 2008, Kugman entrou no quarto do Menor 2 no apartamento da mãe e enquanto o menor estava dormindo, Kugman o levantou e começou a espancá-lo intensamente usando suas mãos e punhos, atingindo a face e cabeça do Menor 2. Depois de algum tempo, o Menor 2 desmaiou nas mãos de Kugman. Kugman começou a reanimá-lo até a chegada da ambulância a casa. A equipe de emergência conseguiu reanimar o menor e o levaram ao hospital em condições críticas. Ele foi colocado em respiração artificial, **todavia não recuperou a consciência e se encontra em estado vegetativo**. **Kugman causou ao Menor 2 hematoma subdural e feridas na face. Como previamente mencionado, o menor se encontra inconsciente e sob sedativos.**

16. Durante o mês de fevereiro de 2008, os membros do grupo amarraram o Menor 1 a um aquecedor elétrico. O grupo o segurou contra o aquecedor e somente o liberou quando sua pele ficou queimada e começou a desprender-se. Depois de afastar o menor do aquecedor, o grupo passou a derramar álcool e sal sobre suas queimaduras. **Em direta consequência das ações acima mencionadas, o Menor 1 necessitou cirurgia de implante de pele em suas pernas, a qual foi realizada sob anestesia geral.**

17. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, enquanto se encontrava na casa de Hen, este bateu nas mãos do Menor 2 com um martelo de madeira, queimou os dedos do menor com um isqueiro e bateu na sua face. Ele, juntamente com os membros do grupo, então amarraram o Menor 2 com uma corda, o amordaçaram e selaram sua boca com fita vedante. **O Menor 2 foi então preso em uma mala de aproximadamente cinquenta centímetros de comprimento por um período indeterminado de tempo.**

18. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, **os membros do grupo prenderam o Menor 1 em uma mala por um período de três dias enquanto lhe permitiam sair da mala por curtos períodos de tempo.**

(...)

23. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo colocaram o Menor 1 sob o chuveiro e o seguraram embaixo de água fria (inverno em Israel). **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

(...)

27. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo espancaram o Menor 3 por haver contado a sua mãe do abuso que estava sofrendo da parte deles.

(...)

31. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo socaram o Menor 3 em sua face.

32. Durante o período entre fevereiro e março de 2008, os membros do grupo dobraram a força os dedos do Menor 3 causando-lhe dor. Como resultado disso, **o Menor 3 está incapacitado de dobrar completamente dois de seus dedos. Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

33. Durante o período entre Fevereiro e Março de 2008, os membros do grupo espancaram os Menores 1 e 2, usando um martelo de madeira e, também, um pau

de quarenta centímetros de comprimento, em várias partes do corpo incluindo a cabeça. **Estes acontecimentos ocorreram em mais de uma ocasião.**

13. Presente esta moldura, entendi que os gravíssimos fatos descritos no pedido formalizado pelo Governo de Israel se mostram passíveis de enquadramento em lei especial. Quero dizer: embora não tenha dúvida de que os acontecimentos imputados ao acusado configuram, em linha de princípio, crimes de lesões corporais gravíssimas (vide parecer médico de fl. 41)[26], maus-tratos e o delito do art. 243 da Lei 8.069/1990, o fato é que o conjunto das ações imputadas ao extraditando revela a prática de tortura.

14. Com efeito, colhe-se dos autos que o extraditando, na companhia de mais de quatro pessoas, é acusado de submeter oito crianças que se encontravam sob a sua autoridade a intenso sofrimento físico e mental. Intenso sofrimento que o Estado requerente chamou de "métodos de purificação" (dentre os quais: sacudir, espancar, amarrar, queimar várias partes do corpo, entre outros), com um deliberado propósito: infligir castigos aos referidos menores, devido a que supostamente "possuídos pelo demônio" (fl. 36). Castigo pelos quais o acusado pretendia reeducar as crianças, com a própria anuência da mãe, e que se amoldam, em tese, mais propriamente ao delito de tortura[27]. Delito descrito no inciso II do art. 1º da Lei 9.455/1997, a saber:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
> (...)
> II – **submeter alguém, sob sua** guarda, **poder** ou **autoridade, com emprego de violência** ou grave ameaça, **a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal** ou medida de caráter preventivo.
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

15. Se é assim, o tema da legitimidade do Estado de Israel para o ajuizamento deste pleito extradicional há de ser resolvido a partir da "**Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**", aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984. Documento que foi ratificado tanto pela República Federativa do Brasil (Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991) quanto pelo Estado de Israel,

---

[26] "(...) Como acima referido, *por efeito direto dos atos de abuso, 'o Menor 1 necessitou cirurgia de implante de pele em suas pernas, a qual foi feita sob anestesia geral (...) o Menor 2 sofre de hematoma subdural e feridas na sua face. O Menor 2 ainda se encontra inconsciente, sob sedativos e se encontra em estado vegetativo*.' (Fls. 41/42.)

[27] Colho trecho de artigo de Nilton João de Macedo Machado, Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina, apresentado no Seminário Nacional sobre "Eficácia da Lei da Tortura", promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça (endereço eletrônico: www.dhnet.org.br/denuncar/tortura/textos/nilton.html: "(...) Podemos concluir, portanto, que o crime de tortura tendo como vítima criança ou adolescente (aliás, qualquer pessoa) restará consumado se, *da violência ou grave ameaça, aplicadas como forma de castigo pessoal ou medida de caráter educativo, causar intenso sofrimento físico ou mental (...).*"

sem nenhuma ressalva que impeça o deferimento deste pedido de Extradição[28]. De tal documento, reproduzo as passagens que tenho como relevantes para a solução da controvérsia:

> *Artigo* 5º
>
> 1. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no Artigo 4º[29] nos seguintes casos:
>
> **a) quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição** ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão;
>
> **b) quando o suposto autor for nacional do Estado em questão;**
>
> **c) quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado**;
>
> (...)
>
> *Artigo* 8º
>
> (...)
>
> 4. **O crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados Partes, como se tivesse ocorrido não apenas no lugar em que ocorreu, mas também nos territórios dos Estados chamados a estabelecerem sua jurisdição, de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5º**.

16. Conforme visto, a própria natureza do crime de tortura já autoriza a flexibilização da regra geral de competência jurisdicional penal (o princípio da territorialidade da lei incriminadora). Regra segundo a qual "a cada Estado cabe decidir e aplicar as leis pertinentes aos acontecimentos dentro do seu território"[30]. Quero dizer: em matéria de delito de tortura, abre-se a oportunidade para que os Estados partes estabeleçam a sua própria jurisdição criminal, ainda que os delitos objeto de eventual pedido de extradição extrapolem os limites das respectivas fronteiras. Sendo assim, e a partir da simples leitura das alíneas *b* e *c* do 1º do Artigo 5º, combinado com o 4º do Artigo 8º da "Convenção contra a Tortura", basta a nacionalidade do autor (princípio da nacionalidade ativa) ou da suposta vítima (princípio da nacionalidade passiva) para que o Governo requerente possa, legitimamente, subscrever o pedido de extradição[31]. Isto, não me custa repetir, com apoio na regra da extraterritorialidade da lei criminal, expressamente autorizada pela referida Convenção. Regra, essa, que também encontro no art. 5º do nosso Código Penal, ao estabelecer que se aplica a lei penal brasi-

---

[28] Em consulta à página oficial da ONU na internet (http//treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx ?src=IND&id=128&chapter=4&lang=en), em 17-11-2008, colhe-se que as *únicas ressalvas* feitas pelo Estado de Israel ao documento ratificado se referem aos *Artigos 20, 28 e 30*.

[29] "Artigo 4º Cada Estado-membro assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo é de se aplicar à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura. 2. Cada Estado-membro punirá esses crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade."

[30] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 8. ed., p. 78.

[31] Sabido que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o princípio da "*territorialidade moderada, também dita temperada ou mitigada*, em razão de admitir, a um só tempo, as regras da territorialidade (arts. 8º e 9º da LICC) e da extraterritorialidade (arts. 7º, 10, 12, e 17 da LICC)" (*Direito Civil*: teoria geral. Cristiano Chaves de Faria. 3. ed. p. 69).

leira ao crime cometido no território nacional, "**sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional**"; e, mais especificamente, no art. 2º da Lei 9.455/1997, no sentido de que é de se aplicar sim a Lei de Tortura "ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira".[32]

17. Não é tudo. A possibilidade de aplicação da regra da extraterritorialidade da lei penal, autorizada pelo art. 14(a) do Direito Penal israelense[33] e pelo art. 7º do nosso Código Penal[34], não passou despercebida ao Estatuto do Estrangeiro. Refiro-me à parte final do inciso I do art. 78 da Lei 6.815/1980, *litteris*:

> Art. 78. São condições para concessão da extradição:
> I – ter sido o crime cometido no território do Estado requerente **ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado**;

18. No caso, tenho que todas as condicionantes de aplicabilidade do princípio da extraterritorialidade da lei penal foram plenamente demonstradas pelo Governo israelense; seja porque o extraditando é de nacionalidade israelense, seja porque de nacionalidade israelense são as vítimas aqui nominadas. Isto sem contar que os delitos imputados ao extraditando, conforme esclarecem as últimas informações prestadas pelo Estado requerente (fl. 498), também aconteceram em solo exclusivamente israelense. Motivo pelo qual não vejo como invalidar a legitimidade ativa de Israel neste processo.

19. Estas as razões pelas quais assentei a competência jurisdicional penal do Governo de Israel para a propositura do presente pedido de extradição, deferindo-o parcialmente. Noutros termos, a solução por mim sugerida no início do julgamento desta causa torna prescindível a discussão sobre eventuais implicações dos Acordos de Madrid e de Oslo, tal como sinalizou o Ministro Celso de Mello naquela oportunidade. É dizer: a incidência, no caso, da "**Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou**

---

[32] Solução semelhante foi acatada pelo Plenário, ao deferir a Ext 1.128 (Relator o Ministro Menezes Direito). Extradição que foi requerida pelo Governo da Alemanha para a extradição de nacional alemão acusado de tráfico internacional de drogas cometido tanto em solo alemão quanto em território estrangeiro. Oportunidade em que se adotou a Convenção das Nações Unidas sobre a prevenção ao tráfico ilícito de drogas, que também prevê a possibilidade da extraterritorialidade da lei incriminadora.

[33] "(...) *C. Israel também possui jurisdição para processar Hen de acordo com o art. 14(a) do Direito Penal que prevê que:* "As leis penais de Israel se aplicarão a delitos estrangeiros contra a vida, segurança física, saúde ou liberdade de um cidadão *israelense* ou de um residente israelense, para os quais a penalidade máxima seja de um ano ou mais de prisão (...)" (fl. 500).

[34] "*Art. 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (...) II – os crimes: (...) b) praticados por brasileiro;* (...)". Dispositivo que dá concretude ao postulado da extraterritorialidade condicionada. Isto é, a lei penal acompanha o cidadão onde quer que ele se encontre, desde que preenchidas certas condições. Leva-se em conta a nacionalidade do agente, ou seja, aplica-se a lei brasileira ao cidadão brasileiro que tenha sido autor de fato criminoso no estrangeiro (Comentário de Alberto Silva Franco e Rui Stoco. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. p. 88).

Degradantes", tem por consequência a adoção do postulado da extraterritorialidade da lei penal israelense. Postulado que dispensa, neste processo, qualquer discussão sobre o preenchimento, ou não, pela Autoridade Nacional Palestina, dos atributos necessários à configuração de um Estado soberano e, portanto, dotado de capacidade para ajuizar pedido de extradição.

20. Bem por isso é que não tenho como prestimosa à solução desta causa a tese suscitada pela defesa. Tese de ilegalidade da ocupação israelense na Palestina e o reconhecimento, pela Assembleia Geral da ONU, do "direito do povo palestino de se autodeterminar e de ver respeitada sua *soberania* sobre os territórios da Cisjordânia e da Faixa de Gaza (...)" (fl. 613). Não é disso que se cuida! Como de nenhum préstimo para este processo também é o Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 4.388/2002. Diploma focadamente destinado a coibir "os crimes de maior gravidade, **que afetam a comunidade internacional no seu conjunto**", tais como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão[35].

21. Acresce que o próprio conteúdo das informações prestadas pelo Ministério das Relações Exteriores, pelo Ministério Público Federal e pelo Estado requerente reforça a conclusão do voto inicialmente proferido. A começar pelos esclarecimentos adicionais, prestados pelo Estado de Israel, nos seguintes termos (fls. 494/499):

> 8. Já que entendemos que a questão específica levantada perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil refere-se ao direito de Israel de exercer a sua jurisdição criminal relativa a delitos cometidos na cidade de Beitar Illit, onde Hen residiu antes de sua fuga, trataremos inicialmente dessa questão e demonstraremos que Israel tem jurisdição criminal plena e exclusiva em relação a crimes cometidos, particularmente por cidadãos israelenses, naquela cidade. Entretanto, mesmo no início, e conforme será pormenorizado a seguir, **é importante observar que a parcela dos delitos pelos quais Hen é procurado foi cometida em outros lugares que não Beitar Illit, lugares esses localizados no próprio Estado de Israel e onde, presumivelmente, os advogados de Hen não contestam e nem poderiam contestar o direito de Israel de exercer sua jurisdição criminal**...
>
> (...)
>
> 9. A cidade de Beitar Illit foi fundada na área de Judea e Samaria na Cisjordânia, em 1985, pelo Governo do Estado de Israel, em conformidade com as decisões governamentais (de 22-8-1982, 11-4-1990 e 25-1-1995). A maioria dos residentes de Beitar Illit, totalizando aproximadamente 35.000 pessoas, são e foram desde o início **cidadãos do Estado de Israel**. A municipalidade de Beitar Illit recebe um orçamento anual do Ministério do Interior israelense, assim como ocorre com outras municipalidades no Estado de Israel...
>
> 10. Em 28 de setembro de 1995, como parte do processo de paz dos acordos de Oslo, o Estado de Israel firmou um Acordo Provisório com a Organização para

---

[35] "Artigo 5º Crimes da Competência do Tribunal. 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, *que afetam a comunidade internacional no seu conjunto.* Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão;"

Libertação da Palestina relativo aos acordos provisórios para a autogestão palestina nos territórios da Cisjordânia e de Gaza antes de um ansiado acordo de paz final. O Acordo Provisório foi assinado em Washington D.C. por Yitzhak Rabin, o Primeiro Ministro de Israel, e por Yasser Arafat, o Presidente da OLP. O acordo (doravante designado **"Acordo Provisório"**) foi também testemunhado e assinado por altos representantes dos Estados Unidos da América, da Federação Russa, da União Europeia, da República Árabe do Egito, do Reino Hashemita da Jordânia e do Reino da Noruega.

(...)

12. Desde então, o Acordo Provisório nunca foi repudiado por Israel ou pela Autoridade Palestina que foi estabelecida de acordo com aquele Acordo Provisório. Suas disposições, na medida em que elas são capazes de implementação, continuam a ser reconhecidas como válidas pelas partes e pela comunidade internacional.

13. Especificamente, o Acordo Provisório designou três áreas nos territórios da Cisjordânia como "A", "B" e "C". "A" e "B" foram definidos como a Autoridade Palestina (ou o Conselho Palestino), onde a Autoridade deveria exercer jurisdição geral ou parcial. A área "C", que inclui a área onde Beitar Illit está localizada, é designada como uma área **na qual Israel possui jurisdição exclusiva em questões legais, administrativas e relativas à segurança.**

14. Além disso, o Acordo Provisório trata especificamente da questão da Jurisdição Criminal no Anexo IV do Acordo Provisório ("Protocolo Relativo a Questões Legais") (a seção sobre Jurisdição Criminal no Apenso IV encontra-se incluída neste instrumento como **anexo "C"**). O Artigo 1 daquele Apenso é intitulado "Jurisdição Criminal", sendo que a Cláusula 2 daquele Artigo prevê especificamente que, com relação a todo o território, inclusive a Cisjordânia:

"Israel possui jurisdição criminal exclusiva sobre os seguintes delitos: (...) (b) Delitos cometidos no Território por israelenses."

Em outras palavras, o Acordo Provisório reconhece que Israel possui jurisdição exclusiva para processar cidadãos de Israel que cometeram delitos criminais em qualquer lugar no território da Cisjordânia. Israel claramente possui essa jurisdição sobre crimes praticados por israelenses em Beitar Illit, que é parte da Área "C", uma área na qual Israel, em qualquer caso, está autorizado, segundo o Acordo Provisório, a exercer plena jurisdição legal e administrativa.

(...)

16. Deve-se enfatizar que o Estado de Israel, ao longo dos anos, julgou inúmeros réus israelenses que cometeram delitos nas áreas acima mencionadas, inclusive Beitar Illit. Somente nos últimos seis anos, **370 denúncias foram apresentadas em Israel contra residentes de Beitar Illit por delitos cometidos em Beitar Illit,** e em diversos casos, os réus foram condenados e sentenciados à prisão. Portanto, não há nada excepcional ou pouco usual na instauração de processo de Hen e de seus cúmplices em um tribunal israelense no caso presente.

17. Como resultado dos fatos acima mencionados, não há dúvida de que Israel possui jurisdição exclusiva para processar Hen, um cidadão e residente de Israel, pelos atos cometidos em Beitar Illit, atos esses que constituem delitos criminais de acordo com o Direito Penal israelense. A reivindicação de que Israel não possui jurisdição para processar Hen não é apenas falsa, mas também cria uma situação absurda, na qual nenhuma autoridade judicial processaria Hen pelos terríveis atos pelos quais sua extradição está sendo pedida.

(...)

> 19. Conforme já observado, parcelas significativas dos delitos pelos quais Hen é procurado ocorreram dentro das próprias fronteiras internacionais de Israel (ou seja, dentro da assim chamada "linha verde"), áreas em que não há questionamento quanto a fazerem parte de Israel. Portanto, esse caso envolve atos criminais que constituem um **Delito Nacional** conforme definido no Artigo 7 (a)(1) da Lei Penal de Israel. Consequentemente, de acordo com a Lei Penal de Israel, Hen pode ser processado por aqueles delitos, inclusive pelas parcelas dos delitos que teriam ocorrido fora de Israel.
>
> 20. Parte dos delitos foi cometida em um apartamento na Rua Diskin, na região ocidental de Jerusalém (doravante designado "**apartamento Diskin**") (...)
>
> (...)
>
> 21. Uma parte adicional dos delitos foi cometida em uma escola religiosa em Sha'arei Yisrael St., também localizada em Jerusalém Ocidental (...)
>
> 22. Uma parte adicional dos delitos foi cometida por membros do grupo de Hen na cidade Tiberias (...)
>
> (...)
>
> 24. Portanto, esse caso constitui uma sequência contínua de delitos, sendo que uma parcela substancial desses delitos ocorreu em diferentes áreas do próprio Estado de Israel – áreas com relação às quais não há qualquer argumento contra a jurisdição.

22. Não bastasse essa explícita confirmação da parte requerente, no sentido de que o extraditando cometeu, em solo exclusivamente israelense, os mesmos crimes descritos no pedido inicial[36], é de se anotar o parecer técnico da Consultoria Jurídica do MRE, encaminhado pelo Ministro das Relações Exteriores, Celso Amorim. Parecer segundo o qual "O Poder Judiciário de Israel possui competência para julgar fatos delituosos ocorridos em território alegadamente administrado pela Autoridade Nacional Palestina, cidade de 'Beitar Illit'". Opinamento que também dificultaria acatar a alegada falta de vigência do Acordo Provisório firmado entre o Estado de Israel e a Autoridade Nacional Palestina, como parte do Processo de Paz no Oriente Médio (também conhecido como "Tratado de Oslo II" ou "Acordo Interino"). Leio as passagens que me parecem particularmente esclarecedoras deste ponto específico da irresignação (fls. 561/566):

> 10. É de bom alvitre ressaltar que o Departamento Jurídico do Ministério dos Negócios Estrangeiros de Israel, em comunicação à Embaixada do Brasil em Tel Aviv, datada de 6 de fevereiro de 2009, afirmou que **o Acordo Provisório assinado entre o Estado de Israel e a Autoridade Nacional Palestina permanece em vigor e está sendo aplicado em todos os casos em que o delito é cometido por cidadão israelense contra outro cidadão israelense**, **casos em que não persiste qualquer dúvida quanto a competência jurídica do Estado israelense.**
>
> (...)
>
> 16. Pelo exposto, em resposta à consulta formulada pelo Supremo Tribunal Federal, a Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, diante da documentação que consta nos autos do Processo de Extradição 1.122, bem como nas

[36] Fato, esse, que já se entremostrava da leitura do pedido originário de extradição (fls. 34 e seguintes).

informações prestadas pelo Estado de Israel e pelo próprio Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil, conclui que:

a) o Acordo Provisório assinado entre o Estado de Israel e a Organização para Libertação da Palestina, em vigor para ambas as Partes, determina em seu Anexo IV, artigo 1º, parágrafo 2º, que com relação a todo o território, inclusive a Cisjordânia, Israel possui jurisdição criminal exclusiva sobre os delitos cometidos no Território por israelense;

b) o Poder Judiciário de Israel possui competência para julgar fatos delituosos ocorridos na área "C" do Acordo Provisório, que inclui a área onde Beitar Illit está localizada, haja vista se tratar de uma área na qual Israel possui jurisdição exclusiva em questões legais, administrativas e relativas à segurança;

c) as informações prestadas pelo Estado de Israel gozam da presunção *juris tantum* de autenticidade e de veracidade;

23. Por tudo quanto posto, mantenho integralmente o voto proferido na sessão de 18-12-2008, para deferir, em parte, o pedido de extradição. O que faço para que *Elior Noam Hen* responda perante as autoridades judiciárias israelenses quanto aos crimes de "Violência a menor ou pessoa incapaz", "Abuso a menor ou pessoa incapaz" e de "Conspiração para cometer um crime". Logo, indefiro o pedido quanto aos delitos de "Incitamento a Violência a menor ou pessoa incapaz" e "Incitamento a abuso de menor ou pessoa incapaz", por ausência de tipicidade[37].

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a questão alusiva ao local em que cometidos os crimes, a meu ver, não ganha importância maior, porque, em primeiro lugar, o extraditando está submetido às leis do Estado requerente e, segundo, não há pedido simultâneo de país outro que teria jurisdição no local das práticas delituosas.

Se formos à lei específica de regência da extradição, veremos que, até em consonância com o disposto no nosso Código Penal sobre a territorialidade, contempla a situação concreta em que, no caso, o país requerente não tenha jurisdição no espaço em que cometido o crime.

Vem-nos do art. 78 da Lei 6.815/1980:

Art. 78. São condições para concessão da extradição:

I – ter sido o crime cometido [primeira premissa] no território do Estado requerente ou [aqui temos a disjuntiva] serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado;

---

[37] Os crimes israelenses de "Incitamento" correspondem, no Brasil, à agravante do art. 62 do Código Penal. Pelo que o pedido se ressente, no ponto, do requisito indispensável da dupla tipicidade incriminadora, tal como descrito no voto original (§ 13 e § 14).

Então, mesmo que haja o envolvimento, no pedido, de crime cometido em outro Estado, tem-se a possibilidade de deferir-se a extradição. O extraditando está submetido à legislação do Estado requerente.

A dificuldade somente ocorre – e a própria lei define o impasse – quando existem pedidos concorrentes. E, aí, há, no art. 79, a solução:

> Art. 79. Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, [não é o caso] pelo mesmo fato, terá preferência [quer dizer o outro Estado pode requerer] o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida.

Então, não há o óbice alusivo à circunstância de alguns crimes terem sido cometidos em território ocupado pelo Estado israelense. E não há, repito, porque não estamos a nos defrontar com pedidos antagônicos de Estados diversos.

Acompanho o Relator, deferindo parcialmente, nos termos do voto de Sua Excelência, o pleito formulado.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Também acompanho** o eminente Ministro Relator, Senhor Presidente. **Reconheço**, com apoio no princípio da nacionalidade (ativa **e** passiva) – **que pode justificar**, até mesmo, **a possibilidade de aplicação extraterritorial** da lei penal –, que o Estado de Israel **possui** jurisdição sobre os fatos delituosos objeto **desta** extradição instrutória.

Legítima, portanto, **a instauração** da persecução penal que foi aberta, no caso, **perante** o Tribunal de Magistrados da cidade de Jerusalém.

Se analisado, no entanto, **o tema** da jurisdição **sob a perspectiva** das cláusulas **estabelecidas** no *Acordo Provisório* **celebrado** em Washington, D.C., **também reconheço achar-se** o Estado de Israel **investido** de jurisdição penal sobre os delitos **referidos** em seu pleito extradicional.

É que o exercício da jurisdição penal em questão **legitima-se**, no caso ora em exame, **como direta consequência** do que se acha contemplado **no Anexo IV** do mencionado *Acordo Provisório.*

De qualquer maneira, Senhor Presidente, **e independentemente da perspectiva** de análise da postulação extradicional em questão – **seja** aplicando-se o princípio da nacionalidade, **seja** fazendo-se incidir o postulado da territorialidade –, **o fato incontestável é um só**: a jurisdição penal sobre os crimes atribuídos ao ora extraditando **pertence**, **unicamente**, **ao Estado de Israel**, afastada, em consequência, **por inocorrente**, a possibilidade de reconhecimento, na espécie, de *concurso de jurisdição* **entre** as autoridades israelenses **e** aquelas vinculadas à Autoridade Nacional Palestina.

Assim, com estas breves considerações, **também defiro**, em parte, o pedido de extradição, **pois a outra** conduta **atribuída** ao ora extraditando **não satisfaz**, como o demonstrou o eminente Relator, o postulado da dupla incriminação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sua Excelência está indeferindo porque não haveria a simetria?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sim, em face das razões expostas no douto voto do eminente Relator.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu também acompanho o Relator, deferindo, em parte, com base na extraterritorialidade da lei penal, à luz do art. 14 do Código Penal israelense e do art. 7º, II, *b*, do Código Penal brasileiro.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.122/Estado de Israel — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Governo de Israel (Advogado: João Batista Lira Rodrigues Júnior). Extraditando: Elior Noam Hen ou Eliyahu Abu Hazera (Advogados: Fernando Maffei Dardis, Daniel Garson, Noel Ricardo Maffei Dardis).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal admitiu sustentação oral dos advogados restrita tão só ao objeto da diligência. Em seguida, por unanimidade, deferiu parcialmente o pedido de extradição, tão só quanto aos crimes de violência a menor ou pessoa incapaz, abuso a menor ou pessoa incapaz e de conspiração para cometer um crime, indeferindo quanto aos crimes de incitamento a violência a menor ou pessoa incapaz e incitamento a abuso de menor ou pessoa incapaz, tudo nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Menezes Direito, licenciado, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Falou, pelo requerente, o Dr. João Batista Lira Rodrigues Júnior e, pelo extraditando, a Dra. Fernanda Silva Telles. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

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

Brasília, 21 de maio de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.156 — SP

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo — Réu: Ministério Público Federal — Interessado: Odélcio Fernandes de Souza

Ministério Público. Conflito negativo de atribuições. Ação civil de reparação de dano ao erário. Improbidade administrativa. Desvio de recursos do Fundef. Inexistência de complementação de verbas federais e de interesse da União. Feito da atribuição do Ministério Público estadual. Conflito conhecido e acolhido, para esse fim. É atribuição do Ministério Público estadual atuar em ação de reparação de dano ao erário, por improbidade administrativa concernente a desvio de recursos do Fundef, quando não tenha havido complementação de verbas federais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em reconhecer a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau e, licenciado, o Ministro Menezes Direito.

Brasília, 1º de julho de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de conflito negativo de atribuições, autuado como ação cível originária e suscitado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Ministério Público Federal, para ajuizamento de ação civil de reparação de dano ao erário por improbidade administrativa, contra ex-prefeito municipal de Mirassol/SP, na gestão de recursos oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF).

A Promotoria de Justiça de Mirassol/SP instaurou o Inquérito Civil 59/1999, com o objetivo de investigar a existência de "saldo a menor na conta Fundef – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério –, no valor de R$ 135.802,23" (fl. 11), durante o período do mandato do ex-prefeito daquele Município (1º-5-1998 a 31-12-2000). Por entender que tanto a ação penal como a ação civil de reparação de dano por improbidade administrativa, envolvendo recursos do Fundef, são de competência da Justiça Federal, determinou o encaminhamento dos autos à Procuradoria Regional da República de São José do Rio Preto/SP.

Esta, por sua vez, arquivou o inquérito civil, por prescrição quinquenal, no que tange aos atos de improbidade administrativa, e, quanto à ação de ressarcimento, entendeu que a competência não seria da Justiça Federal, "vez que inexistiu, nos períodos acima elencados (1998, 1999 e 2000), o repasse de verbas públicas federais ao Município de Mirassol/SP" (fls. 11/16). Assim, remeteu os autos ao Ministério Público estadual para prosseguimento quanto à indenização.

A Promotoria de Justiça de Mirassol/SP suscitou, perante esta Corte, conflito negativo de atribuições, aduzindo que, suposto não tenha havido "repasse de verbas federais do Fundef ao Município de Mirassol, a competência para o processo e julgamento não se transfere para a justiça estadual, conforme já decidido na ACO 911-1/2010" (fls. 6/7), porquanto há "interesse da União em garantir a qualidade universal do ensino público fundamental" (fl. 8).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se (fls. 36/44) pela atribuição do Ministério Público estadual para a propositura da ação civil de reparação de dano ao erário, "sem prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União" (fl. 44).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. Trata-se de conflito negativo de atribuições, entre os membros do Ministério Público Federal e do Ministério Público de São Paulo, que dissentem acerca do órgão que deva propor ação civil de reparação de dano ao erário, por improbidade administrativa, contra ex-prefeito municipal de Mirassol/SP.

2. Competente esta Corte.

Toca originariamente ao Supremo Tribunal Federal decidir conflito de atribuições entre Ministério Público estadual e Ministério Público Federal (cf. **Pet 3.631**, *DJ* de 17-12-2007; da **ACO 853**, *DJ* de 27-4-2007, ambas de minha relatoria; e **Pet 3.528**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 3-3-2006).

Conheço, assim, do conflito, e passo-lhe à análise do mérito.

3. O caso é de atribuição do Ministério Público estadual.

Em atenção aos arts. 208 e 212 da Constituição da República, foi instituído pela Emenda Constitucional 14/1996 e regulamentado pela Lei 9.424/1996 o Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF). Posteriormente, a Lei 11.494/2007 substituiu o Fundef pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

Da interpretação do art. 1º, § 1º e do art. 6º, ambos da Lei 9.424/1996, conclui-se que os recursos do Fundef provinham de diversas fontes do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios. Complementação de verbas federais

somente ocorreria, se o valor por aluno não atingisse o mínimo definido nacionalmente.

A Procuradoria-Geral da República afirma que, mediante ofício, o Ministério da Educação lhe informou que não houve complementação de verbas federais nos recursos do Fundef destinados ao Estado de São Paulo, no período do mandato do ex-prefeito municipal de Mirassol/SP, investigado no Inquérito Civil 59/1999 (fl. 15).

Não há, portanto, interesse da União em ação civil de reparação de dano ao erário por improbidade administrativa, uma vez que, como não houve complementação de verbas federais nos recursos do Fundef, eventual ressarcimento não reverterá a seus cofres. A atribuição para atuar no respectivo feito é, pois, da Promotoria de Justiça de Mirassol/SP.

4. Ante o exposto, conheço do conflito e acolho-o, para declarar a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo, a que deverão ser remetidos os autos.

EXTRATO DA ATA

ACO 1.156/SP — Relator: Ministro Cezar Peluso. Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo. Réu: Ministério Público Federal. Interessado: Odélcio Fernandes de Souza.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau e, licenciado, o Ministro Menezes Direito. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procuradora-Geral da República interina, Dra. Déborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 1º de julho de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.575 — SP

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Governador do Estado de São Paulo — Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

Energia nuclear. Competência legislativa da União. Art. 22, XXVI, da Constituição Federal.

É inconstitucional norma estadual que dispõe sobre atividades relacionadas ao setor nuclear no âmbito regional, por violação da competência da União para legislar sobre atividades nucleares, na qual se inclui a competência para fiscalizar a execução dessas atividades e legislar sobre a referida fiscalização.

Ação direta julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ayres Britto.

Brasília, 7 de abril de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo contra a Lei estadual paulista 6.263, de 13-12-1988, que estabelece medidas de polícia sanitária para o setor de energia nuclear no território do Estado.

É este o teor da lei atacada:

> Art. 1º A pesquisa e demais atividades relacionadas com setor nuclear, no Estado de São Paulo, devem, em suas aplicações, assegurar a saúde, o bem-estar, a segurança da população e a preservação do meio ambiente.
>
> Parágrafo único. O cumprimento do disposto no *caput* deste artigo será fiscalizado por um Conselho Estadual composto por representação multidisciplinar, inclusive da comunidade tecnológica e científica.
>
> Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 60 (sessenta) dias.
>
> Art. 3º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

O requerente alega violação da competência da União para legislar sobre as atividades do setor nuclear, prevista no art. 21, XXIII, *a*, *b* e *c*, e no art. 22, XII, XXVI e parágrafo único, da Constituição Federal. Aponta, ainda, ofensa ao disposto nos arts. 49, XIV; 177, V, § 2º; e 225, § 6º, da Carta Magna.

Nas informações, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo ratifica a constitucionalidade da lei atacada, com base nos arts. 23, II, VI e XI, e 24, VI e XII, da Constituição de 1988. Afirma que o Decreto-Lei 1.809/1980 já previa a participação de órgãos estaduais e municipais no programa nuclear brasileiro.

A Advocacia-Geral da União, na manifestação de fls. 38-45, sustenta a falta de interesse de agir do Governador, na medida em que a lei, embora promulgada em 1988, não foi regulamentada por três governos sucessivos. Afirma, ainda, que a lei impugnada obedece a princípios genéricos da Constituição Federal referentes à saúde e ao bem-estar coletivos, bem como à proteção ao meio ambiente, consagrados no art. 225. Por fim, argumenta que a competência exclusiva da União para legislar sobre energia nuclear não afasta a fiscalização dessas atividades pelos Estados.

O Procurador-Geral da República, no parecer de fls. 73-76, manifesta-se pela procedência do pedido formulado na ação direta, por afronta à competência da União para legislar sobre atividade nuclear e suas consequências.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, a norma estadual impugnada determina que "a pesquisa e demais atividades relacionadas com o setor nuclear no Estado de São Paulo devem, em suas aplicações, assegurar a saúde, o bem-estar, a segurança da população e a preservação do meio-ambiente". Dispõe, ainda, que o seu cumprimento será fiscalizado por um conselho estadual, ainda a ser criado.

Inicialmente, é importante ressaltar que a lei atacada tem nítido caráter de proteção da comunidade, tanto no que concerne à população como no que tange ao meio ambiente. Trata-se de norma elaborada com o intuito de impedir eventual exercício irregular ou perigoso de atividades nucleares que possam vir a causar danos à sociedade. Noto que houve preocupação do legislador estadual com a realização da pesquisa e outras atividades relacionadas com o setor nuclear no Estado de São Paulo.

Contudo, não obstante a justa preocupação do legislador estadual, o fato é que a Constituição de 1988 determina expressamente, no art. 22, XXVI, que compete privativamente à União legislar sobre atividades nucleares de qualquer natureza.

Compete, ainda, à União, nos termos do art. 21, XXIII, da Constituição, "explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os princípios e condições que estabelece".

A Constituição também determina que constituem monopólio da União "a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização

e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal" (art. 177, V, com a redação dada pela EC 49/2006).

Como se vê, toda a atividade nuclear desenvolvida no País, com exceção dos radioisótopos (art. 177, V, da Constituição), está exclusivamente centralizada na União, cabendo a esta a criação de normas, a execução da pesquisa, a lavra e a produção de minérios nucleares, entre outros, bem como a fiscalização da atividade que ela própria executa.

Assim, a norma estadual que dispõe sobre as atividades relacionadas com o setor nuclear do Estado de São Paulo efetivamente invade a competência da União para legislar sobre atividades nucleares, na qual se inclui a competência para fiscalizar a execução dessas atividades e legislar sobre tal fiscalização.

Do exposto, julgo procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 6.263/1988 do Estado de São Paulo.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, peço vênia ao Relator para, no caso, admitir a autonomia normativa do Estado.

Não se tem, no dispositivo atacado, a disciplina em si da pesquisa ou da atividade no campo nuclear. O preceito versa sobre a saúde, a preservação do meio ambiente, a segurança da população. Nesse campo, a meu ver, a competência é concorrente da União e dos Estados.

Peço vênia para julgar improcedente o pedido formulado.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também voto nessa mesma linha.

Estou conferindo, aqui, os textos constitucionais e também chego à conclusão de que a lei impugnada não está dispondo propriamente sobre energia elétrica, não está legislando sobre essa matéria. Está preservando, no Estado de São Paulo, a saúde, o bem-estar, a segurança da população e a preservação do meio ambiente.

Acompanho a dissidência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, com a devida vênia do Relator e dos que o acompanham.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A norma é praticamente programática, muito embora nesse campo, sensível. Tanto é sensível que a Constituição Federal

previu a legitimação concorrente para a ação visando à proteção à saúde, ao meio ambiente, considerada certa atividade que, de início, sabemos pode ser muito nefasta, tendo em conta os bens protegidos.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, eu não tenho como saber ainda, mas havia, inclusive, um Decreto 2.210/1997, que estabelecia expressamente que, no campo do sistema de proteção ao programa nuclear, conferia competências específicas à União para segurança e saúde, proteção ao meio ambiente nos casos exatamente desta matéria.

Então, apesar de eu, realmente, achar que segurança, saúde, bem-estar são competências que estão no campo da legislação que podem ser exercidas conjuntamente, parece-me que, neste caso, isso foi atraído para a União, razão pela qual acompanho o Relator, com as vênias da dissidência.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também peço vênia à divergência para acompanhar integralmente o eminente Relator, porque a questão da energia nuclear constitui verdadeiramente uma política de Estado, com repercussão no campo da estratégia militar e também da política exterior.

Então a matéria está afeta direta e exclusivamente à União.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, eu também, porque, com o devido respeito, os termos amplos da lei estadual permitem que, a título de assegurar a saúde, o bem-estar, a segurança e a preservação do meio ambiente, o Estado interfira em todas essas atividades que são de iniciativa exclusiva da União. Noutras palavras, podem estabelecer restrições ao exercício dessas atividades por mera interpretação contrária à da União, sob pretexto de que pode comprometer a saúde etc., o que pode criar área de conflitos extremamente graves.

Então, com o devido respeito, acompanho inteiramente o Relator.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.575/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerente: Governador do Estado de São Paulo (Advogado: Márcio Sotelo Felippe). Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello

e Ayres Britto. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

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

Brasília, 7 de abril de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIOLIDADE 1.759 — SC

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina — Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Ação direta de inconstitucionalidade contra o inciso V do § 3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação dada pela EC 14, promulgada em 10 de novembro de 1997. Vinculação, por dotação orçamentária, de parte da receita corrente do Estado a programas de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento. Inconstitucionalidade. Afronta à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo em tema de diretrizes orçamentárias. Precedentes. Violação ao art. 167, IV, da Constituição. Precedentes. Ação julgada procedente.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 14 de abril de 2010 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Cuidam os autos de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina contra o inciso V do § 3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com redação dada pela EC 14, promulgada em 10 de novembro de 1997.

Eis o teor do dispositivo normativo impugnado:

> Art. 120. O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais serão estabelecidos em leis de iniciativa do Poder Executivo.
>
> (...)
>
> § 3º A lei de diretrizes orçamentárias:
>
> (...)
>
> V – destinará, obrigatoriamente, 10% (dez por cento) da receita corrente do Estado, através de dotação orçamentária, aos programas de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento.

O Governador de Santa Catarina alega que:

a) a norma atacada fere o princípio da separação de Poderes (art. 2º da CF);

b) há afronta ao art. 165, § 2º, por vício de competência (visto que a iniciativa é do Poder Executivo) e por tratar de matéria que não é prevista como própria de lei orçamentária;

c) a emenda constitucional não poderá ter por objeto a proposta tendente a abolir a separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III);

d) há afronta ao art. 61, § 1º, II, *b*, da Constituição Federal.

A Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em informações prestadas às fls. 27-34, sustenta que o limite existente ao poder de emenda à Constituição não foi ultrapassado, pois, ao invés de estabelecer uma suposta alteração à lei de diretrizes orçamentárias, apenas estabeleceu um novo critério a ser adotado por aquela lei.

Em acórdão de fls. 63-75, esta Corte deferiu o pedido de medida cautelar para suspender, até a decisão final, a vigência do dispositivo impugnado. Esta é a ementa do referido acórdão:

> *Ementa*: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Inciso V do § 3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com redação dada pela EC 14. Alegação de afronta aos arts. 2º; 61, § 1º, II, *b*; 165, § 2º; 166, § 3º, I, e § 4º; e 167, IV, da Constituição Federal. 3. Competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais. Precedentes: ADI 103 e ADI 550. 4. Relevantes os fundamentos da inicial e conveniente a suspensão da vigência da norma impugnada. 5. Medida liminar deferida, para suspender, até decisão final da ação direta, a vigência do inciso V do § 3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, na redação dada pela EC 14, de 10-11-1997.

A Advocacia-Geral da União, em manifestação de fls. 80-83, pronunciou-se pela confirmação da decisão proferida em sede de cautelar.

O parecer da Procuradoria-Geral da República, fls. 86-89, é pela procedência da ação. O Procurador-Geral da República sustenta que o inciso V do § 3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina infringiu dispositivos constitucionais, por usurpar competência privativa do Poder Executivo. Sustenta também que não é possível vincular receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as exceções do art. 167, IV, da CF.

É o relatório, do qual a Secretaria distribuirá cópia aos demais Ministros desta Corte.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): A norma impugnada (inciso V do § 3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com redação dada pela EC 14, de 1997) determina a vinculação, por dotação orçamentária específica, de parte da receita corrente do Estado a programas de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento.

No julgamento da medida cautelar, o Tribunal entendeu que, por se tratar de emenda à Constituição estadual, de cujo processo legislativo não participou o Governador do Estado, existe inconstitucionalidade por afronta à iniciativa do chefe do Poder Executivo em tema de diretrizes orçamentárias.

Entendeu o Tribunal, ainda, que há violação ao art. 167, IV, da Constituição, o qual proíbe a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvados os casos nele especificados. Assim dispõe a Lei Maior, em seu art. 167, IV:

> Art. 167. São vedados:
> (...)
> IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º; 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19-12-2003).

O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República manifestaram-se no sentido da necessidade de manutenção do entendimento adotado pelo Tribunal no julgamento da medida cautelar.

Sobre a matéria em análise, esta Corte já decidiu, na ADI 103, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 8-9-1995:

> *Ementa*: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 134 da Constituição do Estado de Rondônia. Vinculação de receita de impostos (inciso IV do art. 167 da Constituição Federal). 1. Estabelece o art. 134 da Constituição do Estado de Rondônia: "As diretrizes orçamentárias do Estado obedecerão ao disposto no art. 165 da Constituição Federal, contendo ainda dispositivos que garantam aplicações e investimentos através de convênios com os Municípios de, no mínimo, vinte por cento dos recursos nestes arrecadados e que caibam ao Estado, excluindo-se o destinado a educação e a saúde". 2. As expressões grifadas (em negrito) incidem em inconstitucionalidade formal, porque permitem a destinação de verba orçamentária, sem iniciativa do chefe do Poder Executivo estadual e que, ademais, e privativa (art. 61, § 1º, II, *b*, c/c arts. 25 e 11, todos da Constituição Federal). 3. Incidem, igualmente, em inconstitucionalidade material, pois vinculam receita tributária, em hipótese não enquadrada nas ressalvas contidas no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, ofendendo, assim, a norma proibitiva que nele se contém. 4. Ação direta julgada procedente, em parte, declarando o STF a inconstitucionalidade das referidas expressões.

Nesse mesmo sentido, ressalto outros precedentes desta Corte, assim ementados:

> *Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. EC 7/1997 de Rondônia, que inseriu novo § 1º no art. 241 da Constituição estadual. Vinculação de receitas de*

impostos. Alegada contrariedade ao art. 167 da Carta da República. Não se enquadrando entre as exceções previstas no texto constitucional, a vinculação de receitas operada pela norma rondoniense impugnada viola o inciso IV do mencionado artigo da Constituição Federal. Ação julgada procedente.
(ADI 1.848/RO, Rel. Min. Ilmar Galvão, unanimidade, *DJ* de 25-10-2002.)

Ementa: Constitucional. Lei complementar do Distrito Federal que cria o programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de incentivo fiscal às pessoas jurídicas contribuintes dos impostos ISS, IPTU e IPVA. O STF não exerce o controle abstrato de normas do Distrito Federal no exercício da competência municipal. É vedada a vinculação da receita arrecadável de imposto a fundo ou despesa, salvo nas hipóteses previstas no art. 167, IV, da Lei Maior.
(ADI 1.750-MC/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, unanimidade, *DJ* de 14-6-2002.)

Conforme proferido no voto do Ministro Néri da Silveira, Relator desta ação direta de inconstitucionalidade quando da concessão da liminar, "não é possível estipular em emenda constitucional estadual regra que subtrai ao Poder Executivo competência privativa que a Lei Maior lhe assegura" (fl. 73).

Ante o exposto, mantendo o entendimento adotado pelo Tribunal no julgamento da medida liminar (de 12-3-1998), voto pela declaração de inconstitucionalidade do inciso V do § 3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação dada pela EC 14, de 10-11-1997.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.759/SC — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina (Advogados: Genir José Destri e outra). Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), julgou procedente a ação direta. Ausentes o Ministro Cezar Peluso, representando o Tribunal no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Criminal, em Salvador/BA, e o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

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

Brasília, 14 de abril de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.924 — DF

Relator: O Sr. Ministro Néri da Silveira

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (art. 38, IV, *b*, do RISTF)

Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI — Requerido: Presidente da República

Constitucional. Tributário. Contribuição destinada ao custeio dos serviços sociais e de formação profissional vinculados ao sistema sindical ("Sistema S"). Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária (RECOOP). Criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP). Alegada violação dos arts. 146, III, 149, 213 e 240 da Constituição.

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. MP 1.715/1998 e reedições (MP 1.715-1/1998, 1.715-2/1998 e 1.715-3/1998). Arts. 7º, 8º e 11.

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada contra os arts. 7º, 8º, 9º e 11 da MP 1.715/1998 e reedições, que autorizam a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP), preveem as respectivas fontes de custeio e determinam a substituição de contribuições da mesma espécie e destinadas a serviços sociais (SENAI, SESI, SENAC, SESC, SENAT, SEST, SENAR) pela contribuição destinada a custear o Sescoop.

2. Alegada violação formal, por inobservância da reserva de lei complementar para instituir os tributos previstos no art. 149 da Constituição. Ausência de *fumus boni juris*, seja porque, à primeira vista, não se trata de tributo novo, seja em razão da distinção entre a reserva de lei complementar para instituição de determinados tributos e a reserva de lei complementar para dispor sobre normas gerais em matéria tributária (art. 146 da Constituição).

3. Alegada violação do art. 240 da Constituição, na medida em que somente as contribuições destinadas ao custeio dos serviços sociais e de formação profissional vinculados ao sistema sindical recebidas pela Constituição de 1988 teriam sido ressalvadas do regime tributário das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social. Contrariedade causada, ainda, pela alegada impossibilidade de modificação de tais tributos, por supressão ou substituição. Ausência de *fumus boni juris*, dado que o tributo, em primeiro exame, não se caracteriza como contribuição nova.

Ausência do *fumus boni juris* quanto à extensão do art. 240 da Constituição como instrumento apto a conferir imutabilidade às contribuições destinadas a custear os serviços sociais.

4. Ausência do *fumus boni juris* em relação à previsão de destinação específica de recursos públicos somente às escolas públicas, comunitárias, confessionais e filantrópicas (art. 213 da Constituição) porque, em primeiro exame, a norma constitucional se refere à destinação de verba pública auferida por meio da cobrança de impostos.

Medida cautelar indeferida.

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 indeferir a cautelar, nos termos do voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Cezar Peluso, que deferia a cautelar apenas em relação ao art. 9º da MP 1.715/1998, e o Ministro Marco Aurélio, que a deferia integralmente.

Brasília, 20 de maio de 2009 — Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão (art. 38, IV, *b*, do RISTF).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Néri da Silveira: A Confederação Nacional da Indústria aforou ação direta de inconstitucionalidade dos arts. 7º a 9º e 11 da MP 1.715, de 3-9-1998, reeditada sob os números 1.715-1, em 3-10-1998; 1.715-2, em 29-10-1998; 1.715-3, em 28-11-1998 "e das reedições que se seguirem".

A MP 1.715/1998 dispõe sobre o Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária (RECOOP), autoriza a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP), e dá outras providências. Dispõem os arts. 7º a 9º e 11 do diploma impugnado:

> Art. 7º Fica autorizada a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP, com personalidade jurídica de direito privado, sem prejuízo da fiscalização da aplicação de seus recursos pelo Tribunal de Contas da União, com o objetivo de organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados.
>
> Parágrafo único. Para o desenvolvimento de suas atividades, o Sescoop contará com centros próprios ou atuará sob a forma de cooperação com órgãos públicos ou privados.
>
> Art. 8º O Sescoop será dirigido por um Conselho Nacional, com a seguinte composição:

I – um representante do Ministério do Trabalho;

II – um representante do Ministério da Previdência e Assistência Social;

III – um representante do Ministério da Fazenda;

IV – um representante do Ministério do Planejamento e Orçamento;

V – um representante do Ministério da Agricultura e do Abastecimento;

VI – cinco representantes da Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB, aí incluído o seu Presidente;

VII – um representante dos trabalhadores em sociedades cooperativas.

§ 1º O Sescoop será presidido pelo Presidente da OCB.

§ 2º Poderão ser criados conselhos regionais, na forma que vier a ser estabelecida no regimento do Sescoop.

Art. 9º Constituem receitas do Sescoop:

I – contribuição mensal compulsória, a ser recolhida, a partir de 1º de janeiro de 1999, pela Previdência Social, de dois vírgula cinco por cento sobre o montante da remuneração paga a todos os empregados pelas cooperativas;

II – doações e legados;

III – subvenções voluntárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

IV – rendas oriundas de prestação de serviços, da alienação ou da locação de seus bens;

V – receitas operacionais;

VI – penas pecuniárias.

§ 1º A contribuição referida no inciso I deste artigo será recolhida pela Previdência Social, aplicando-se-lhe as mesmas condições, prazos, sanções e privilégios, inclusive no que se refere à cobrança judicial, aplicáveis às contribuições para a Seguridade Social, sendo o seu produto posto à disposição do Sescoop.

§ 2º A referida contribuição é instituída em substituição às contribuições, de mesma espécie, recolhidas pelas cooperativas e destinadas ao:

I – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI;

II – Serviço Social de Indústria – SESI;

III – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC;

IV – Serviço Social do Comércio – SESC;

V – Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT;

VI – Serviço Social do Transporte – SEST;

VII – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR.

§ 3º A partir de 1º de janeiro de 1999, as cooperativas ficam desobrigadas de recolhimento de contribuições às entidades mencionadas no § 2º, excetuadas aquelas de competência até o mês de dezembro de 1998 e os respectivos encargos, multas e juros.

(...)

Art. 11. A organização e o funcionamento do Sescoop constarão de regimento, que será aprovado em ato do Poder Executivo.

Na inicial, alega-se que a medida provisória em foco ofende "o art. 149 em conjugação com o art. 146, III, da Lei Maior", ao exigirem "que a instituição das contribuições no primeiro previstas seja antecedida de lei complementar que defina o novo tributo, formalidade essencial não observada na criação da novel exação (a contribuição ao Sescoop)" (fl. 5). Sustenta-se, também, violação ao art. 240 da Constituição, "que ressalvou dos princípios constitucionais da

Seguridade Social e do Sistema Tributário apenas as já existentes contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários destinadas às entidades privadas de serviço social e da formação profissional vinculadas ao sistema sindical" (fl. 5). E acrescenta a autora (fl. 5): "**10**. Ao criar contribuição social compulsória sobre as folhas de pagamento em benefício de pessoa jurídica de direito privado ainda não constituída, que deverá ter como um dos seus objetivos 'o ensino de formação profissional', os dispositivos impugnados violaram ainda mais o artigo 213 da Constituição Federal que reserva a destinação dos recursos públicos às escolas públicas, ressalvadas as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que comprovem finalidade não lucrativa, apliquem seus excedentes financeiros em educação e assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades".

Discorrendo sobre a ofensa ao art. 149 da Constituição, a inicial sustenta (fls. 8/9):

> **19**. O art. 5º da Lei 5.764/71, que define o regime jurídico das cooperativas, dispõe que "as sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço".
>
> **20**. Conforme noticia **Waldirio Bulgarelli** ("Regime Tributário das Cooperativas", Saraiva, São Paulo, 1974, págs. 80 e ss.), há muitos anos já se definiu, tanto no âmbito do Ministério do Trabalho, quanto no da Justiça do Trabalho, que cooperativa não é categoria econômica e cooperado não é categoria profissional, mas integram as categorias correspondentes às atividades que exercem.
>
> **21**. Chama a atenção, no artigo 7º da Medida Provisória em exame, que o objetivo proposto para o Sescoop não é apenas a prestação de serviços em benefício de trabalhadores, como ocorre com as entidades de serviço social e de formação profissional vinculadas às confederações patronais, mas a prestação desses serviços em benefício "do trabalhador em cooperativa e dos cooperados".
>
> **22**. Ora, os cooperados, associados às cooperativas, não são necessariamente pessoas físicas necessitadas de assistência social e de educação profissional, mas, com frequência, empresas urbanas e rurais que se associam com fins econômicos e que não podem ser tornadas beneficiárias de serviços e de recursos destinados pela Constituição a serem aplicados exclusivamente em políticas públicas.

De referência à vulneração ao art. 240 da Lei Maior, a autora aduz (fls. 9/10):

> **23**. Justamente por causa da vinculação que a Constituição impôs no artigo 149 à destinação pública das contribuições parafiscais, é que se fez necessário fazer constar expressamente no artigo 8º e no artigo 240 a preservação das contribuições para o custeio das entidades sindicais e das entidades privadas de assistência social e formação profissional criadas e administradas pelas entidades sindicais patronais, que são o Senai, o Sesi, o Senac, o Sesc, o Senat, o Sest e o Senar (quanto ao Senai e ao Sesi, que prestam serviços de interesse do segmento industrial, representado por esta Confederação, as contribuições resguardadas pelo art. 240 da CF são aquelas previstas no Decreto-Lei 4.048, de 22-1-42 c/c Decreto-Lei 6.246, de 5-2-44, no

caso do Senai, e Decreto-Lei 9.403, de 25-6-46 c/c Lei 5.107, de 13-9-66, no caso do Sesi).

24. As contribuições devidas às entidades de assistência social e formação profissional foram mantidas pela Constituição e sua substituição pela nova contribuição destinada ao Sescoop violenta o artigo 240 da Lei Maior, em cuja vigência não podem ser elas suprimidas ou substituídas por outra com finalidade diversa, ademais destinada a entidade que sequer está vinculada ao sistema sindical, já que, conforme demonstrado, o cooperativismo não constitui qualquer espécie de categoria econômica ou profissional, não existindo, nem podendo existir qualquer entidade sindical que congregue as cooperativas, pela falta de homogeneidade das atividades por elas exercidas e consequente dissimilitude das condições de vida das pessoas ou grupos que adotam essa modalidade de organização do seu trabalho ou da sua atividade.

25. A Medida Provisória ora impugnada ofende duplamente o artigo 240 da Carta Magna, porque suprime contribuições expressamente por ele mantidas e porque cria, em seu lugar, contribuição que, a pretexto de substituir aquelas, tem destinação inteiramente incompatível com a manutenção das entidades de formação profissional e assistência social por ele protegidas.

Sustentando ofensa ao art. 213 da Lei Magna, a suplicante assere (fls. 10/11):

27. A contribuição compulsória instituída pela Medida Provisória ora impugnada é indiscutivelmente uma receita pública, oriunda do poder impositivo inerente ao Estado soberano.

28. Conforme lição de **Sacha Calmon Navarro Coelho** (Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, 2ª ed., 1990, pág. 164), as contribuições parafiscais "são ontológica e sistematicamente tributos, apenas afetados a finalidades específicas".

29. Como receitas públicas, os recursos oriundos da contribuição ora criada somente podem ser destinados a escolas públicas, como tal entendidas as escolas das pessoas jurídicas de Direito Público ou dos entes da administração indireta.

30. Excepcionalmente, permite a Constituição que recursos públicos sejam aplicados em entidades educacionais privadas, desde que sejam comunitárias, confessionais ou filantrópicas.

31. Ainda que se dê às palavras da Constituição – escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas – o sentido abrangente de entidades de finalidade não lucrativa, como quer **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (*ob*. e *loc*. *cits*.), exige a Constituição que a entidade beneficiaria preencha certas condições que evidentemente o SESCOOP não satisfaz, porque sequer constituído, a saber: comprovação de finalidade não lucrativa e aplicação de seus excedentes financeiros em educação; garantia de destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

32. Poder-se-ia contra-argumentar que somente depois da constituição do Sescoop é que se poderá examinar se preenche ou não as condições exigidas pelo artigo 213 da Constituição e que, assim, ainda inexistiria, por enquanto, evidência de ofensa à Lei Maior.

33. Entretanto, uma das condições que a Constituição exige para tornar-se destinatária de recursos públicos, desde logo já existe a certeza de que o Sescoop não preencherá, qual seja, a de aplicar seus excedentes financeiros em educação.

> **34**. Ora, a finalidade múltipla da entidade projetada no artigo 7º da Medida Provisória – ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados – torna inquestionável que os seus excedentes financeiros, receitas oriundas da contribuição compulsória ou de quaisquer outras fontes, não serão aplicadas, exclusivamente em educação, mas em todos os seus heterogêneos objetivos, alguns deles, como a promoção social dos cooperados, inteiramente dissociados de qualquer caráter pedagógico ou educacional.

Tendo, desse modo, como indicada a relevância dos fundamentos da inicial, acrescenta a autora que ocorre *periculum in mora* a justificar a cautelar pleiteada, *in verbis* (fls. 12/13):

> **36**. É manifesto o *periculum in mora*, representado pela iminente perda de receita que sofrerão a partir do próximo dia 1º de janeiro o Senai, o Sesi, o Senac, o Sesc, o Senat, o Sest e o Senar, bem como pela multiplicidade de litígios que a flagrante inconstitucionalidade da Medida Provisória desencadeará, envolvendo essas entidades, a nova que se pretende criar, a Previdência Social, a quem compete arrecadar as contribuições daquelas e a quem incumbirá arrecadar a nova contribuição, e as próprias empresas industriais, comerciais, de transportes e agrícolas, que seguramente questionarão o recolhimento em favor da nova entidade.
>
> **37**. Além disso, a entrada em vigor em 1º de janeiro do novo sistema constituirá rude golpe nas receitas de entidades organizadas e eficientes, cuja finalidade específica é a assistência social e a formação profissional de trabalhadores, que serão atingidos "com a redução da assistência e dos serviços que por elas lhes são prestados, justamente em momento tão difícil da vida do País, envolto em preocupante crise econômica e social.
>
> **38**. Por fim, se declarada afinal a inconstitucionalidade da Medida Provisória, depois de recolhidos e comprometidos pela nova entidade os recursos que não lhe pertencem, dificilmente serão eles devolvidos às suas legítimas titulares, com prejuízos irreparáveis, não somente para estas, mas certamente para aquela e para todos aqueles que com ela tiverem celebrado qualquer tipo de contrato, inclusive os empregados que vier a admitir. Além do dano irreparável, estará" comprometida a eficácia da decisão final nesta ação.

Requisitei, preliminarmente, informações, com urgência, ainda não prestadas. Sobreveio, entretanto, a Ordem de Serviço 200, de 7-1-1999, do MPAS, dispondo sobre a contribuição mensal compulsória a ser recolhida pelas cooperativas ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP), a partir de janeiro de 1999, com base na MP 1.715, de 3-9-1998, e suas reedições.

Em face dessa disciplina, insiste a autora no imediato exame da cautelar requerida.

Diante disso, submeto, desde logo, o pleito de liminar ao Plenário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): A MP 1.715/1998 dispôs no art. 7º sobre a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo

(SESCOOP), com personalidade jurídica de direito privado, sem prejuízo da fiscalização da aplicação de seus recursos pelo Tribunal de Contas da União, com o objetivo de organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados. Está, ainda, no parágrafo único do art. 7º aludido, que o Sescoop contará com centros próprios ou atuará sob a forma de cooperação com órgãos públicos ou privados.

No que concerne à receita do Sescoop, a medida provisória estipulou, em seu art. 9º, além de outras, indicadas nos itens II a VI, a "contribuição mensal compulsória, a ser recolhida, a partir de 1º de janeiro de 1999, pela Previdência Social, de dois vírgula cinco por cento sobre o montante da remuneração paga a todos os empregados pelas cooperativas". Essa contribuição, conforme o § 1º do referido art. 9º, deve ser recolhida pela Previdência Social, aplicando-se-lhe as mesmas condições, prazos, sanções e privilégios, inclusive no que se refere à cobrança judicial, aplicáveis às contribuições para a Seguridade Social, sendo o seu produto posto à disposição do Sescoop.

De referência a essa contribuição, o § 2º do art. 9º do diploma impugnado estipulou que ela "é instituída em substituição às contribuições de mesma espécie, recolhidas pelas cooperativas e destinadas ao Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senat, Sest e Senar". Preceituou, ainda, o § 3º do art. 9º da medida provisória, que, a partir de 1º-1-1999, "as cooperativas ficam desobrigadas de recolhimento de contribuições às entidades mencionadas no § 2º, excetuadas aquelas de competência até o mês de dezembro de 1998 e os respectivos encargos, multas e juros".

Estabeleceu, ainda, a medida provisória atacada, em seu art. 10:

> Art. 10. O Poder Executivo, no prazo de até cento e oitenta dias, estabelecerá condições para:
>
> I – desenvolver sistemas de monitoramento, supervisão, auditoria e controle da aplicação de recursos públicos no sistema cooperativo;
>
> II – avaliar o modelo de sistema cooperativo brasileiro, formulando medidas tendentes ao seu aperfeiçoamento.

Desse modo, a MP 1.715-3, de 27-11-1998, dispôs sobre o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP), com vistas ao ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados. Em decorrência disso ficam as cooperativas desobrigadas de recolhimento de contribuições ao Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senat, Sest e Senar, a partir de janeiro de 1999, devendo passar a contribuir, para o Sescoop, à base de 2,5% sobre o montante da remuneração por elas paga a todos os empregados.

Dessa maneira, ao invés de prosseguir sendo recolhida, às entidades parafiscais antes mencionadas, ou seja, entidades privadas de serviço social e de formação profissional, a contribuição mensal compulsória de 2,5%, sobre o montante da remuneração paga, a todos os empregados de cooperativas, desde janeiro de 1999, terá destinação ao Sescoop.

Sustenta-se, em face disso, que a medida provisória fere os arts. 149, 146, III, e 240, da Constituição Federal, *verbis*:

> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico, de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições.
>
> Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.
>
> Art. 146. Cabe à lei complementar:
>
> (...)
>
> III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
>
> a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
>
> b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
>
> c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Por primeiro, a só criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo, com as finalidades pretendidas na medida provisória impugnada, arts. 7º, 8º e 11, não atenta, em princípio, contra as normas constitucionais tidas como vulneradas. A tanto não se faz mister lei complementar nem constitui óbice o art. 240 da Constituição.

Cumpre destacar o exame do art. 9º da MP 1.715/1998, quando dispõe, em seus incisos I a VI, acerca das receitas do Sescoop.

As estipulações dos incisos II a VI não são impugnadas: doações e legados, subvenções voluntárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, rendas oriundas de prestação de serviços, da alienação ou locação de seus bens, receitas operacionais e penas pecuniárias. Sustenta a inicial, porém, que o inciso I do art. 9º fere os arts. 149, 146, III, 240 e 213, da Constituição, na medida em que cria, sem lei complementar, contribuição social nova, não sendo possível transferir ao Sescoop a contribuição compulsória de 2,5% dos empregadores sobre a folha de salários dos trabalhadores em cooperativa, destinada às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, tal como sucede com o Senai, Sesi e demais entidades vinculadas à Confederação Nacional da Indústria, ora autora.

Não compreendo, entretanto, em exame inicial, que se cuide de contribuição social nova a prevista no art. 9º, I, da MP 1.715, mas, sim, de transferência de destinatário da contribuição de 2,5% sobre a folha de salários de empregados de cooperativas.

De fato, pretendendo-se, na medida provisória em apreço, dispor sobre o Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária

(RECOOP), consoante decorre dos arts. 1º a 6º da MP 1.715, criou-se Serviço Especial à realização desse objetivo para "organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados (art. 7º). Dessa maneira, os trabalhadores em cooperativas, no País, passam a ter, segundo o diploma e serviço criado, a assistência no que concerne a ensino de formação profissional pelo Sescoop, cuja organização e funcionamento estarão disciplinados em regimento próprio. Retiram-se, pois, os trabalhadores de cooperativas do âmbito de assistência do Senai, Sesi e entidades similares referidas no § 2º do art. 9º acima transcrito, cabendo a realização dos serviços respectivos, no plano do ensino de formação profissional ao novo Serviço (Sescoop) especializado com as finalidades de revitalização do cooperativismo.

O § 2º do art. 9º da MP 1.715 torna explícito que a contribuição referida no inciso I substitui as contribuições da mesma espécie, recolhidas pelas cooperativas e destinadas ao Senai, Sesi e demais entidades arroladas no referido § 2º.

A contribuição em foco está prevista no art. 240 em favor de entidades privadas de serviço social e de formação profissional já existentes, à época, tais como Senai, Sesi e outras da mesma natureza. A norma posta entre as Disposições Constitucionais Gerais não veda, entretanto, a criação de outras entidades com idênticos objetivos, tal como sucede com o Sescoop. As contribuições compulsórias então existentes, em favor de entidades privadas de serviço social e formação profissional, foram assim ressalvadas. Não tenho, em consequência, como decorrente do art. 240 da Constituição, comando impeditivo de criação de outras entidades com objetivos semelhantes aos do Senai, Sesi e outros, que vêm, em realidade, prestando excelentes serviços no âmbito de suas atividades. No caso, pretende-se dar ao setor de cooperativas, no País, especial assistência, criando-se, para isso, entidade nova. Não considero, neste juízo de cautelar, como relevantes as alegações que conduzem à inviabilidade de se retirarem os trabalhadores de cooperativas do âmbito de assistência das entidades previstas no § 2º do art. 9º da MP 1.715/1998. Também não empresto relevo significativo à alegação de que o Sescoop não está expressamente vinculado ao sistema sindical, inexistindo entidade sindical confederativa a representá-lo. De um lado, nada impede sua integração ao sistema sindical, logo passe a ter regular funcionamento. De outra parte, não há descaracterizar o Sescoop como entidade de serviço social e formação profissional, *ut* art. 240 da Constituição, destinado especificamente ao âmbito do cooperativismo, beneficiando os trabalhadores dessa área cuja revitalização se pretende, em todo o território nacional, na linha do Programa previsto na MP 1.715.

Do exposto, limitado o exame da matéria ao juízo de cautelar, não tenho aqui por caracterizados os pressupostos a seu deferimento. No que concerne ao *periculum in mora*, se porventura reconhecida, por fim, a invalidade das medidas previstas na MP 1.715, não há perigo de dano irreparável às entidades representadas pela autora.

Assim sendo, indefiro a liminar.

VOTO
(Medida liminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, antecipo meu voto, na forma regimental, e o faço tendo presente a urgência da medida acauteladora.

Estamos diante de uma hipótese concreta em que um certo sistema vigorou, até a vinda à balha de medida provisória, por sinal reeditada, durante 56 anos, e aí, em penada única, de forma efêmera e precária – porquanto a medida provisória ainda passará pelo crivo do Congresso Nacional –, transferiram-se receitas, transferiram-se valores destinados constitucionalmente, ante o disposto no art. 240 da Constituição Federal, a serviços vinculados ao sistema sindical, a uma certa cooperativa, a um certo serviço criado *a latere*, à margem do sistema sindical.

Ora, devo sopesar os riscos em jogo, e para mim o risco maior está em manter a plena eficácia do dispositivo da medida provisória, dispositivo que, neste primeiro exame, conflita com a norma do art. 240 da Constituição Federal, segundo a qual:

> Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social – que foram criadas por lei e são administradas pelas confederações – e de formação profissional vinculadas – por lei – ao sistema sindical.

Peço, então, para antecipar meu voto, compreendendo a urgência, em si, do pedido formulado pela requerente.

Suspendo a eficácia da medida provisória, tal como requerida na inicial.

Tenho sustentado a impossibilidade de se versar, em medida provisória, temas que não se apresentam com urgência e relevância potencializadas, como é o caso dos autos, e também tenho sustentado a impossibilidade, diante do disposto no art. 62 da Carta da República, de reeditar-se, a mais não poder, a medida provisória.

Por isso, suspendo-a na totalidade.

É o meu voto.

VOTO
(Medida liminar)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, peço vênia para antecipar meu voto. Não sei se terei a honra de pertencer a este Tribunal, pelo andar da carruagem, quando continuar o julgamento.

Por isso, peço vênia para acompanhar, em parte, o voto do Ministro Marco Aurélio e suspender o art. 9º.

Não creio que o pedido de vista possa ser usado, à moda da obstrução parlamentar, como solução para divergências como a que se põe aqui.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, prefiro ficar com a solução dada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, entendendo que a medida provisória, na parte relativa à impugnação, não se compatibiliza com o sistema sindical nacional, em face da ofensa ao art. 240 da Lei Maior.

Acompanho, portanto, Sua Excelência, deferindo a cautelar para suspender o art. 9º da MP 1.715/1998.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.924-MC/DF — Relator: Ministro Néri da Silveira. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI (Advogados: Cassio Augusto Muniz Borges e outros). Requerido: Presidente da República.

Decisão: Depois do voto do Ministro Néri da Silveira (Relator), que indeferia o pedido, e dos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence, que o deferiam, em parte, para suspender apenas o art. 9º da MP 1.715/1998, e do voto do Ministro Marco Aurélio, que acolhia integralmente o pedido de medida cautelar, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Ministro Ilmar Galvão. Plenário, 11-2-1999.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15-12-2003. Presidência do Ministro Maurício Corrêa.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 28 de abril de 2004 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nelson Jobim:

I – A MP 1.715/1998.

A *Confederação Nacional da Indústria* (CNI) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra os arts. 7º, 8º, 9º e 11[1] da MP 1.715, de 3-9-1998, reeditada inúmeras vezes.

---

[1] *MP 1.715/1998:*

"*Art. 7º* Fica autorizada a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – Sescoop, com personalidade jurídica de direito privado, sem prejuízo da fiscalização da aplicação de seus recursos pelo Tribunal de Contas da União, com o objetivo de organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados.

A MP 1.715/1998, para implementar o *Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária* (RECOOP), dispõe sobre a criação do *Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo* (SESCOOP).

A Sescoop (art. 7º) é entidade de personalidade jurídica de direito privado encarregada de:

> (...) organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados.

Parágrafo único. Para o desenvolvimento de suas atividades, o SESCOOP contará com centros próprios ou atuará sob a forma de cooperação com órgãos públicos ou privados."

"*Art. 8º* O Sescoop será dirigido por um Conselho Nacional, com a seguinte composição:

I – um representante do Ministério do Trabalho;

II – um representante do Ministério da Previdência e Assistência Social;

III – um representante do Ministério da Fazenda;

IV – um representante do Ministério do Planejamento e Orçamento;

V – um representante do Ministério da Agricultura e do Abastecimento;

VI – cinco representantes da Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB, aí incluído o seu Presidente;

VII – um representante dos trabalhadores em sociedades cooperativas.

§ 1º O Sescoop será presidido pelo Presidente da OCB.

§ 2º Poderão ser criados conselhos regionais, na forma que vier a ser estabelecida no regimento do SESCOOP."

"*Art. 9º* Constituem receitas do Sescoop:

I – contribuição mensal compulsória, a ser recolhida, a partir de 1º de janeiro de 1999, pela Previdência Social, de dois vírgula cinco por cento sobre o montante da remuneração paga a todos os empregados pelas cooperativas;

II – doações e legados;

III – subvenções voluntárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

IV – rendas oriundas de prestação de serviços, da alienação ou da locação de seus bens;

V – receitas operacionais;

VI – penas pecuniárias.

§ 1º A contribuição referida no inciso I deste artigo será recolhida pela Previdência Social, aplicando-se-lhe as mesmas condições, prazos, sanções e privilégios, inclusive no que se refere à cobrança judicial, aplicáveis às contribuições para a Seguridade Social, sendo o seu produto posto à disposição do Sescoop.

2º A referida contribuição é instituída em substituição às contribuições, de mesma espécie, recolhidas pelas cooperativas e destinadas ao:

I – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI;

II – Serviço Social da Indústria – SESI;

III – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC;

IV – Serviço Social do Comércio – SESC;

V – Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT;

VI – Serviço Social do Transporte – SEST;

VII – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR.

§ 3º A partir de 1º de janeiro de 1999, as cooperativas ficam desobrigadas de recolhimento de contribuições às entidades mencionadas no § 2º, excetuadas aquelas de competência até o mês de dezembro de 1998 e os respectivos encargos, multas e juros."

"*Art. 11.* A organização e o funcionamento do Sescoop constará de regimento, que será aprovado em ato do Poder Executivo."

O art. 8º estabelece a composição de seu *Conselho Nacional* com representantes dos *Ministérios* e da *Organização das Cooperativas Brasileiras*.

O art. 9º, I, estabelece que a receita da nova entidade será:

> (...) contribuição mensal compulsória, a ser recolhida a partir de 1º de janeiro de 1999, pela Previdência Social, de dois vírgula cinco por cento sobre o montante da remuneração paga a todos os empregados pelas cooperativas.

A contribuição de que trata o art. 9º, I, substitui as contribuições da mesma espécie recolhidas pelas cooperativas destinadas ao Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senat, Sest e Senar (art. 9º, § 2º).

Tais entidades de assistência social e formação profissional são administradas pela *Confederação Nacional da Indústria* (CNI), *Confederação Nacional do Comércio* (CNC), *Confederação Nacional dos Transportes* (CNT) e *Confederação Nacional da Agricultura* (CNA).

Já o § 3º do art. 9º desobriga expressamente as cooperativas de, a partir de 1º-1-1999, recolherem as contribuições do Senai, Sesi, Senac, Senat, Sest e Senar.

Por fim, o art. 11 fixa que a organização e o funcionamento da Sescoop serão disciplinados em regimento interno a ser aprovado pelo Poder Executivo.

II – Alegações de inconstitucionalidade.

A CNI indica quatro argumentos para sustentar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

(a) A media provisória teria criado contribuição por meio de lei ordinária, em violação aos arts. 149 e 146, inciso III, *a*[2], da Constituição, que exigiriam para tanta lei complementar.

Sustenta:

> 7. A primeira inconstitucionalidade que ressalta da Medida Provisória ora impugnada é a violação do artigo 149 em conjugação com o art. 146-III da Lei Maior, que exigem que a instituição das contribuições no primeiro previstas seja antecedida de lei complementar que defina o novo tributo, formalidade essencial não observada na criação novel exação (a contribuição ao Sescoop).
> (p. 5.)

---

[2] *CF/88:*
"Art. 146. Cabe à lei complementar:
(...)
III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;"

(b) a contribuição do Sescoop viola o art. 149 da CF[3], uma vez que cria contribuição parafiscal fora da Seguridade Social que não se presta como instrumento de atuação da União nas áreas de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas.

Leio da inicial:

> 18. (...) a contribuição aqui impugnada não satisfaz a nenhum desses requisitos: não visa a acudir às necessidades dos sistemas oficiais de previdência e assistência, porque é destinada à fruição de uma entidade privada, que não integrará qualquer um desses sistemas oficiais; não se destina a financiar políticas públicas de intervenção no domínio econômico ou social, porque essas políticas são desenvolvidas por órgãos públicos, e não por entidades privadas; não são de interesse de qualquer categoria econômica ou profissional, simplesmente porque o cooperativismo não constitui categoria específica, sendo modalidade de organização de atividades de qualquer espécie.
> (p. 8.)

(c) a medida provisória viola o art. 240 da CF[4], pois suprime as contribuições expressamente previstas nesse dispositivo, além de substituí-la por outra contribuição que tem objetivo diverso.

Leio da inicial:

> 25. A Medida Provisória ora impugnada ofende duplamente o artigo 240 da Carta Magna, porque suprime contribuições expressamente por ele mantidas e porque cria, em seu lugar, contribuição que, a pretexto de substituir aquelas, tem destinação inteiramente incompatível com a manutenção das entidades de formação profissional e assistência social por ele protegidas.
> (p. 10.)

(d) a medida provisória violaria também o art. 213 da CF, uma vez que a contribuição criada seria receita pública que, nos termos do artigo constitucional, somente poderia aplicada às escolas públicas e a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas.

Está na inicial:

> 29. Como receitas públicas, os recursos oriundos da contribuição ora criada somente podem ser destinadas a escolas públicas, como tal entendidas as escolas das pessoas jurídicas de Direito Público ou dos entes da administração indireta.

---

[3] *CF/88:*
"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo."

[4] *CF/88:*
"Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical."

> 30. Excepcionalmente, permite a Constituição que recursos públicos sejam aplicados em entidades educacionais privadas, desde que sejam comunitárias, confessionais ou filantrópicas.
> (p. 11.)

III – Os votos já proferidos.

O Relator, *Néri da Silveira*, votou no sentido de indeferir o pedido da ação direta de inconstitucionalidade.

Já *Maurício Corrêa* e *Sepúlveda Pertence* deferiram em parte o pedido para suspender apenas o art. 9º da MP 1.715/1998.

Marco Aurélio votou para acolher integralmente o pedido cautelar.

Pedi vista para melhor exame da matéria.

IV – Voto-vista.

A *autora* levanta quatro argumentos para sustentar a inconstitucionalidade de artigos da MP 1.715/1998.

Examino um por um.

1. Inconstitucionalidade formal.

A CNI sustenta que a contribuição da Sescoop somente poderia ter sido criada por meio de lei complementar.

A contribuição disciplinada no art. 9º, I, da MP 1.715/1998 é claramente espécie de contribuição social ao lado das contribuições para seguridade social, o salário-educação e mesmo as demais contribuições próprias do chamado *Sistema "S"* (organizações sociais autônomas).

Sendo assim, sua *sede* constitucional está no art. 195 e seus incisos.

Ocorre que as contribuições do art. 195 da CF (contribuições sociais) não exigem lei complementar para serem instituídas.

O art. 146, III, *a*, da CF, expressamente estabelece que caberá à lei complementar a definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos **impostos** tratados na Constituição.

Com base nessa leitura, torna-se indubitável que somente a competência residual em matéria de contribuições da seguridade social é que exigiria lei complementar.

Isso porque o art. 195, § 4º, da Constituição fixa que:

> (...) a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

Na mesma linha, estabelece o art. 154, I, que:

> (...) A União poderá instituir:
> I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.

Essa interpretação foi assentada pelo *Supremo* no julgamento do RE 138.284 (*Velloso*, *DJ* de 28-8-1992).

Leio na ementa:

> A contribuição da Lei 7.689, de 15-12-1988, é uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do § 4º do mesmo art. 195, é que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União (CF, art. 195, § 4º; CF, art. 154, I). Posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (CF, art. 146, III, *a*).

O mesmo entendimento foi aplicado no RE 146.733 (*Moreira Alves*, *DJ* de 6-11-1992) e na ADC 1 (*Moreira Alves*, *DJ* de 16-6-1995).

Portanto, o primeiro argumento levantado não procede.

Em outras palavras, a MP 1.715/1998, reeditada até se chegar à MP 2.168-40/2001, constitui instrumento legislativo idôneo para instituir a contribuição para a Sescoop.

2. A destinação dos recursos à entidade privada e não como "instrumento de atuação do Estado".

O argumento trazido pela CNI também não prospera.

A Sescoop não é entidade privada de natureza pura como quer fazer crer a autora.

Em realidade, a personalidade jurídica de direito privado da Sescoop apenas demonstra a clara natureza híbrida do regime a que está vinculada.

Pelo próprio texto da MP 1.715/1998, a Sescoop é obrigada a prestar contas ao *Tribunal de Contas da União* – típico elemento do regime de direito público –, além de ter em seu *Conselho Nacional* a representação de membros do poder público, tal como explicitado no art. 8º.

É de se notar que se fazem representar no *Conselho Nacional* os *Ministérios do Trabalho, da Previdência e Assistência Social, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e da Agricultura e do Abastecimento.*

Trata-se de entidade criada por lei e não por acordo entre sócios ou associados ou ainda cooperados, o que releva mais um traço claro do regime tipicamente público.

Finalmente, seu objeto de atuação é claramente assistencial e de natureza pública com ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativas.

Em outras palavras, trata-se de entidade de natureza público, muito embora de personalidade jurídica de direito privado (tal como ocorre com as empresas públicas que também têm personalidade de direito privado, muito embora sejam controladas e financiadas integralmente pelo poder público).

A arrecadação é feita dentro do regime público – Previdência Social – e somente a entidade de personalidade jurídica de direito privado é a destinatária dos recursos da contribuição.

Aliás, vale ressaltar que isso não é, em absoluto, novo em nosso sistema tributário nacional.

Há outros exemplos tradicionais de destinação de recursos tributário para entidades de personalidade jurídica de direito privado tais como:

(a) as contribuições de interesse das categorias profissionais (tendo como destinatário a OAB);

(b) as contribuições hoje previstas na Constituição para o *Sistema "S"* (art. 240 da CF – tendo como destinatárias as organizações sociais autônomas) e

(c) a contribuição sindical (art. 149 da CF – tendo como destinatário os sindicatos).

Diante desses argumentos, não há qualquer inconstitucionalidade da MP 1.715/1998 no que tange à destinação dos recursos para entidade de personalidade jurídica de direito privado, notadamente porque se trata de entidade de regime híbrido, se não de regime de direito público.

3. O art. 240 da CF.

A autora sustenta também a inconstitucionalidade da MP 1.715/1998 por violação ao art. 240 da CF.

Não seria possível a revogação ou substituição de contribuições compulsórias expressamente previstas no art. 240 da CF, salvo por manejo de emenda constitucional.

Por essa posição, a CF, no art. 240, obrigou a contribuição compulsória destinada às entidades privadas de serviço social e de formação profissional.

Também nesse ponto é improcedente o argumento.

O art. 240 da CF expressamente prevê:

> Art. 240. Ficam ressalvados do disposto do art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

O dispositivo tem objetivo claro:

> – apenas ressalvar, das consequências da aplicação do art. 195 da CF, as contribuições para entidades de formação profissional no momento da promulgação da Constituição.

Quanto muito, garantir recursos ao financiamento dos projetos de formação profissional que estavam, em 1988, em curso por meio de contribuições compulsórias.

Não houve qualquer intenção de petrificar no tempo a contribuição do Sistema "S", garantindo, assim, uma espécie de renda constitucional por prazo indeterminado às entidades privadas de formação profissional que arrecadavam os valores pagos.

O tom do dispositivo não é de vinculação ou obrigatoriedade, mas de simples autorização ou permissão, com a observação de que tais contribuições estariam fora daquelas previstas no art. 195.

Assim, não há qualquer problema na substituição das contribuições, uma vez que restou conservado os recursos financeiros destinados a serviços sociais e formação profissional no âmbito das cooperativas.

Essa substituição apenas ocorreu no que tange às cooperativas e não teve o condão de servir como substituição genérica à contribuição do *Sistema "S"*.

Além disso, a rigor, não houve criação de uma nova contribuição.

Única e exclusivamente, passou-se a destinar ao cooperativismo os valores que as cooperativas destinavam às outras entidades do *Sistema "S"*.

O cooperativismo, com o Sescoop, passou a contar com instrumentos mais rigorosos de controle dos recursos obtidos a título de contribuição compulsória, já que a entidade agora tem natureza híbrida e conta com a participação direta do poder público.

Em outras palavras, não houve qualquer perda ou prejuízo para o trabalhador que se beneficia com os cursos de formação.

Ao contrário, no âmbito das cooperativas, a contribuição, então destinadas a outras entidades, como a *autora*, terá destinação mais específica de forma a atender os interesses peculiares desse ramo da atividade econômica.

Não houve qualquer mudança tributária, mas apenas a alteração do sujeito responsável pela arrecadação e administração dos recursos.

Onde era entidades de natureza privada, passou para entidade de natureza pública, conservando-se as mesmas destinações e funções da contribuição do art. 240 da CF.

Assim, também com base nesse argumento, a medida provisória ora atacada não desrespeitou o art. 240 da CF.

4. O art. 213 da CF.

A autora alega que o art. 213 da CF teria sido violado, pois a contribuição criada pela MP 1.715/1998 seria receita pública a ser destinada, com exclusividade, às escolas públicas, comunitárias, confessionais ou filantrópicas.

Não há relação de pertinência entre o art. 213 da CF e o caso concreto dos autos.

O art. 213 da CF é claramente regra de destinação de verba pública auferida por meio da cobrança de impostos, esse tributo não vinculado.

O artigo não serve como limitação à destinação de recursos para os casos de contribuições que, por conceito, têm destinação especial previamente definida.

A destinação na aplicação dos recursos auferidos com a cobrança de contribuições é requisito de constitucionalidade de eventual nova contribuição que se justifique com base no art. 195, § 4º, da CF.

As contribuições são tributos vinculados.

A receita pública genérica é formada principalmente a partir de recursos auferidos com a cobrança de impostos, não contribuições.

Aliás, se o argumento fosse correto, a própria contribuição do art. 240 da CF também seria inconstitucional já que também tem destinação: serviços sociais e formação profissional.

Também aqui o argumento da ação direta de inconstitucionalidade é improcedente.

Acompanho *Néri*.

Indefiro o pedido.

Peço vênia aos Ministros *Maurício Corrêa*, *Sepúlveda Pertence* e *Marco Aurélio.*

EXTRATO DA ATA

ADI 1.924-MC/DF — Relator: Ministro Néri da Silveira. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI (Advogados: Cassio Augusto Muniz Borges e outros). Requerido: Presidente da República.

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29-3-2006.

Retificação de decisão: O Tribunal, por unanimidade, retificou a decisão proclamada na assentada anterior, que passa a ser: "Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o

Relator, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa". Presidência da Ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 18 de maio de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) contra os arts. 7º, 8º, 9º e 11 da MP 1.715/1998.

Segundo alega a requerente, a instituição de contribuição destinada ao custeio do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP) viola os arts. 146, III, e 149 da Constituição, uma vez que não foi observada a reserva de lei complementar para definição dos critérios da regra matriz do novo tributo. Além disso, ofende o art. 240, pois apenas foram ressalvadas das restrições postas pelo sistema de custeio da seguridade social as contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Viola, ainda, o disposto no art. 213, que reserva a destinação de recursos públicos às escolas públicas.

O julgamento da medida cautelar requerida teve início na sessão de 11-2-1999 e continuou na sessão de 29-3-2006. O Relator originário, Ministro Néri da Silveira, e o Ministro Nelson Jobim votaram pela denegação da medida cautelar. Abrindo a divergência, votaram os Ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence pelo deferimento parcial da medida, tão somente quanto ao art. 9º da medida provisória, e o Ministro Marco Aurélio pelo deferimento integral da medida cautelar.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

Ao menos neste momento de juízo cautelar, reputo ausente a plausibilidade das razões invocadas pela requerente.

Quanto à alegada violação dos arts. 146, III, e 149 da Constituição, observo ser necessária a diferenciação entre **lei complementar de normas gerais em matéria tributária** e **lei complementar de instituição de tributo**.

Com efeito, como decidiu o Pleno por ocasião do julgamento do RE 396.226 (Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 27-2-2004), a circunstância de as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais estarem sujeitas às normas gerais em matéria tributária (arts. 146, III, e 149 da Constituição) não implica a necessidade de instituição de tais tributos por lei complementar.

Registro textualmente, nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Relator do RE 396.266, Ministro Carlos Velloso:

> Realmente, posto estarem as contribuições do art. 149 da Constituição – contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesses de categorias profissionais ou econômicas – sujeitas à lei complementar do art. 146, III, CF, isso não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social, que denominamos **contribuição nova**, relativamente a esta, para sua instituição é que será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A sua instituição, portanto, dependerá de lei complementar. Todavia, as contribuições do art. 149 da CF, de regra, podem ser instituídas por lei ordinária. O que acontece é que, submetidas à lei complementar do art. 146, III, CF, são definidas como tributo. Por não serem impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (CF, art. 146, III, *a*). No mais, estão sujeitas às regras das alíneas *b* e *c* do inciso III do art. 146, CF. Assim decidimos, por mais de uma vez, como, *v.g.*, RE 138.284/CE por mim relatado (*RTJ* 143/313), e RE 146.733/SP, Rel. Min. Moreira Alves (*RTJ* 143/684).
> (*RTJ* 188/1103.)

Independentemente da circunstância de o tributo em exame ser classificável como contribuição social de intervenção no domínio econômico ou como contribuição de interesse de categorias profissionais, desnecessária é sua instituição por lei complementar.

Por outro lado, o fato de a contribuição destinada ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP) não estar prevista no art. 240 da Constituição também não lhe retira, numa primeira análise, a validade. É certo que as contribuições sociais recepcionadas pelo art. 240 não se submetem à reserva de lei complementar para a respectiva instituição. O art. 195, § 4º, da Constituição, contudo, somente se aplica às novas fontes de custeio da seguridade social, hipótese diversa da versada nos autos.

Com efeito, nos termos do art. 174, § 2º, da Constituição, o estímulo ao cooperativismo é parte do programa de regulamentação da atividade econômica que incumbe à União. Por isso, a contribuição destinada ao custeio do serviço nacional que tem por objetivo "organizar, administrar, e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados" (art. 8º da MP 2.168-40/2001) pertence à classe das contribuições de intervenção no domínio econômico, não se configurando como nova contribuição social destinada ao custeio da seguridade social (art. 149, e 194, *caput*, da Constituição).

Ademais, a recepção constitucional das contribuições sociais previstas no art. 240 da Constituição não lhes outorga, evidentemente, imunidade a ulterior modificação. Ressalva-se quanto a elas, tão somente, a aplicação das restrições previstas no art. 195 da Constituição.

Quanto ao último argumento apontado pela Confederação Nacional da Indústria, a aparente caracterização do tributo em exame como contribuição de

intervenção no domínio econômico retira-o do âmbito do art. 213 da Constituição, que versa preponderantemente sobre a destinação de recursos públicos às entidades de ensino. No caso em exame, as atividades de ensino desenvolvidas pelo Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP) constituem o meio para a intervenção da União no domínio econômico, pelo apoio ao cooperativismo. Ao menos nesse momento, essa circunstância também arrefece a plausibilidade da tese invocada pela requerente.

Do exposto, pedindo vênia ao Ministro Sepúlveda Pertence, ao Ministro Marco Aurélio e ao Ministro Maurício Corrêa, e acompanhando o Relator, **indefiro** a medida cautelar requerida.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, *data venia*, também indefiro a cautelar.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, pelo que entendi, trata-se de contribuição nova, nova no sentido de não prevista na Constituição nem definida por lei complementar.

Sou pela concessão da liminar para suspender o art. 9º da MP 1.715/1991.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, com o devido respeito, suspendo o art. 9º da MP 1.715/1991, concedendo a liminar para esse fim.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Fiz um exame da matéria com os dados coletados e verifiquei que o Ministro Néri da Silveira havia esclarecido ter havido mera transferência de destinatário da contribuição de 2,5% sobre a folha de salário dos empregados de cooperativas. Na realidade, segundo o seu voto, não houve criação de contribuição nova.

Depois de examinar o belo voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, detalhando todo o sistema, eu acompanho esse entendimento, também, para indeferir a cautelar.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.924-MC/DF — Relator: Ministro Néri da Silveira. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI (Advogados: Cassio Augusto Muniz Borges e outros). Requerido: Presidente da República.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa, que indeferia a cautelar, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pela Ministra Ellen Gracie (Presidente); e dos votos dos Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso, que deferiam com relação ao art. 9º e parágrafos, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto-desempate do Ministro Celso de Mello, ausente justificadamente. Não participaram da votação a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, por sucederem, respectivamente, aos Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Néri da Silveira, que já proferiram voto.

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

Brasília, 18 de outubro de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Peço vênia, Senhor Presidente, pronunciando-me, unicamente, quanto ao art. 9º da MP 1.715-3/1998 (a cujo respeito registrou-se empate na votação), para, em juízo de estrita delibação, acompanhar** os doutos votos **proferidos** pelos eminentes Ministros NÉRI DA SILVEIRA, **Relator**, NELSON JOBIM, JOAQUIM BARBOSA, ELLEN GRACIE **e** RICARDO LEWANDOWSKI, **considerados** os fundamentos que lhes dão suporte.

Reproduzo, por isso mesmo, como razão de decidir, aquelas **que foram expostas**, na espécie, pelo eminente Relator da causa:

> ***A MP** 1.715/1998 **dispôs** no art. 7º **sobre a criação** do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP), com personalidade jurídica de direito privado, **sem prejuízo** da fiscalização da aplicação de seus recursos pelo Tribunal de Contas da União, **com o objetivo** de organizar, administrar e executar em todo o território nacional **o ensino** de formação profissional, **desenvolvimento e promoção social** do trabalhador em cooperativa **e dos** cooperados. **Está**, ainda, no parágrafo único do art. 7º aludido, **que o Sescoop** contará com centros próprios ou atuará sob a forma de cooperação com órgãos públicos ou privados.*
>
> ***No que concerne** à receita do Sescoop, a medida provisória estipulou, **em seu art. 9º**, além de outras, indicadas nos itens II a VI, a "contribuição mensal compulsória, a ser recolhida, a partir de 1º de janeiro de 1999, pela Previdência Social, de dois vírgula cinco por cento sobre o montante da remuneração paga a todos os empregados pelas cooperativas". **Essa contribuição**, **conforme** o § 1º do referido art. 9º, **deve ser recolhida** pela Previdência Social, **aplicando-se-lhe** as mesmas condições, prazos, sanções e privilégios, inclusive no que se refere à cobrança*

judicial, aplicáveis às contribuições para a Seguridade Social, sendo o seu produto posto à disposição do Sescoop".

***De referência** a essa contribuição, **o § 2º do art. 9º** do diploma impugnado **estipulou** que ela "é instituída em substituição às contribuições de mesma espécie, **recolhidas** pelas cooperativas **e destinadas** ao Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senat, Sest e Senar". **Preceituou**, ainda, **o § 3º do art. 9º**, da medida provisória, que, a partir de 1º-1-1999, "as cooperativas ficam desobrigadas de recolhimento de contribuições às entidades mencionadas no § 2º, excetuadas aquelas de competência até o mês de dezembro de 1998 e os respectivos encargos, multas e juros".*

***Estabeleceu**, ainda, a medida provisória atacada, em seu art. 10:*

> ***Art. 10**. O Poder Executivo, no prazo de até cento e oitenta dias, estabelecerá condições para:*
>
> ***I** – desenvolver sistemas de monitoramento, supervisão, auditoria e controle da aplicação de recursos públicos no sistema cooperativo;*
>
> ***II** – avaliar o modelo de sistema cooperativo brasileiro, formulando medidas tendentes ao seu aperfeiçoamento.*

***Desse modo**, a MP 1.715-3, de 27-11-1998, **dispôs** sobre o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP), **com vistas** ao ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados. **Em decorrência** disso ficam as cooperativas **desobrigadas** de recolhimento de contribuições ao Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senat, Sest e Senar, **a partir de janeiro de 1999**, devendo passar a contribuir, **para o Sescoop**, à base de 2,5% sobre o montante da remuneração por elas paga a todos os empregados.*

***Dessa maneira**, ao invés de prosseguir sendo recolhida, às entidades parafiscais antes mencionadas, **ou seja**, entidades privadas de serviço social e de formação profissional, **a contribuição mensal compulsória** de 2,5%, sobre o montante da remuneração paga, **a todos os empregados de cooperativas**, desde janeiro de 1999, **terá destinação ao Sescoop**.*

***Sustenta-se**, em face disso, que a medida provisória **fere** os arts. 149, 146, III, e 240, da Constituição Federal,* verbis*:*

> ***Art. 149**. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico, de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições.*
>
> ***Art. 240**. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.*
>
> ***Art. 146**. Cabe à lei complementar:*
>
> *(...)*
>
> ***III** – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*
>
> ***a)** definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*
>
> ***b)** obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*
>
> ***c)** adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.*

***Por primeiro**, **a só criação** do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo, **com as finalidades pretendidas** na medida provisória impugnada, arts. 7º, 8º e 11, **não atenta**, em princípio, **contra** as normas constitucionais tidas como vulneradas. **A tanto não se faz mister** lei complementar **nem constitui** óbice o art. 240 da Constituição.*

***Cumpre destacar o exame do art. 9º** da MP 1.715/1998, **quando dispõe**, em seus incisos I a VI, **acerca** das receitas do Sescoop.*

***As estipulações dos incisos II a VI não são impugnadas**: doações e legados, subvenções voluntárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, rendas oriundas de prestação de serviços, da alienação ou locação de seus bens, receitas operacionais e penas pecuniárias. **Sustenta a inicial**, porém, **que o inciso I do art. 9º fere** os arts. 149, 146, III, 240 e 213, da Constituição, **na medida** em que cria, **sem** lei complementar, **contribuição social nova**, **não sendo possível transferir ao Sescoop a contribuição compulsória de 2,5%** dos empregadores **sobre** a folha de salários dos trabalhadores em cooperativa, **destinada** às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, **tal como sucede** com o Senai, Sesi e demais entidades vinculadas à Confederação Nacional da Indústria, ora autora.*

***Não compreendo**, entretanto, **em exame inicial**, **que se cuide de contribuição social nova** a prevista no art. 9º, I, da MP 1.715, **mas**, **sim**, **de transferência de destinatário** da contribuição de 2,5% sobre a folha de salários de empregados de cooperativas.*

***De fato**, **pretendendo-se**, na medida provisória em apreço, **dispor** sobre o Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária (RECOOP), **consoante decorre** dos arts. 1º a 6º da MP 1.715, **criou-se** Serviço Especial à realização desse objetivo para "organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados (art. 7º). **Dessa maneira**, os trabalhadores em cooperativas, no País, **passam a ter**, segundo o diploma e Serviço criado, **a assistência** no que concerne a ensino de formação profissional pelo Sescoop, cuja organização e funcionamento estarão disciplinados em regimento próprio. **Retiram-se**, pois, **os trabalhadores de cooperativas** do âmbito de assistência do Senai, Sesi **e** entidades similares referidas no § 2º do art. 9º acima transcrito, **cabendo a realização** dos serviços respectivos, **no plano** do ensino de formação profissional **ao novo Serviço** (**Sescoop**) **especializado** com as finalidades de revitalização do cooperativismo.*

***O § 2º do art. 9º** da MP 1.715 **torna explícito** que a contribuição referida **no inciso I** substitui as contribuições da mesma espécie, recolhidas pelas cooperativas e destinadas ao Senai, Sesi e demais entidades arroladas no referido § 2º.*

A contribuição** em foco **está prevista no art. 240** em favor de entidades privadas de serviço social e de formação profissional já existentes, à época, **tais como** Senai, Sesi e outras da mesma natureza. **A norma posta** entre as Disposições Constitucionais Gerais **não veda**, entretanto, **a criação de outras entidades** com idênticos objetivos, **tal como sucede com o Sescoop**. As contribuições compulsórias **então** existentes, **em favor** de entidades privadas de serviço social e formação profissional, **foram assim ressalvadas**. **Não tenho**, em conseqüência, **como decorrente do art. 240** da Constituição, comando impeditivo de criação de outras entidades com objetivos semelhantes aos do Senai, Sesi e outros, que vêm, em realidade, prestando excelentes serviços no âmbito de suas atividades. **No caso**, **pretende-se dar

***ao setor de cooperativas**, no país, **especial assistência**, criando-se, para isso, entidade nova. **Não considero**, neste juízo de cautelar, **como relevantes** as alegações que conduzem à inviabilidade de se retirarem os trabalhadores de cooperativas do âmbito de assistência das entidades **previstas** no § 2º do art. 9º da MP 1.715/1998. **Também não empresto** relevo significativo **à alegação** de que o Sescoop **não está expressamente vinculado** ao sistema sindical, **inexistindo** entidade sindical confederativa a representá-lo. **De um lado**, nada impede sua integração ao sistema sindical, **logo passe** a ter regular funcionamento. **De outra parte**, **não há descaracterizar o Sescoop** como entidade de serviço social e formação profissional,* ut *art. 240 da Constituição, **destinado** especificamente **ao âmbito** do cooperativismo, **beneficiando** os trabalhadores dessa área **cuja revitalização** se pretende, em todo o território nacional, **na linha** do Programa previsto na MP 1.715.*

***Do exposto**, **limitado** o exame da matéria **ao juízo de cautelar**, **não tenho aqui por caracterizados os pressupostos a seu deferimento**. No que concerne ao* periculum in mora*, se porventura reconhecida, por fim, a invalidade das medidas previstas na MP 1.715, **não há perigo** de dano irreparável às entidades representadas pela autora.*

***Assim sendo**, **indefiro** a liminar.*

(**Grifei**.)

Apenas registro, Senhor Presidente, que a norma inscrita no art. 9º da MP 1.715-3/1998 não sofreu qualquer alteração em seu conteúdo material, achando-se presentemente inscrita no art. 10 da MP 2.168-40/2001.

Com essas considerações, Senhor Presidente, peço vênia para indeferir o pedido de suspensão cautelar da eficácia do art. 9º da MP 1.715-3/1998, hoje constante do art. 10 da MP 2.168-40/2001.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.924-MC/DF — Relator: Ministro Néri da Silveira. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa (art. 38, IV, *b*, do RISTF). Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI (Advogados: Cassio Augusto Muniz Borges e outros). Requerido: Presidente da República.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, nos termos do voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Cezar Peluso, que deferiam a cautelar apenas em relação ao art. 9º da MP 1.715/1998, e o Ministro Marco Aurélio, que a deferia integralmente. Redigirá o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, com voto proferido em assentada anterior. Não votaram o Ministro Gilmar Mendes (Presidente) e a Ministra Cármen Lúcia, por sucederem, respectivamente, aos Ministros Néri da Silveira (Relator) e Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

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

Brasília, 20 de maio de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.866 — RN
(ADI 2.866-MC na *RTJ* 187/869)

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Requerente: Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal – ABERSAL — Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte

Ação direta de inconstitucionalidade contra a integralidade da Lei estadual 8.299, de 29 de janeiro de 2003, que dispõe sobre escoamento do sal marinho produzido no Rio Grande do Norte. Presença dos pressupostos da ação. Suspensão gradativa do escoamento de sal marinho não beneficiado para outras unidades da Federação. Inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da lei impugnada por usurpação de competência privativa da União (art. 22, VIII, da Constituição). Precedentes. Concessão unilateral de benefício fiscal. Ausência de convênio interestadual. Violação ao art. 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição. Precedentes. Declaração de nulidade sem redução de texto do art. 9º da lei estadual para excluir a concessão de benefícios fiscais em relação ao ICMS. Ação julgada 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 unanimidade de votos, julgar parcialmente procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 12 de maio de 2010 — Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal (ABERSAL) ajuíza ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei estadual 8.299, de 29 de janeiro de 2003, do Estado do Rio Grande do Norte, que "dispõe sobre formas de escoamento do sal marinho produzido no Rio Grande do Norte e dá outras providências".

Eis o teor do ato impugnado:

Disposições preliminares

Art. 1º O sal marinho do Rio Grande do Norte é um patrimônio natural outorgado ao povo norte-rio-grandense, cuja exploração, dentro das possibilidades naturais das suas áreas produtoras, está aberta ao capital nacional e estrangeiro, objetivando o desenvolvimento econômico e social, com consequência criação de riqueza a partir da agregação de valor em seus processos de extração e beneficiamento no âmbito do território estadual.

Art. 2º O sal marinho, também conhecido como sal de cozinha, é um mineral predominantemente constituído pelo cloreto de sódio, cuja formulação química é composta por cátions de sódio e íons de cloro, extraído da água do mar pelo processo de evaporação, a partir de áreas especialmente preparadas para a produção, denominadas de salinas, com concentrações na foz dos rios Apodí/Mossoró e Açu/Piranhas.

Art. 3º O sal marinho é um recurso natural renovável, cuja demanda mundial cresce anualmente, com possibilidade de aproveitamento por período de tempo indeterminado, indispensável em diversos processos industriais de base, na indústria alimentícia, na alimentação humana e nas atividades da pecuária.

Capítulo II

Das condições para o escoamento da produção de sal marinho

Art. 4º No processo de escoamento da produção de sal marinho do Rio Grande do Norte é definida como prioridade a exportação para as unidades da federação ou para países, nas suas formas beneficiadas, agregadoras de valor e potencializadoras de riqueza.

Art. 5º Não se aplica o dispositivo no *caput* do Artigo 4º quando o escoamento do sal marinho, na sua forma não beneficiada, destinar-se a atender às necessidades dos processos industriais que não envolvam a indústria alimentícia, as atividades da pecuária e o consumo humano.

Art. 6º O escoamento de sal marinho não beneficiado para ser industrializado em outra Unidade da Federação, seja para a indústria alimentícia, para o consumo humano ou para a pecuária, será gradativamente suspenso:

§ 1º No ano 2000 será permitido o escoamento de produção, medido em toneladas, de sal marinho não beneficiado correspondente a até 50% (cinquenta por cento) da quantidade de toneladas escoadas no ano de 1999.

§ 2º No ano 2001 será permitido o escoamento de produção, medido em toneladas, de sal marinho não beneficiado correspondente a até 60% (sessenta por cento) da quantidade de toneladas escoadas no ano 2000.

§ 3º No ano 2002 será permitido o escoamento de produção, medido em toneladas, de sal marinho não beneficiado correspondente a até 50% (cinquenta por cento) da quantidade de toneladas escoadas no ano 2001.

§ 4º A partir do ano 2003 não será permitido o escoamento da produção de sal marinho não beneficiado do Rio Grande do Norte para qualquer outra Unidade da Federação.

Art. 7º As cotas máximas de exportação do sal marinho não beneficiado, conforme limites estabelecidos no Artigo 6º e respectivos parágrafos, serão definidas a partir dos registros constantes nos bancos de dados dos órgãos governamentais com a participação das associações e sindicatos dos produtores e industrializadores do sal marinho.

Capítulo III

Dos incentivos para as indústrias da extração e do beneficiamento do sal marinho

Art. 8º Os produtores e beneficiadores de sal marinho se enquadram em regime especial de tributação baseado na fixação de alíquota equivalente tanto no fluxo vertical quanto no horizontal de produção, com bases fixadas em Lei, Decreto ou Portaria da Secretaria de Tributação.

Parágrafo único. A definição do regime especial de tributação, especialmente sua alíquota e forma de arrecadação serão definidos no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da aprovação desta Lei.

Art. 9º O Poder Público Estadual definirá, até 180 (cento e oitenta) dias da aprovação desta Lei, a política de incentivo para a ampliação ou surgimento de novos empreendimentos produtivos nas áreas de extração e beneficiamento de sal marinho, mediante concessão temporária de imunidade tributária e desenvolvimento de infraestrutura.

Parágrafo único. Só participará de qualquer programa governamental de incentivo, a empresa que oferecer como contrapartida a geração e manutenção de empregos na quantidade acordada e pelo tempo em que permanecer no programa.

Capítulo IV

Disposições finais

Art. 10. Esta Lei não beneficiará o contribuinte que, até a data da sua aprovação, apresente débito com Fisco Estadual.

Art. 11. Poderá ser beneficiado pelo disposto nesta Lei o contribuinte em débito com o Fisco Estadual, que até 90 (noventa) dias da sua aprovação tenha concluído processo de negociação da dívida.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

A requerente afirma que o ato impugnado foi objeto de veto por parte do Governador do Estado, por configurar usurpação da competência da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual (art. 22, VIII, da Constituição), e por violar o disposto no inciso XIII do art. 5º (liberdade de ofício, trabalho ou profissão) e no parágrafo único do art. 170 (liberdade de exercício de atividade econômica). O veto, apresentado à Assembleia Legislativa em 14 de outubro de 1999, foi rejeitado mais de três anos depois, no final de janeiro deste ano de 2003, resultando assim na promulgação da Lei 8.299, de 29 de janeiro de 2003.

A requerente alega, em síntese, o seguinte:

a) violação ao princípio federativo, tendo em vista que o ato impugnado cria distinção entre Estados-membros (art. 19, III, CF);

b) violação à competência legislativa da União relativa ao comércio interestadual e a recursos minerais;

c) violação ao art. 5º, XV, da Constituição (livre locomoção, no território nacional, de qualquer pessoa com seus respectivos bens);

d) violação à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, da Constituição); e

e) violação à liberdade de exercício das atividades econômicas (art. 170, parágrafo único, da Constituição).

Além destas impugnações gerais, a inicial apresenta impugnação específica aos dispositivos.

Quanto aos arts. 1º, 2º e 3º, não há qualquer impugnação de fundo constitucional. Questiona-se, sobretudo, o caráter normativo das disposições e a técnica legislativa adotada.

Em relação aos arts. 4º, 5º, 6º e 7º, são repetidas as impugnações já referidas (arts. 5º, XIII; 22, VIII e XII; 19, III; 170, parágrafo único, todos da Constituição).

Quanto ao art. 6º, são apontadas incongruências na sua aplicação em relação aos anos de 2000 a 2002.

Quanto ao § 4º do art. 6º, a requerente assevera que a disposição "equivale a erigir verdadeira barreira, incompatível com todos os fundamentos que alicerçam o princípio federativo".

No que se refere aos arts. 8º, 9º, 10, 11 e 12, aponta-se inicialmente a sua necessária vinculação aos dispositivos precedentes, o que resultaria na inconstitucionalidade por arrastamento.

Nesse sentido, a requerente pede a concessão de medida liminar para suspender a vigência do art. 6º, *caput* e § 4º; do art. 7º – tendo em vista sua conexão com o art. 6º – e do art. 9º.

No mérito, postula-se a declaração de inconstitucionalidade da integralidade da Lei 8.299/2003 do Estado do Rio Grande do Norte.

O pedido de liminar foi deferido por esta Corte, para suspender a eficácia dos arts. 6º, *caput* e § 4º, 7º e 9º da Lei 8.299/2003, em acórdão assim ementado:

> *Ementa*: Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal (ABERSAL) contra a Lei estadual 8.299, de 29 de janeiro de 2003, do Estado do Rio Grande do Norte, que "dispõe sobre formas de escoamento do sal marinho produzido no Rio Grande do Norte e dá outras providências". 2. Legitimidade ativa. 3. Inaplicabilidade, no caso, do critério adotado para a definição do caráter nacional dos partidos políticos (Lei 9.096, de 19-9-1995: art. 7º), haja vista a relevância nacional da atividade dos associados da Abersal, não obstante a produção de sal ocorrer em poucas unidades da federação. 4. Plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade. 5. Competência da União para legislar sobre comércio (art. 22, VIII, da Constituição). Precedentes: ADI 280, Rel. Min. Rezek, *DJ* de 17-6-1994; ADI 349-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 26-10-1990; e ADI 2.656, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º-8-2003. 6. Conveniência da suspensão do dispositivo, haja vista a expressiva participação do Estado do Rio Grande Norte na produção nacional de sal marinho. 7. Concessão unilateral de incentivos fiscais. 8. Aparente ofensa à regra do art. 155, § 2º, XII, *g*. 9. Liminar deferida para suspender o art. 6º, *caput* e § 4º, o art. 7º e o art. 9º da lei estadual impugnada.

Conforme certidão de fl. 145, as informações solicitadas não foram tempestivamente prestadas pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte.

A Advocacia-Geral da União, em documento de fls. 146-154, manifesta-se pelo não conhecimento da ação quanto aos arts. 1º a 3º, pois a requerente não teria apontado violação direta de tais dispositivos à Constituição.

No mérito, manifesta-se pela inconstitucionalidade do § 4º do art. 6º por usurpação da competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII e XII, da Constituição Federal). Consequentemente, manifesta-se pela inconstitucionalidade do art. 7º, uma vez que estaria vinculado às disposições constantes do art. 6º.

Com relação ao art. 9º, opina-se por emprestar ao dispositivo "interpretação 'conforme à Constituição Federal' para ficar assentado que a concessão temporária de 'imunidade tributária' autorizada no referido dispositivo não alcança o ICMS".

Por fim, ressalta-se a constitucionalidade dos arts. 8º, 10, 11 e 12, que, ao contrário do alegado pela requerente, não seriam contaminados pela inconstitucionalidade dos dispositivos anteriores.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 156-161, manifestou-se pela procedência parcial da ação, para declarar a inconstitucionalidade formal dos arts. 4º, 5º, 6º e 7º e conceder interpretação conforme a Constituição ao art. 9º, de forma que a imunidade tributária nele prevista não alcance o ICMS.

Posteriormente, foram prestadas as informações pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte (fls. 164-168), nas quais requer seja julgada improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É o relatório, do qual a Secretaria distribuirá cópia aos demais Ministros desta Corte.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Preliminarmente, verifico a presença dos pressupostos para a propositura da ação.

A legitimidade ativa da requerente foi reconhecida pelo Plenário desta Corte no julgamento da medida cautelar pleiteada nestes autos. Considerou-se inaplicável, no caso, o critério adotado para a definição do caráter nacional dos partidos políticos (art. 7º da Lei 9.096/1995), em razão da relevância nacional da atividade dos associados da Abersal, não obstante a produção de sal ocorrer em poucas unidades da federação. Está atendida, ainda, a exigência da pertinência temática entre o objeto da ação e a atividade da requerente, que, nos termos do art. 3º do estatuto social da Associação, consiste em "amparar e defender os legítimos interesses dos seus associados, tanto como categoria econômica como pela assistência às empresas".

Verifico também a regularidade dos demais requisitos para a admissibilidade desta ação direta: a requerente indicou a lei sobre a qual versa a ação (Lei 8.299/2003 do Estado do Rio Grande do Norte), bem como os fundamentos

jurídicos do pedido (violação aos arts. 5º, XV e XIII; 19, III; 22, VIII; e , parágrafo único, todos da Constituição da República). Ademais, apresentou, juntamente com a petição inicial, cópia da norma impugnada e procuração com poderes específicos para a propositura da ação.

Presentes os pressupostos, passo a analisar o mérito da ação.

Em primeiro lugar, ressalto que a medida cautelar foi deferida por este Plenário em 25-9-2003, há seis anos e sete meses. Desde então, está suspensa a vigência dos arts. 6º, *caput* e § 4º; 7º e 9º da Lei 8.299/2003 do Estado do Rio Grande do Sul.

É necessário, portanto, na análise de mérito desta ação, levar em consideração a situação já consolidada no Estado do Rio Grande do Norte, com relação à possibilidade de escoamento, para outras unidades da federação, de sal ainda não beneficiado.

Esta Corte, no julgamento da ADI 280, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, declarou a inconstitucionalidade de norma da Constituição do Estado de Mato Grosso que vedava a saída do Estado de madeiras em toras, em acórdão ementado nos seguintes termos:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 346 da Constituição do Estado de Mato Grosso*. Inconstitucionalidade da frase "sendo vedada a saída do Estado de madeiras em toras". Competência da União para legislar sobre comércio interestadual e transporte (art. 22, VIII e XI, da Constituição Federal). Precedentes do STF.
> (ADI 280, Rel. Min. Francisco Rezek, Pleno, unânime, *DJ* de 17-6-1994.)

O fundamento da decisão foi precisamente a usurpação da competência da União para legislar sobre comércio interestadual e transporte.

Na mesma linha, há diversos outros precedentes da Corte, entre os quais destaco:

> *Ação direta de inconstitucionalidade – Liminar. Verificados os pressupostos pertinentes à liminar, impõe-se a respectiva concessão. Isso ocorre quando, mediante portaria de Secretário da Fazenda, o Estado acaba por legislar sobre comércio interestadual, olvidando o inciso VIII do art. 22 da Carta da República, e o faz mediante adoção de diferença tributária, considerados o destino e a procedência dos bens – art. 152 do aludido diploma. A primeira visão contraria a lei básica o estabelecimento de pautas de valores diferenciados para operações intermunicipais e interestaduais, majorando-se estas em mais de 1.000%.*
> (ADI 349-MC, Min. Marco Aurélio, Pleno, unânime, *DJ* de 26-10-1990.)

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do Estado de Goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da União*. 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está

localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. 2. Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, art. 22, VIII e XIII). Invasão de competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade. 3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9.055/1995). Consequência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, art. 24, § 1º e § 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria. 4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo. 5. Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, art. 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do art. 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão.

(ADI 2.656, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, unânime, *DJ* de 1º-8-2003.)

Nesse sentido, a limitação ao comércio de sal marinho, tal como fixada no art. 6º, *caput* e § 4º, da lei estadual impugnada, representa usurpação da competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual e exterior (art. 22, VIII, da Constituição). Os dispositivos são, portanto, inconstitucionais. Frise-se, ademais, que, conforme registra documento do Departamento Nacional de Produção Mineral (fl. 68), a atividade do Estado do Rio Grande Norte responde por cerca de 95% da produção nacional de sal marinho.

Apesar de exauridos seus efeitos, os § 1º a § 3º do referido art. 6º devem ter declarada sua inconstitucionalidade, pois também violam a competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII, da Constituição).

Assim, o art. 6º é inconstitucional em sua integralidade.

Em razão de sua vinculação com o art. 6º, é forçoso também reconhecer a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei impugnada.

No que diz respeito ao art. 9º, não obstante possuir relativa autonomia em relação à disciplina do art. 6º, resta evidente que os incentivos ali referidos recairão, sobretudo, sobre o ICMS. Esse fato demonstra ofensa à regra do art. 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição, uma vez que o art. 9º permite uma concessão unilateral de incentivos pelo Estado do Rio Grande do Norte.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a isenção de ICMS só pode ser concedida mediante prévia celebração de convênio.

Nesse particular, é pertinente transcrever a ementa do julgamento de mérito da ADI 2.458:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 6.004, de 14 de abril de 1998, do Estado de Alagoas. Concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS para o setor sucroalcooleiro. Alegada violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

Ato normativo que, instituindo benefícios de ICMS sem a prévia e necessária edição de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, como expressamente revelado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), contraria o disposto no mencionado dispositivo constitucional. Ação julgada procedente.

(ADI 2.458, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, unânime, *DJ* de 16-5-2003.)

É imprescindível, portanto, declarar a nulidade, sem redução do texto do art. 9º, da norma que possibilita que a concessão temporária de "imunidade tributária", autorizada no referido dispositivo, alcance o ICMS.

Concluo, portanto, no mesmo sentido adotado pela Corte no julgamento da medida liminar, e na linha da jurisprudência deste Tribunal, que as regras dos arts. 6º, 7º e 9º da lei estadual impugnada, – ao não permitirem o escoamento do sal marinho não beneficiado do Rio Grande do Norte para as demais unidades da Federação; fixarem "cotas máximas de exportação do sal marinho não beneficiado, conforme limites estabelecidos no art. 6º e respectivos parágrafos"; e, finalmente, fixarem o prazo de 180 dias para que o poder público Estadual defina a "política de incentivo para a ampliação ou surgimento de novos empreendimentos produtivos nas áreas de extração e beneficiamento de sal marinho, mediante concessão temporária de imunidade tributária e desenvolvimento de infraestrutura" – afrontam os arts. 22, VIII; e 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei 8.299, de 29 de janeiro de 2003, do Estado do Rio Grande do Norte, e para declarar a nulidade, sem redução do texto do art. 9º da mesma lei, da norma que possibilita que a concessão de benefício fiscal alcance o ICMS.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, indago ao Relator: Vossa Excelência não vislumbra a possibilidade de uma guerra fiscal, nessa cláusula final: "e beneficiamento de imunidade tributária e desenvolvimento de infraestrutura"?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Por isso estou declarando a nulidade do artigo, sem redução de seu texto, para afastar a possibilidade de se conceder o benefício.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Está bem.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Exatamente, porque ela autoriza conceder, e estou declarando a inconstitucionalidade sem redução de texto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Gerando, portanto, a guerra fiscal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A regra constitucional de parâmetro para Vossa Excelência é o inciso VIII do art. 22, que reserva à União.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Em relação ao ICMS, o parâmetro é a própria discussão que temos sobre a necessidade de prévia celebração de convênio para concessão de benefício fiscal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sobre a guerra fiscal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O consenso unânime.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Porque o art. 9º (Lei estadual 8.299/2003) diz o seguinte:

> O Poder Público estadual definirá até 180 (cento e oitenta) dias da promulgação desta Lei, a política de incentivo para aprovação ou surgimento de novos empreendimentos produtivos nas áreas de extração e beneficiamento de sal marinho, mediante concessão temporária [usou a expressão] de imunidade tributária e desenvolvimento de infraestrutura.

Então, que possa haver medidas de incentivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Incentivo somente é possível com o consenso unânime dos Estados, ou seja, mediante convênio com a concordância geral.

Acompanho o Relator.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.866/RN — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal – ABERSAL (Advogados: Eduardo Domingos Bottallo e outros). Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte (Advogados: Esequias Pegado Cortez Neto e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes a Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal na 10ª Conferência Bienal da *International Association of Women Judges (IAWJ)*, em Seul, Coreia do Sul; o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado; e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, e Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 12 de maio de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.947 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei 2.749, de 23 de junho de 1997, do Estado do Rio de Janeiro, e Decreto regulamentar 23.591, de 13 de outubro de 1997. Revista íntima em funcionários de estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços com sede ou filiais no Estado. Proibição. Matéria concernente a relações de trabalho. Usurpação de competência privativa da União. Ofensa aos arts. 21, XXIV, e 22, I, da CF. Vício formal caracterizado. Ação julgada procedente. Inconstitucionalidade por arrastamento, ou consequência lógico-jurídica do decreto regulamentar. É inconstitucional norma do Estado ou do Distrito Federal que disponha sobre proibição de revista íntima em empregados de estabelecimentos situados no respectivo território.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e, nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação direta. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 5 de maio de 2010 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República e que tem por objeto a Lei 2.749, de 23-6-1997, do Estado do Rio de Janeiro, e seu Decreto regulamentar 23.591, de 13-10-1997, que dispõem sobre a proibição de revistas íntimas em funcionários pelas empresas. A lei impugnada possui o seguinte teor:

> **Art. 1º** Fica proibida, em todos os estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços com sede ou filiais no Estado do Rio de Janeiro, a prática de revistas íntimas nos funcionários.
>
> **Parágrafo único**. A revista de que trata o *caput* deste artigo engloba, além do despimento coercitivo, todo e qualquer ato de molestamento físico que exponha o corpo de funcionários.
>
> **Art. 2º** O não cumprimento do disposto no artigo 1º, e seu parágrafo único, sujeitará o infrator às seguintes penalidades:
>
> **I** – advertência;
>
> **II** – multa;

III – suspensão temporária das atividades do infrator, pelo prazo máximo de trinta dias;

IV – cassação do alvará de funcionamento.

Parágrafo único. As penalidades a que se referem os incisos deste artigo serão regulamentadas pelo Poder Executivo, que estabelecerá critérios para a sua devida aplicação.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação.

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação revogadas as disposições em contrário.

2. Entende o requerente que o legislador estadual, ao dispor sobre regras e penalidades administrativas no campo das relações de trabalho, invadiu competência constitucionalmente reservada à União, violando o art. 21, XXIV, e o art. 22, I, ambos da Constituição Federal.

Por decorrência, o Decreto 23.591/1997, que regulamenta a Lei 2.749/1997, deve também ser declarado inconstitucional. Requer, assim, a declaração de inconstitucionalidade da lei e do decreto fluminenses, por defeito de forma.

3. A Governadora do Estado do Rio de Janeiro entendeu ser "descabida a presente demanda contra o Decreto 23.591, de 13 de outubro de 1997, uma vez que se trata de ato normativo subordinado e dependente da Lei estadual 2.749, de 23 de junho de 1997, ostentando clara natureza regulamentar" (fl. 29). Propugna, assim, o não conhecimento da ação "relativamente a este ato da chefia do Poder Executivo" (fl. 31).

4. A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro apresentou informações, que, suposto fora do prazo, foram recebidas (fls. 33-39). Nelas, sustenta que a legislação impugnada preserva a determinação do art. 5º, X, da Constituição Federal, cumprindo importante função social. Defende, portanto, a constitucionalidade das normas estaduais impugnadas, que encontrariam fundamento, ademais, nas regras de competência previstas no art. 23, I, e no art. 24, inciso XII, ambos da Constituição da República.

5. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela inconstitucionalidade parcial, já que o Decreto 23.591/1997 é meramente regulamentar, constituindo objeto insuscetível de controle abstrato de constitucionalidade. Pugnou, contudo, pela inconstitucionalidade da lei, que proíbe e pune revista íntima em trabalhadores, porque a matéria, relacionada "ao direito do trabalho e à inspeção do labor" (fl. 46), insere-se no âmbito da competência privativa, legislativa e administrativa da União, nos termos do art. 21, XXIV, e do art. 22, I, da Constituição Federal.

6. A Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência da ação, enfatizando que, com a declaração de "inconstitucionalidade somente da Lei 2.749/1997, o Decreto 23.591/1997 permaneceria no ordenamento jurídico, contaminando-o com o mesmo tipo de inconstitucionalidade. O decreto passaria a compor, isoladamente, o sistema normativo criado pela lei" (fl. 55), padecendo ambos de inconstitucionalidade formal. Entende que "o decreto impugnado

extrapola suas funções de mero ato regulamentar da lei, ao inovar no ordenamento jurídico, como verdadeiro ato normativo" (idem). Ainda que não tivesse caráter normativo próprio, deveria o decreto ser declarado inconstitucional, em razão de inconstitucionalidade "consequente ou derivada" (fl. 56), semelhante à que se verifica nas hipóteses em que se reconhece inconstitucionalidade por arrastamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. A Constituição Federal atribui competência exclusiva à União para legislar sobre matéria concernente a relações de trabalho, nos termos do art. 21, XXIV, e do art. 22, I:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> XXIV – organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;
>
> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)
> I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

2. A lei ora impugnada prevê medidas assecuratórias da intimidade, privacidade, honra e imagem dos funcionários de estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços, com sede ou filiais no Estado do Rio de Janeiro, definindo ilicitude de condutas tidas por violadoras do art. 5º, X, da Constituição Federal, e cominando-lhes penalidades administrativas. Como observou a Advocacia-Geral da União, "a matéria, segundo o entendimento da Corte Suprema, porque relacionada ao direito do trabalho e à inspeção do labor, insere-se no âmbito da competência privativa – legislativa e administrativa – da União" (fl. 50), sendo patente sua inconstitucionalidade, por vício formal.

3. As normas de competência estadual invocadas pela Assembleia Legislativa (art. 23, I, e art. 24, XII), que pretensamente ofereceriam fundamento de validade ao conjunto normativo impugnado, não apresentam **nenhuma** relação com o objeto da lei e do decreto. O art. 23, I, dispõe, genericamente, sobre a guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas, e sobre a conservação do patrimônio público. O art. 24, XII, cuida de "previdência social, proteção e defesa da saúde".

É, pois, consistente a alegação de inconstitucionalidade da Lei estadual 2.749/1997, e, por consequência ou arrastamento, de sua regulamentação, consubstanciada no Decreto 23.591/1997, por usurpação da competência privativa da União, nos termos do art. 21, XXIV, e do art. 22, I.

4. Do exposto, **julgo procedente a ação**, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.749, de 23-6-1997, e do Decreto 23.591, de 13-10-1997, ambos do Estado do Rio de Janeiro.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.947/RJ — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação direta. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

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, 5 de maio de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

RECLAMAÇÃO 3.138 — CE

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Reclamante: Estado do Ceará — Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Precatório/Requisitório 2000.0035.3540-2 (15215/99) na Ação Declaratória 00.02.76093-2) — Interessados: Cordélia Bezerra da Silva e Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC

Constitucional. Precatório. Sequestro de verbas públicas. Quebra da ordem cronológica. Preterição do direito de preferência do credor. Violação da autoridade da ADI 1.662.

Diferença de sujeitos passivos. Crédito paradigmático e crédito tido por preterido devidos por entes diversos.

1. A reclamação constitucional não é o instrumento adequado para salvaguarda genérica ou uniformização da jurisprudência da Corte. Portanto, precedentes desprovidos de eficácia vinculante e *erga omnes* e de cuja relação processual o reclamante e os interessados não fizeram parte, uma vez que os respectivos fundamentos somente se projetam para a relação jurídica circunscrita àquela prestação jurisdicional e não legitimam o ajuizamento de reclamação.

2. Segundo orientação firmada por esta Corte, caracteriza-se violação da autoridade da ADI 1.662 ordem de sequestro de verbas públicas, baseada em quebra de ordem cronológica ou de preterição do direito de preferência do credor, se o crédito tido por privilegiado (paradigmático) for devido por ente diverso do sujeito passivo do crédito tido por preterido (Rcl 3.219-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso).

Reclamação parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada procedente. Medida liminar confirmada.

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 conhecer, em parte, da reclamação e, quanto à parte conhecida, julgar procedente, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 4 de março de 2009 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Assim relatei a controvérsia, ao apreciar o pedido para concessão de medida cautelar:

> Trata-se de reclamação ajuizada pelo *Estado do Ceará* para garantir a autoridade da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 1.662 e do RE 362.519 (Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-12-2002), bem como por contrariedade à Súmula 121 da Corte.
>
> 2. Afirma o reclamante que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará expediu ordem de sequestro pertinente ao processo 2000.0035.3540-2, precatório-requisitório 15.215/1999, em que figuram como interessados *Cordélia Bezerra da Silva e outros*, cujo valor, em 1999, era de R$ 963.956,47 (novecentos e sessenta e três mil, novecentos e cinquenta e seis reais e quarenta e sete centavos) (fl. 8).
>
> Sustenta que o precatório eleito como paradigma pelo TJ/CE para verificação da quebra de ordem cronológica foi expedido contra o Estado do Ceará, ao passo que o precatório relativo aos interessados instrumentaliza dívida oponível ao Instituto de Previdência do Estado do Ceará (IPEC), entidade que goza de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira.
>
> Assim, conclui que "não está configurada a quebra de ordem porque os dois precatórios pertencem a *pessoas jurídicas distintas*" (fl. 4).
>
> Ademais, alega que a decisão do TJ/CE ofende a orientação firmada na Súmula 121/STF, ao determinar a capitalização de juros (fl. 5), bem como a autoridade da decisão proferida no julgamento do RE 362.519, ao permitir a incidência de juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição do precatório e a do efetivo pagamento (fl. 6).
>
> Nesse contexto, aponta comprometimento do interesse público, implicado pelo bloqueio de valores na conta única do estado, para justificar o requerimento para a concessão de medida cautelar (fl. 6).
>
> 3. Solicitadas as informações à autoridade reclamada (fl. 95), o Presidente do TJ/CE reafirma a validade da ordem de sequestro (fls. 99-141). Ressalta o magistrado que a determinação de atualização do valor originário do precatório-requisitório se funda no inadimplemento contumaz do reclamante e está alinhada à orientação firmada pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 7.198 (Rel. Min. Pedro Acioli) e, bem assim, ao entendimento formulado pelo próprio Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento, pela Primeira Turma, do RE 195.235 (Rel. Min. Moreira Alves) (fl. 100).
>
> Já no que se refere à preterição, as informações relatam que "o preterimento do presente precatório, datado do ano de 2000, efetivou-se quando da realização do acordo judicial efetivado no precatório-requisitório de n. 31.134/2000 – datado para pagamento no exercício de 2001 (cópia do requisitório, acordo judicial e respectivos pagamentos em anexo)" (fl. 102).

Concedi a cautelar requerida e determinei a suspensão da ordem de bloqueio em exame, porquanto presente tanto o risco à efetividade da prestação jurisdicional, caso levantado o valor sequestrado, como a aparente plausibilidade da tese invocada, ou seja, a circunstância de o crédito preterido e o paradigmático aparentemente terem como credores pessoas jurídicas diversas. Determinei,

ainda, que o reclamante juntasse aos autos a legislação local que corroborasse a afirmação de diferença de personalidade jurídica do Ipec e do próprio Estado (fls. 143-145).

O reclamante atendeu à determinação, apresentando os documentos de fls. 159-261.

Os interessados vieram aos autos impugnar a pretensão da parte reclamante, indicando que uma reforma na legislação previdenciária local lhe teria destinado a responsabilidade pela gestão das verbas cabíveis ao Ipec (fls. 265-268).

Opina o Procurador-Geral da República pela procedência da reclamação (fls. 277-282).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): De início, deixo de conhecer da reclamação quanto aos argumentos fundados em precedentes desprovidos de eficácia vinculante e *erga omnes* e de cuja relação processual o reclamante e os interessados não fizeram parte, uma vez que os respectivos fundamentos somente se projetam para a relação jurídica circunscrita àquela prestação jurisdicional (cf. Rcl 1.880-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-3-2004). Com efeito, a reclamação não é o instrumento adequado para salvaguarda genérica ou uniformização da jurisprudência da Corte (cf. Rcl 2.665-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 17-6-2005).

Passo ao mérito.

Há duas questões de fundo que devem ser resolvidas nesta reclamação. A primeira consiste em se decidir se ordem de sequestro fundada no pagamento de crédito relativo à dada ordem cronológica, programado para momento posterior, antes do pagamento de crédito relativo a outra ordem cronológica, programado para momento anterior, viola a autoridade da ADI 1.662. Na segunda, pergunta-se se a reclamação é o meio cabível para examinar a existência de ordens cronológicas distintas **baseadas em legislação local**.

Registro que, pouco após a liberação desta reclamação para julgamento (30-5-2007), o Plenário, na sessão de 29-10-2007, apreciou questão muito próxima, que também envolvia o Estado do Ceará e o Ipec, para concluir que havia a violação à autoridade da ADI 1.662. O precedente, de relatoria do eminente Ministro Cezar Peluso, foi assim ementado:

> *Ementa: Execução*. Fazenda Pública. Precatório judicial. Ordem cronológica. Quebra ou preterição. Não ocorrência. Precatórios judiciais cujo pagamento incumbe a pessoas jurídicas distintas, embora pertencentes ao mesmo ente federado. Ordens diversas. Bloqueio e sequestro de verba. Inadmissibilidade. Devolução de quantias eventualmente retidas. Liminar concedida para esses fins, em reclamação. Agravo improvido. Inteligência do art. 100, § 2º, da CF. Precedentes. Não se caracteriza quebra de precedência na ordem cronológica, quando se trate de precatórios

judiciais cujo pagamento incumbe a pessoas jurídicas distintas, embora pertencentes ao mesmo ente federado.
(Rcl 3.219-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 29-10-2007, *DJE*-147, divulgado em 22-11-2007, publicado em 23-11-2007, *DJ* de 23-11-2007 PP-00021 Ement. vol-02300-01 PP-00188.)

Concordo com a constatação de que, caracterizadas ordens cronológicas de pagamento distintas, não se caracteriza violação do direito de precedência apto a justificar o sequestro de verbas públicas. Tal orientação não é nova na Corte, como se lê na decisão tomada durante o julgamento da Rcl 2.436-AgR (Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, julgado em 30-9-2004, *DJ* de 22-10-2004 PP-00005 Ement. vol-02169-01 PP-00134).

Ocorre que, em outros precedentes, a Corte também decidiu que o campo de reavaliação do quadro fático na reclamação não é ilimitado. Como bem observou o Ministro Carlos Britto, ao relatar a Rcl 4.057 (Pleno, *DJ* de 18-5-2007), não é "a reclamação a via idônea para reavaliar os dados fáticos subjacentes ao ato decisório de que se reclama".

Registro, em sentido semelhante, a ementa da Rcl 2.308-AgR, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

Ementa: Reclamação: improcedência. A decisão reclamada, para determinar o sequestro de valores da reclamante, partiu da premissa de que houve preterição da precedência cronológica do precatório do requerente do sequestro, não importando que tenha entendido que a transação extintiva do precatório mais recente vale pelo seu pagamento. Se, nesse tópico, decidiu bem ou não a decisão reclamada, não é a reclamação a via adequada à solução da controvérsia, tanto mais quanto nada se decidiu a respeito no acórdão da ADI 1.662, de cujo desrespeito, por conseguinte, não cabe cogitar.
(Rcl 2.308-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 24-6-2004, *DJ* de 20-8-2004, PP-00037 Ement. vol-02160-01 PP-00077.)

No julgamento da ADI 1.662, o Pleno decidiu que a falta de inclusão de verba em previsão orçamentária, a falta de pagamento ou o pagamento irregular de precatório não poderiam ser equiparados à preterição e à quebra de ordem cronológica, para fins de determinação de sequestro de verbas públicas (*RTJ* 189/491). Na mesma assentada, concluiu a Corte que a nova hipótese de sequestro trazida pela EC 30/2000, fundada na falta de pagamento, não se aplicaria aos precatórios que versassem sobre créditos alimentares, porquanto excluídos do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT (*RTJ* 189/477).

A ordem de sequestro em exame tem por expresso fundamento preterição e quebra de ordem cronológica (fl. 100) – preterição caracterizada, segundo o entendimento da autoridade reclamada, pela realização de acordo judicial para pagamento de crédito cuja previsão era para momento posterior ao do pagamento do crédito dos interessados.

Para afastar a constatação a que chegou a autoridade reclamada, seria necessário rever e reinterpretar a legislação local relativa à competência para

arrecadação e gestão de valores e pagamento de benefícios previdenciários, origem dos créditos detidos pelos interessados.

Sem essa análise, não é possível determinar a existência de tão somente uma única ordem cronológica local para o pagamento de valores relativos aos créditos em exame, ou, ao reverso e como sustenta a reclamante, a existência de ordens diferentes, baseadas na aparente diversidade de credores.

Como se vê nos documentos de fl. 237-255, o sistema previdenciário do Estado do Ceará sofreu mudanças importantes. Segundo o próprio reclamante, a competência para concessão de benefícios e arrecadação de contribuições foi segregada entre o Ipec e a Secretaria de Fazenda, de acordo com a data do fato relevante à concessão do benefício ou à cobrança do tributo (fl. 160).

Em especial, transcrevo apenas para fins de registro o teor dos arts. 1º e 2º da Lei Complementar estadual 24/2000, que dispõe sobre regras de transição entre o sistema previdenciário extinto e o novo Sistema único de Previdência Social (Supsec):

> **Art. 1º** A concessão de pensão por morte do contribuinte do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros de Poder do Estado do Ceará – SUPSEC, dar-se-á por ato do Secretário da Fazenda, em relação a óbito ocorrido a partir de 1º de outubro de 1999, data em que se tornou exigida a contribuição de que trata o art. 5º da LC 12, de 23 de junho de 1999.
>
> **Art. 2º** O pedido de concessão ou de ajuste de pensão relativa a óbito ocorrido em data anterior à indicada no art. 1º desta Lei Complementar, será apreciado com base na legislação ordinária previdenciária aplicável na época do falecimento, competindo a decisão e expedição do ato à autoridade nela indicada, limitado o ato concessivo às prestações compreendidas no período situado entre a data do óbito e 30 de setembro de 1999, sendo as prestações posteriores da pensão absorvidas automaticamente pelo Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros de Poder do Estado do Ceará – SUPSEC, observada agora a legislação deste, inclusive para efeito de eventual ajuste aos termos da LC 12, de 23 de junho de 1999 e suas alterações.
>
> Parágrafo único. Fica autorizada a suplementação orçamentária necessária ao cumprimento do disposto no *caput* deste artigo.

Os interessados juntaram à fl. 269 manifestação da procuradoria judicial do Ipec, nos seguintes termos:

> Em resposta ao Ofício 025/2001 – Divisão de Contabilidade, datada de 21 de agosto de 2001, figurando como interessada, *Rosalina Rodrigues Salles*, informamos a V. Exa. que o Precatório – requisitório da referida Senhora, foi incluído no Orçamento de 2000, cumprindo o Ipec sua obrigação legal.
>
> Com o advento da Reforma Previdenciária Estadual, o Ipec não possui mais recursos financeiros próprios para pagamentos, dependendo, para tanto, de repasses do Tesouro Estadual.

> Consequentemente, o Ipec solicitou à Sefaz [Secretaria da Fazenda] a fixação dos recursos financeiros para pagamento dos precatórios, o que até o momento não nos foi atendido.
>
> Observe-se que o Ipec não deu causa ao inadimplemento da obrigação.

A transição entre os sistemas de previdência é relevante ao desate da dúvida acerca da quebra ou não da ordem cronológica, pois é necessário estabelecer em que medida o Supsec absorveu a competência – e as responsabilidades – do Ipec.

Diante do quadro exposto, a afirmativa de que o Ipec e o Estado do Ceará possuem personalidades jurídicas distintas deve ser examinada à luz da modificação da legislação local. Sem tal análise não é possível afirmar que os créditos relativos ao Ipec e os demais créditos relativos ao Estado do Ceará pertencem ou não à mesma lista de pagamentos.

Não obstante, em atenção ao princípio da colegialidade, aplico à esta reclamação a orientação firmada durante o julgamento da Rcl 3.219-AgR, para dela conhecer parcialmente e, na parte conhecida, julgá-la procedente. Fica confirmada a medida liminar anteriormente deferida.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, independentemente da questão preliminar, o que me chamou atenção aqui foi esse precedente de que foi Relator o Ministro **Cezar Peluso**, na Rcl 3.140, em que a Corte, como disse o Ministro **Joaquim Barbosa**, encaminhou-se diretamente por enfrentar na reclamação esse tema da ruptura da ordem cronológica. De fato, aqui, pelo que se verifica, a situação é absolutamente assemelhada.

Por essa razão, estou acompanhando também o Relator para julgar procedente a reclamação.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, acompanho o Relator no que Sua Excelência apontou a ausência de interesse de agir do reclamante quanto ao descumprimento de pronunciamentos do Tribunal em processos que não o envolveram, em processos subjetivos nos quais não figurou como parte.

No mais, se, de um lado, temos o precedente mencionado, que levou Sua Excelência a uma evolução, consideradas as premissas do voto, de outro, há também, envolvendo o Estado do Ceará e a mesmíssima matéria, várias decisões do Tribunal, conforme ressaltado no memorial distribuído pelos interessados.

Cito, para efeito de documentação, o que assentado na Rcl 3.141-1/CE, Rel. Min. Celso de Mello; na Rcl 3.142-0/CE, Rel. Min. Carlos Ayres Britto; na Rcl 3.139-0/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia; na Rcl 2.848-8/CE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, com manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence.

Não posso, Senhor Presidente, empolgar o desrespeito ao que decidido na ADI 1.662-7/SP. Por que não posso? Porque essa ação direta de inconstitucionalidade – todos estamos lembrados – foi dirigida contra instrução ou resolução do Tribunal Superior do Trabalho que colou aos créditos de natureza alimentar o instrumental coercitivo próprio aos créditos comuns quanto a não inclusão de verba no orçamento para liquidação do crédito. O caso não envolve a resolução fulminada pela Corte. Como então, na via estreita da reclamação e considerada matéria tão sensível e em que notado o calote oficial, ou seja, o calote do Estado, matéria ligada a precatório, dizer-se, com queima de etapas – julgando-se a matéria –, que houve desrespeito a esse acórdão?

Peço vênia, Senhor Presidente – devo ter ficado vencido no precedente mencionado pelo Relator, da lavra do Ministro Cezar Peluso –, para entender que não se faz presente premissa capaz de levar ao acolhimento do pedido formulado na reclamação, ou seja, o desrespeito à decisão do Tribunal.

Julgo improcedente, portanto, o pleito formulado pelo Estado do Ceará.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também me manifesto no sentido do voto do Relator. É aquela discussão sobre a abrangência ou não dos fundamentos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, havia duas autarquias. Em relação a uma delas, ocorreu a cessação da existência, deixando de contar com orçamento próprio. Deu-se a junção das dívidas, considerada a autarquia que sobejou. Nessa junção, pelo que sustentado no processo, teria havido preterição. Deixou de ser observada a nova ordem cronológica surgida, a nova ordem cronológica dos precatórios.

Tenho muita dificuldade em acompanhar a maioria porque é uma matéria nova que não enfrentamos ainda em processo subjetivo ou em processo objetivo. Tenho muita dificuldade para dizer que há um descompasso entre precedente do Tribunal e o ato praticado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

EXTRATO DA ATA

Rcl 3.138/CE — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Reclamante: Estado do Ceará (Advogado: PGE-CE – Eduardo Menescal). Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Precatório/Requisitório 2000.0035.3540-2 (15215/99) na Ação Declaratória 00.02.76093-2). Interessados: Cordélia Bezerra da Silva e outros (Advogado: Amadeu Gomes de Barros Leal Filho) e Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu em parte da reclamação e, quanto à parte conhecida, julgou-a procedente, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello, Carlos Britto, Eros Grau e Cármen Lúcia.

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

Brasília, 4 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.345 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerentes: Partido Progressista – PP e Partido Democrático Trabalhista – PDT — Requerido: Tribunal Superior Eleitoral — Interessado: Partido Socialista Brasileiro – PSB

Fiscalização normativa abstrata – Processo de caráter objetivo – Legitimidade da participação de Ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada contra ato emanado daquela Alta Corte Eleitoral – Inaplicabilidade, em regra, dos institutos do impedimento e da suspeição ao processo de controle concentrado, ressalvada a possibilidade de invocação, por qualquer Ministro do STF, de razões de foro íntimo.

– O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo de controle concentrado de constitucionalidade, não está impedido de participar de seu julgamento, não obstante suscitada, em referida causa, a discussão, *in abstracto*, em torno da constitucionalidade (ou não) de resoluções ou de atos emanados daquela Alta Corte. Também não incidem, nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF.

– Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, ordinariamente, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, não de uma situação concreta, mas da constitucionalidade (ou não), *in abstracto*, de determinado ato normativo editado pelo poder público.

– Revela-se viável, no entanto, a possibilidade de qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal invocar razões de foro íntimo (CPC, art. 135, parágrafo único) como fundamento legítimo autorizador de seu afastamento e consequente não participação, inclusive como Relator da causa, no exame e julgamento de processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Resolução TSE 21.702/2004 – Definição de critérios a serem observados, pelas Câmaras Municipais, na fixação do respectivo número de vereadores – Alegação de que esse ato revestir-se-ia de natureza meramente regulamentar – Reconhecimento do conteúdo normativo da resolução questionada – Preliminar de não conhecimento rejeitada.

– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade, firmou-se no sentido de que a instauração desse controle somente tem pertinência, se a resolução estatal questionada assumir a qualificação de ato normativo (*RTJ* 138/436 – *RTJ* 176/655-656), cujas notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes. Precedentes.

– Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que, impugnada na presente ação direta, encerra, em seu conteúdo material, clara "norma de decisão", impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o necessário coeficiente de normatividade qualificada, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata.

Princípio constitucional da anterioridade eleitoral: significado da locução "processo eleitoral" (CF, art. 16).

– A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais. Precedentes.

– O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que

compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. Magistério da doutrina (José Afonso da Silva e Antonio Tito Costa).

– A Resolução TSE 21.702/2004, que meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal, não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, seja porque não rompeu a essencial igualdade de participação, no processo eleitoral, das agremiações partidárias e respectivos candidatos, seja porque não transgrediu a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, seja porque não produziu qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais, seja porque não introduziu qualquer fator de perturbação nesse pleito eleitoral, seja, ainda, porque não foi editada nem motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório.

Consagração, pelo Tribunal Superior Eleitoral, com a edição da Resolução 21.702/2004, dos postulados da força normativa da Constituição e da segurança jurídica.

– O Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a Resolução 21.702/2004, consubstanciadora de mera explicitação de anterior julgamento do Supremo Tribunal (RE 197.917/SP), limitou-se a agir em função de postulado essencial à valorização da própria ordem constitucional, cuja observância fez prevalecer, no plano do ordenamento positivo, a força normativa, a unidade e a supremacia da Lei Fundamental da República.

Efeito transcendente dos fundamentos determinantes do julgamento do RE 197.917/SP – interpretação do inciso IV do art. 29 da Constituição.

– O Tribunal Superior Eleitoral, expondo-se à eficácia irradiante dos motivos determinantes que fundamentaram o julgamento plenário do RE 197.917/SP, submeteu-se, na elaboração da Resolução 21.702/2004, ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional.

– O TSE, ao assim proceder, adotou solução, que, legitimada pelo postulado da força normativa da Constituição, destinava-se a prevenir e a neutralizar situações que poderiam comprometer a correta composição das Câmaras Municipais brasileiras, considerada a existência, na matéria, de grave controvérsia jurídica resultante do ajuizamento, pelo Ministério Público, de inúmeras ações civis públicas em que se questionava a interpretação da

cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da Lei Fundamental da República.

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de interpretação constitucional.

– O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes.

A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, inicialmente, por votação unânime, em reconhecer a legitimidade da participação processual da Ministra Ellen Gracie e dos Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, no julgamento destas ações diretas (ADI 3.345/DF e ADI 3.365/DF), nos termos do voto do Relator. Também por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, o Tribunal rejeitou a preliminar de não conhecimento das ações suscitada pelo Procurador-Geral da República. E, por maioria, julgou improcedentes as ações diretas (ADI 3.345/DF e ADI 3.365/DF), nos termos do voto do Relator, vencido, em ambas as ações, o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pelos requerentes, Partido Progressista (PP) e Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Dr. Eduardo Antônio Lucho Ferrão e a Dra. Cíntia Maria Costa Saggin Viegas; pelo Partido Socialista Brasileiro-

(PSB) (*amicus curiae*), o Dr. Clóvis Corrêa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República.

Brasília, 25 de agosto de 2005 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Partido Progressista (PP) (**ADI 3.345/DF**), de um lado, **e** o Partido Democrático Trabalhista (PDT) (**ADI 3.365/DF**), de outro, **fizeram instaurar** processo de fiscalização normativa abstrata, **mediante** ajuizamento de pertinente ação direta, **objetivando** a declaração de inconstitucionalidade **da Resolução 21.702/2004**, que, **editada** pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, **estaria**, **alegadamente**, **em conflito** com os arts. 2º, 16, 29, "*caput*" e respectivo inciso IV, **todos** da Constituição da República.

Determinei o apensamento da ADI 3.365/DF **aos autos** da ADI 3.345/DF (fl. 22, apenso, item n. 2) **e apliquei**, a este processo de controle normativo abstrato, **o procedimento abreviado** previsto **no art. 12** da Lei 9.868/1999 (fl. 153 **e** fl. 22, apenso).

A Resolução ora impugnada nesta sede de controle concentrado – **que foi editada** pelo E. Tribunal Superior Eleitoral **com a finalidade** de determinar "*os critérios de fixação do número de Vereadores nos Municípios, de acordo com o disposto no artigo 29, IV, da Constituição Federal*" (fl. 159) – **possui o seguinte conteúdo** (fls. 161/162):

> ***RESOLUÇÃO Nº 21.702***
> ***PETIÇÃO** Nº 1.442 – **CLASSE 18ª** – DISTRITO FEDERAL (Brasília).*
> ***Relator**: Ministro Sepúlveda Pertence.*
> ***Instruções** sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município.*
> ***O Tribunal Superior Eleitoral**, **no uso** das atribuições **que lhe confere** o art. 23, IX, do Código Eleitoral, **resolve** expedir a seguinte Instrução:*
> ***Art. 1º** Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 197.917, conforme as tabelas anexas.*
> ***Parágrafo único**. A população de cada município, para os fins deste artigo, será a constante da estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em 2003.*
> ***Art. 2º** Até 1º de junho de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral verificará a adequação da legislação de cada município ao disposto no art. 1º e, na omissão ou desconformidade dela, determinará o número de vereadores a eleger.*
> ***Art. 3º** Sobrevindo emenda constitucional que altere o art. 29, IV, da Constituição, de modo a modificar os critérios referidos no art. 1º, o Tribunal Superior Eleitoral proverá a observância das novas regras.*
> ***Art. 4º** Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação.*
> ***Art. 5º** Revogam-se as disposições em contrário.*
> (**Grifei**.)

O Partido Progressista, **autor** da ADI 3.345/DF, **sustenta a inconstitucionalidade** da Resolução/TSE 21.702/2004, **enfatizando** que tal ato "*não interpretou norma eleitoral, nem constitucional*" **e que** "*O seu artigo 1º criou uma regra independente das leis em vigor, ou seja, deu origem a uma nova lei eleitoral, pois se baseou, unicamente, em uma tabela elaborada para um recurso extraordinário, ou seja, em um caso específico, e não em norma legal*" (**fl. 5**).

Alega, ainda, o Partido Progressista, que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao editar** a Resolução impugnada **nesta** sede de fiscalização normativa abstrata, **quis**, na verdade, "*regular o art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, **usurpando** a competência do Legislativo, **em clara afronta** ao 'caput' do artigo 29 **e** ao artigo 2º da Carta Magna*" (fl. 6 – **Grifei**).

O Partido Democrático Trabalhista (PDT), por sua vez, **ao ajuizar a ADI 3.365/DF** (**apensada** aos autos da ADI 3.345/DF), **assim fundamentou** a sua pretensão de inconstitucionalidade (fls. 2/6, apenso):

> *(...) **o ato atacado** não decorre de interpretação de legislação eleitoral já existente, mas, sim, de nova legislação eleitoral. Ocorre que a definição do número de Vereadores de cada Município é competência exclusiva dos Legislativos Municipais. Assim, a Resolução quis, em última análise, alterar norma constitucional – que define os números mínimo e máximo de Vereadores conforme o número de habitantes – que somente poderia ser alterada mediante proposta de emenda à Constituição, nunca mediante Resolução (...).*
>
> *(...)*
>
> ***Não poderia** Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, admitida remotamente sua constitucionalidade, alterar o processo eleitoral e ser aplicada na eleição do mesmo ano de sua vigência, impondo-se-lhe o transcurso de 1 (um) ano.*
>
> *(...)*
>
> ***A mesma Resolução n. 21.702**, de 2004, editada pelo Tribunal Superior Eleitoral, **violou** outro mandamento constitucional ao dispor, em seu art. 1º, "in verbis":*
>
> > *"**Art. 1º**. Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 197.917, conforme as tabelas anexas."*
>
> ***Infere-se**, pois, **que o Tribunal Superior Eleitoral**, ao editá-la, regulou o art. 29, inciso IV, da Constituição Federal e, ao fazê-lo, tomou do Poder Legislativo competência que é sua por princípio constitucional originário, insculpido nos arts. 2º e 29.*
>
> ***Esse entendimento** é de que a fixação do número de vereadores é matéria inserida no campo da autonomia dos municípios. Assim, bastaria que as Leis Orgânicas obedecessem aos números mínimo e máximo de edis traçados pelo artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal para que tais normas fossem tidas como constitucionais.*
>
> (**Grifei**.)

O E. Tribunal Superior Eleitoral, órgão de que emanou a resolução ora em exame, **ao prestar as informações** que lhe foram solicitadas (fls. 159/160), **assim se manifestou**:

***Em cumprimento** à decisão do Supremo Tribunal Federal **no julgamento do RE 197.917**, o Tribunal Superior Eleitoral **editou a Resolução TSE n. 21.702**, de 2 de abril de 2004, **que fixou** o número de Vereadores a eleger segundo a população de cada Município nas eleições de 2004.*

***Em 8 de junho de 2004**, o Tribunal Superior Eleitoral **editou a Resolução TSE n. 21.803**, sobre os critérios de fixação do número de Vereadores nos Municípios, de acordo com o disposto no artigo 29, IV, da Constituição Federal.* (**Grifei**.)

O eminente Advogado-Geral da União, **ao manifestar-se** sobre as presentes ações diretas (fls. 249/256), **concluiu no sentido da plena** "*compatibilidade da Resolução n. 21.702, de 2004, do TSE, com o postulado da força normativa da Constituição*" (fl. 256), **assim fundamentando o seu pronunciamento** (fls. 250/256):

***O requerente alega**, em síntese, que o "(...) critério referido no art. 1º, estabelecido por este Supremo Tribunal Federal, deu-se em sede de **controle difuso de constitucionalidade** (sic), ou seja, em Recurso Extraordinário (RE 197.917), logo, com eficácia inter partes." (Fls. 3 e 4).*

***Assevera** que "o Eg. TSE quis **regular o art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, usurpando a competência do Legislativo** (sic), em clara afronta ao caput do artigo 29 e ao artigo 2º da Carta Magna." (Fl. 6).*

***Sustenta**, ainda, violação ao art. 16 da Lei Maior, por considerar que "a Resolução n. 21.702, editada em 02 de abril de 2004 (DJ 06.04.2004), alterou o processo eleitoral a menos de seis meses do pleito de 2004, reduzindo o número de Cadeiras no Legislativo Municipal de todo o País. Ou seja, na totalidade dos Municípios brasileiros havia 60.311 Vereadores. Mas, com a tabela imposta pela Resolução n. 21.702, houve um corte de 8.936 cadeiras, caindo o número de Vereadores para 51.375." (Fl. 10).*

***Nesse ínterim**, em 09/12/2004, o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou a ADI n. 3.365, de idêntico objeto e pedido, tendo o eminente Min. Celso de Mello, no despacho de fls. 22, dos respectivos autos, determinado o apensamento daqueles autos aos da presente ação direta, para fins de julgamento conjunto.*

***O TSE apresentou informações**, em ambas as ações, juntando cópias da Resolução n. 21.702 e anexos com a tabela dos Municípios por Estado-membro, eleitorado em 03/2004, população 2003 (IBGE), porcentagem do eleitorado na população, vagas de Vereadores na eleição de 2000 e cálculo do Supremo Tribunal Federal.*

***Diante da peculiaridade do caso dos autos**, o eminente Min. Rel. Celso de Mello anotou, **no despacho** de fls. 247, "verbis":*

> *"(...) O **exame** do litígio jurídico-constitucional suscitado nesta sede de controle abstrato **parece sugerir a possibilidade** de eventual discussão em torno do denominado **efeito transcendente** dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento plenário **do RE 197.917**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **especialmente** em face das intervenções, a tal respeito, dos eminentes Ministros NELSON JOBIM, GILMAR MENDES e SEPÚLVEDA PERTENCE.*

É que tais intervenções *parecem haver ressaltado a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral,* ***do efeito vinculante*** *emergente da própria 'ratio decidendi' que motivou o julgamento do precedente mencionado.*

Essa visão do fenômeno da transcendência *– que esta Corte* ***admitiu*** *na decisão proferida* ***na Rcl 1.987/DF****, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA –* ***parece refletir*** *a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão,* ***consistente*** *no reconhecimento de que a eficácia vinculante* ***não só concerne*** *à parte dispositiva,* ***mas se refere****, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo Tribunal Federal,* ***como resulta claro*** *do magistério de GILMAR FERREIRA MENDES ('O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional',* ***'in'*** *Revista de Informação Legislativa, vol. 162/149-168, 2004, Senado Federal)* ***e*** *de ALEXANDRE DE MORAES ('Constituição do Brasil Interpretada e legislação Constitucional', p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2. ed., 2003, Atlas)."*

(...)

DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Cinge-se a questão de mérito *em saber* ***se*** *a observância pelo Tribunal Superior Eleitoral da interpretação do art. 29, IV, da Constituição da República,* ***efetuada*** *por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal no* ***RE n. 197.917****, Rel. Min. Maurício Corrêa,* ***é (ou não) constitucional****, ou seja,* ***se*** *o TSE está obrigado (ou não)* ***a cumprir*** *a interpretação constitucional* ***firmada*** *pelo STF,* ***adequando-se à força normativa da Constituição****.*

KONRAD HESSE*, desenvolvendo o postulado da força normativa da Constituição,* ***leciona****:*

"(...) A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. ***Essa força impõe de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional****. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (****Wille zur Verfassung****) (...)." [****A Força Normativa da Constituição****, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24, destaques não originais].*

Alicerçada *nesse postulado, a* ***jurisprudência*** *do Colendo Supremo Tribunal* ***tem reconhecido*** *a obrigatoriedade dos demais Tribunais observarem a interpretação do texto Constitucional efetivada pelo STF.* ***Veja-se****:*

"Recurso extraordinário. Agravo regimental. 2. Tributário. Contribuição Social. Lei 7.689/1988. Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 7.689/88. ***Precedentes****: Plenário,* ***RE*** *146.733-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 6-11-1992.* ***3. A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. 4. A não observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. 5.*** *Agravo regimental* ***a que se nega*** *provimento." (****RE nº 203498 AgR/DF****, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22.08.2003, destaques não originais).*

***Ressalte-se**, assim, **a necessidade de observância** pelo TSE da interpretação dos dispositivos da Constituição **realizada** pelo Supremo Tribunal no RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, **cujo teor** da ementa se transcreve abaixo:*

> *"**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. **MUNICÍPIOS**. **CÂMARA DE VEREADORES**. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. **NÚMERO DE VEREADORES** PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. **CF**, ART. 29, IV. **APLICAÇÃO** DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. **INVOCAÇÃO** DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. **INCONSTITUCIONALIDADE**, "INCIDENTER TANTUM", DA NORMA MUNICIPAL. **EFEITOS PARA O FUTURO**. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. **1.** O art. 29, IV, da Constituição Federal exige que o número de vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. **2.** Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, art. 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. **3.** Situação real e contemporânea em que municípios menos populosos têm mais vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. **4.** Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. **5.** Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resultem formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, art. 37). **6**. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, arts. 27 e 45, § 1º). (...)" (DJ de 7-5-2004, destaques não originais).*

Anote-se**, ainda, que o eminente Min. Sepúlveda Pertence, **voto vencido, no RE 197.917, considerou a necessidade de tratamento uniforme para todo o País**, decorrente **das inúmeras** situações em casos concretos, cujo pressuposto fático é o mesmo – **proporcionalidade** à população do número de vereadores nas Câmaras municipais, até mesmo em razão do princípio da isonomia. **Veja-se o voto-explicação:

> *"Senhor Presidente, **penso** que, para a tranquilidade dessa decisão que o Tribunal Superior Eleitoral terá que tomar – **e aí o apelo a Vossa Excelência** e ao seu dinamismo –, **é essencial** que o acórdão esteja publicado no menor tempo possível. **A partir daí**, submeterei ao Tribunal Superior Eleitoral como administrar esse problema. **Embora se cuide de um caso concreto, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria, é preciso***

dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o País." *(Destaques não originais).*

(...)

***Vê-se**, portanto, **que o TSE encontra-se vinculado à Constituição Federal e à interpretação conferida pelo STF ao texto constitucional**, sendo indiscutível a supremacia da força normativa da Constituição sobre as legislações inconstitucionais dos diversos Municípios brasileiros, haja vista que essas leis orgânicas municipais não poderiam vincular o TSE a incidir em inconstitucionalidade por omissão que tumultuaria todo o processo eleitoral (CF, art. 103, § 2º).*

***Pelo exposto**, o Advogado-Geral da União **manifesta-se pela improcedência** do pedido formulado na inicial, **em virtude** da indiscutível compatibilidade da Resolução n. 21.702, de 2004, do TSE, com o postulado da força normativa da Constituição.*

(**Grifei**.)

O eminente Procurador-Geral da República, Dr. CLAUDIO FONTELES, **por sua vez**, opinou, *preliminarmente*, **pelo não conhecimento** das presentes ações diretas, **por entender** que a resolução em questão "*não se reveste de densidade constitucional*", **manifestando-se**, de outro lado, **quanto ao mérito**, **pela improcedência** dos pedidos, **com apoio** em parecer que tem o seguinte fundamento:

***1. A Resolução n. 21.702-TSE** não atinge patamar de ato jurídico sujeito a controle de constitucionalidade: **considerações**. **Não conhecimento** do pleito.*

*2. **No mérito**, se alcançado, **a improcedência do pedido**. **Quando a Suprema Corte**, pouco importa se no exame incidental ou concentrado, **fixa interpretação definitiva de norma constitucional**, o que assim proclama, **e**, **por sua própria natureza**, **transcende** o dispositivo, **e necessariamente compreende o todo julgado**, **vale dizer**, **também sua motivação**.*

***1**. O Partido Progressista **quer** a declaração de inconstitucionalidade do **artigo 1º**, da Resolução n. 21.702, do Tribunal Superior Eleitoral, **por dizê-lo** em afronta aos **artigos 2º, 16 e 29 caput e inciso IV**, da Constituição Federal (**fl. 14**).*

***2**. Contemplo a motivação à edição da questionada Resolução.*

***3**. Está no próprio **artigo 1º**. De se ler, **verbis**:*

*"**Art. 1º** Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger **observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 197.917**, conforme as tabelas anexas." (fl. 161, grifei.)*

***Destaco** do voto do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, **verbis**:*

*'A **manifestação** do Supremo Tribunal Federal – **Guarda da Constituição**' – tomada por maioria qualificada de votos, ao cabo de aprofundado debate – **traduz a interpretação definitiva do art. 29, IV, da Lei Fundamental**.*

*Por sua vez, **no âmbito da sua missão constitucional**, não apenas de cúpula da jurisdição eleitoral, mas também de responsável maior pela administração geral dos pleitos, **incumbe ao TSE valer-se de sua competência regulamentar** para assegurar a uniformidade na aplicação das regras básicas do ordenamento eleitoral do país.*

***Em consequência**, proponho ao Tribunal aprovar resolução **nos termos** da minuta anexa." (**fl. 137**, grifei.)*

***5**. **Passo a contemplar** primeira reflexão.*

***6**. Como mesmo diz o il. Relator, Min. Sepúlveda Pertence, **o que aconteceu** no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral foi a edição de simples **ato regulamentar**, "para assegurar a uniformidade na aplicação das regras básicas **do ordenamento eleitoral do País**" (voto a **fl. 137**).*

***7**. Eis por que a **Resolução n. 21.702** é ato caracterizado, como está mesmo expresso no seu único **consideranda**, pela expressa alusão ao **inciso IX**, do **artigo 29**, do Código Eleitoral "**à execução deste Código**."*

***8**. **Dito ato**, portanto, **não se reveste de densidade constitucional, pelo que o pleito não cabe tenha conhecimento**.*

***9**. **No mérito**, se atingido, o artigo 1º **não criou** "uma regra independente das leis em vigor, ou seja, deu origem a uma nova lei eleitoral", **data venia** do que afirma a inicial a **fl. 5**.*

***10**. Por isso, **não violou** a autonomia municipal como traduzida no artigo 29 da Carta Constitucional.*

***11**. Como bem enfatizou o il. Min. Sepúlveda Pertence, em transcrição já aqui avivada – **item 4**, retro, deste parecer –, **no julgamento do RE n. 197.917**, **aconteceu** "**a interpretação definitiva do artigo 29**, **IV**, da Lei Fundamental", **feita** por quem é: "Guarda da Constituição".*

***12**. Ora, e aqui vamos a outro passo de reflexão, quando a Corte Suprema, **pouco importa se no exame incidental**, **ou concentrado**, **fixa interpretação definitiva de norma constitucional** o que assim proclamado, **e**, **por sua própria natureza**, **transcende** o dispositivo, **e necessariamente compreende o todo julgado**, vale dizer, **também sua motivação**.*

***13**. Nessa linha de pensar, incabível, por derradeiro, a menção ao **artigo 16** da Constituição.*

***14**. **A um**, já o disse, a Resolução n. 21.702 **não é lei, mas simples ato regulamentar**, de sorte que lugar não há a falar-se da carência anual, cogitada em tal artigo.*

15**. **A dois, não aconteceu alteração no processo eleitoral.

***16**. **Aconteceu a interpretação definitiva de norma constitucional** pelo único Colegiado a fazê-lo **com carga de peremptoriedade**.*

***17**. Pelo **não conhecimento** do pleito e, **no mérito**, se alcançado, **por sua improcedência**.*

(**Grifei**.)

Este é o relatório, de cujo texto a Secretaria **remeterá cópia** a todos os Ministros deste Egrégio Supremo Tribunal Federal (**Lei 9.868/1999**, art. 9º, "*caput*"; **RISTF**, art. 172).

VOTO

(Sobre inaplicabilidade, em regra, ao processo de controle normativo abstrato, dos institutos do impedimento e da suspeição)

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **A Resolução TSE** 21.702, de 2-4-2004, **objeto** de impugnação **na presente** sede de controle normativo abstrato, **foi subscrita** pelos eminentes Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, **então**

Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral, ELLEN GRACIE e CARLOS VELLOSO (fls. 161/162).

As informações que o E. TSE encaminhou a esta Suprema Corte, por efeito de solicitação que lhe dirigi, **como Relator** desta causa, foram prestadas pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, na condição de representante do órgão judiciário de que emanou o ato ora questionado.

Cabe verificar, desse modo, se os eminentes Ministros desta Suprema Corte que, na condição de membros integrantes do TSE, subscreveram a Resolução ora impugnada dispõem, ou não, de condições jurídico-legais **para participar** do julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Tenho para mim que inexiste, em relação aos eminentes Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, ELLEN GRACIE **e** CARLOS VELLOSO, qualquer situação de incompatibilidade que os impeça de exercer as suas funções jurisdicionais no exame da presente ação direta, eis que é prevalecente, no Supremo Tribunal Federal, **o entendimento jurisprudencial** quanto à inaplicabilidade, ao processo de controle normativo abstrato, dos institutos do impedimento e da suspeição.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando **informações** no processo, e os membros desta Corte, integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, que subscreveram o ato impugnado não estão impedidos **de participar** de julgamento de ações diretas nas quais seja questionada a constitucionalidade, "*in abstracto*", de resoluções emanadas daquela Egrégia Corte Eleitoral.

Esse entendimento – **de que não se registra**, em tal situação, qualquer hipótese de incompatibilidade dos Ministros desta Suprema Corte que integram o Tribunal Superior Eleitoral – veio a ser reiterado, por esta Suprema Corte, na **ADI 2.243/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, na **ADI 2.626/DF**, Rel. p/ o ac. Min. ELLEN GRACIE, na **ADI 2.628/DF**, Rel. p/ o ac. Min. ELLEN GRACIE, e na **ADI 2.321/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Não ignoro, Senhor Presidente, que é diverso, no plano do direito comparado, o tratamento normativo que outros sistemas jurídicos dispensam **ao tema** da incompatibilidade (impedimento/suspeição) em sede de controle normativo abstrato.

O ordenamento positivo de vários países que possuem Tribunais Constitucionais autoriza a aplicação **do regime** de impedimentos/suspeições aos juízes que compõem tais Cortes, mesmo quando se trate de processo **objetivo** de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como sucede, por exemplo, na Espanha (Lei Orgânica 2/1979, art. 10, "**h**"), na Colômbia (Decreto 2.067/1991, arts. 26 **a** 30, **c/c** o Regimento Interno da Corte Constitucional, art. 79), na Itália (Regimento Geral da Corte Constitucional, art. 14), em Portugal (Lei 28/1982, art. 29, n. 1), na República Federal da Alemanha (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, arts. 18 e 19), no Chile (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional,

art. 19), **na Turquia** (Lei 2.949/1983, art. 46) **e no Peru** (Lei 28.301/2004, art. 5º), **dentre outros**.

Não é por outra razão que GUSTAVO BINENBOJM ("**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**", p. 146/147, item n. V.1, 2001, Renovar), **ao examinar** o novo estatuto da jurisdição constitucional brasileira **consubstanciado** nas Leis 9.868/1999 **e** 9.882/1999, **assinala a inconveniência de se proceder** a uma "*restrição apriorística à possibilidade de arguição do impedimento ou suspeição dos juízes do Supremo Tribunal em sede de fiscalização abstrata (...)*", **preconizando** que a legislação **permita** a arguição de suspeição **e/ou** impedimento dos julgadores desta Corte **no âmbito** do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Não obstante razoável tal ponderação, **cabe reconhecer**, no entanto, que ela **encerra** solução "*de lege ferenda*", **a ser considerada**, desse modo, pelo legislador, **pois**, como já acentuado, **a jurisprudência** desta Corte **não admite** a aplicabilidade, aos juízes do Supremo Tribunal, **do regime** das suspeições **e/ou** impedimentos, **com ressalva** da situação examinada **na ADI 55/DF**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI (**RTJ** 146/3), **quando assim se definiu** a questão ora em exame:

> *(...)* ***acordam*** *os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária (...), preliminarmente,* ***conhecendo da Questão de Ordem*** *que lhe foi submetida pelo Senhor Ministro Presidente,* ***o Tribunal decidiu****, por unanimidade, que,* ***nos julgamentos*** *das ações diretas de inconstitucionalidade,* ***não está impedido o Ministro*** *que,* ***na condição*** *de Ministro de Estado,* ***haja referendado*** *a lei ou o ato normativo objeto da ação.* ***Também****, por unanimidade,* ***o Tribunal decidiu que está impedido****, nas ações diretas de inconstitucionalidade,* ***o Ministro*** *que,* ***na condição*** *de Procurador-Geral da República,* ***haja recusado*** *representação* ***para ajuizar*** *ação direta de inconstitucionalidade.*
> (**Grifei**.)

A diretriz jurisprudencial ora referida – **que reconhece não se aplicar**, *em regra*, **ao processo** de controle normativo abstrato de constitucionalidade, **qualquer** das hipóteses legais de incompatibilidade previstas **no art. 134** (impedimento) **e no art. 135** (suspeição), **ambos** do CPC – **encontra fundamento** na circunstância de que os institutos do impedimento **e** da suspeição **restringem-se ao plano dos processos subjetivos** (em cujo âmbito discutem-se situações individuais **e** interesses concretos), **não se estendendo nem incidindo**, *ordinariamente*, no processo de fiscalização abstrata, **que se define como típico processo de caráter objetivo** destinado a viabilizar "*o julgamento,* ***não de uma relação jurídica concreta****,* ***mas*** *de validade de lei em tese (...)*" (**RTJ 95/999**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei**).

Vale referir, neste ponto, **expressiva** passagem constante do voto que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **como Relator da ADI 2.243/DF**, **proferiu a propósito** da questão ora em exame:

(...) o ***processo*** *tem peculiaridades,* ***entre*** *as quais constatamos* ***a ausência*** *de envolvimento* ***de interesse subjetivo***. ***Esse fato****, a meu ver,* ***conduz à conclusão*** *de que o* ***Presidente*** *do Tribunal Superior Eleitoral,* ***que praticou*** *o ato impugnado* ***e que veio*** *a prestar informações,* ***não está impedido*** *de participar do julgamento.*
(**Grifei**.)

Revela-se viável, *no entanto*, **a possibilidade** de *qualquer* Ministro do Supremo Tribunal Federal **invocar** razões de foro íntimo (**CPC**, art. 135, parágrafo único) **como fundamento legítimo autorizador** de seu afastamento **e** consequente **não** participação, **inclusive** como Relator da causa, no exame **e** julgamento de processo de fiscalização **abstrata** de constitucionalidade.

Não é, porém, **o que sucede na espécie**, eis que, **embora** pudesse fazê-lo, **nenhum** Ministro desta Corte **invocou**, no caso, **com apoio** no art. 135, **parágrafo único**, do CPC, a ocorrência de "*motivo íntimo*", **circunstância** essa que torna aptos, para o presente julgamento, **todos** os Juízes desta Suprema Corte.

Não custa rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, que, **mesmo** que se tratasse de processos **de índole subjetiva**, instaurados **em matéria eleitoral** (em cujo âmbito são veiculados litígios de caráter individual e concreto), **ainda assim** não se caracterizaria hipótese de impedimento, **pois**, cuidando-se de causas **oriundas** do Tribunal Superior Eleitoral, **devem** elas ser julgadas, **por esta** Suprema Corte, **sob a égide** da norma inscrita **no parágrafo único** do art. 277 do RISTF, **que assim dispõe**:

Não estão impedidos *os Ministros que, no Tribunal Superior Eleitoral,* ***tenham funcionado*** *no mesmo processo* ***ou*** *no processo originário, os quais devem ser excluídos, se possível, da distribuição.*
(**Grifei**.)

Essa **mesma** orientação **acha-se consagrada** no enunciado constante **da Súmula 72/STF**, que possui a seguinte formulação:

No julgamento *de questão constitucional,* ***vinculada*** *a decisão do Tribunal Superior Eleitoral,* ***não estão impedidos*** *os Ministros do Supremo Tribunal Federal* ***que ali tenham funcionado*** *no mesmo processo,* ***ou*** *no processo originário.*
(**Grifei**.)

Sendo assim, **tendo em vista** as razões expostas – **e considerando que sequer se discutem** situações individuais **ou** interesses concretos **no âmbito** do controle normativo abstrato (**RTJ 164/505-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.254-AgR/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, **torna-se juridicamente legítima a possibilidade de atuação**, no julgamento **da presente** causa, **dos eminentes** Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, ELLEN GRACIE **e** CARLOS VELLOSO, **não obstante tenham participado**, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, da formação **e** da elaboração do ato ora questionado **nesta** sede processual.

Desse modo, **e considerados** os precedentes referidos, **reconheço que os Ministros do Supremo Tribunal Federal que subscreveram**, *no Tribunal*

Superior Eleitoral, o ato ora impugnado **não incidem** em qualquer situação de incompatibilidade processual.

É o meu voto.

VOTO
(Sobre preliminar de não conhecimento)

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): O eminente Procurador-Geral da República, **ao sustentar** que a Resolução TSE 21.702/2004 **traduz** ato de natureza **meramente** regulamentar, **propõe o não conhecimento** das presentes ações diretas de inconstitucionalidade (fls. 266/268).

Os autores (PP **e** PDT), contudo, **enfatizam** que o ato ora impugnado **reveste-se** de conteúdo normativo, **expondo-se**, por isso mesmo, **à possibilidade** da fiscalização **concentrada** de constitucionalidade.

Entendo não assistir razão ao eminente chefe do Ministério Público da União, **pois** a Resolução em causa **reveste-se** de suficiente densidade normativa, **apta a viabilizar** a instauração, na espécie, **do controle abstrato** por via de ação.

As agremiações partidárias que ajuizaram **as presentes** ações diretas **sustentam** que a Resolução TSE 21.702/2004 **teria desrespeitado**, de modo direto e frontal, **o texto** da Constituição, **notadamente** as normas **que consagram** os postulados da reserva de lei formal, da separação de poderes, da anterioridade eleitoral **e** da autonomia municipal.

Eis o teor da Resolução TSE 21.702/2004, **emanada** do E. Tribunal Superior Eleitoral **e objeto** de impugnação **nesta** sede de controle abstrato (fls. 161/162):

> ***RESOLUÇÃO N. 21.702***
> ***PETIÇÃO** N. 1.442 – **CLASSE 18ª** – DISTRITO FEDERAL (Brasília).*
> ***Relator**: Ministro Sepúlveda Pertence.*
> ***Instruções** sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município.*
> *O Tribunal Superior Eleitoral, **no uso** das atribuições **que lhe confere** o art. 23, IX, do Código Eleitoral, **resolve** expedir a seguinte Instrução:*
> ***Art. 1º** Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 197.917, conforme as tabelas anexas.*
> ***Parágrafo único**. A população de cada município, para os fins deste artigo, será a constante da estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em 2003.*
> ***Art. 2º** Até 1º de junho de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral verificará a adequação da legislação de cada município ao disposto no art. 1º e, na omissão ou desconformidade dela, determinará o número de vereadores a eleger.*

Art. 3º Sobrevindo emenda constitucional que altere o art. 29, IV, da Constituição, de modo a modificar os critérios referidos no art. 1º, o Tribunal Superior Eleitoral proverá a observância das novas regras.

Art. 4º Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

(**Grifei**.)

O exame do ato em referência **permite que nele se divise** a existência de regras **qualificadas** pelos atributos da impessoalidade **e** da generalidade abstrata, **o que lhe confere** a natureza de espécie normativa autônoma, **ainda** mais se se considerar – **segundo sustentam** os autores – que o TSE, **ao editar** a Resolução mencionada, **procedeu** a verdadeira regulamentação **direta** do próprio texto constitucional.

Cabe assinalar, neste ponto, **na linha** da jurisprudência **firmada** pelo Supremo Tribunal Federal (**RTJ 143/510**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **que a noção de ato normativo**, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, **pressupõe**, além da **autonomia jurídica** da deliberação estatal, **a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata**, **bem assim** de sua **impessoalidade**:

CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO EMANADA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – RELATIVA INDETERMINAÇÃO SUBJETIVA DE SEUS DESTINATÁRIOS – QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA.

*– **A noção de ato normativo**, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, **pressupõe**, além da **autonomia jurídica** da deliberação estatal, **a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata**, **bem assim** de sua **impessoalidade**. Esses elementos – **abstração**, **generalidade**, **autonomia** e **impessoalidade** – **qualificam-se como requisitos essenciais** que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como **norma** revestida de **eficácia subordinante** de comportamentos estatais **ou** de condutas individuais.*

(**ADI 2.321-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

*– **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 138/436), **em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade**, **firmou-se** no sentido de que a instauração desse controle **somente** tem pertinência, **se** o ato estatal questionado **assumir** a qualificação de **espécie normativa**, cujas notas tipológicas derivam da **conjugação** de **diversos** elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (**a**) coeficiente de generalidade abstrata, (**b**) autonomia jurídica, (**c**) impessoalidade **e** (**d**) eficácia vinculante das prescrições dele constantes.*

(**RTJ 176/655-656**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Todos esses elementos – **autonomia jurídica**, **abstração**, **generalidade e impessoalidade** – **qualificam-se como requisitos essenciais** que conferem, ao ato estatal, **a necessária** aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como **norma** revestida de **eficácia subordinante** de comportamentos estatais **ou** de condutas individuais.

Tenho para mim, desse modo – **e considerado o próprio conteúdo** da resolução emanada do TSE (**que se destaca** pelos atributos da generalidade abstrata **e** da impessoalidade) – **que se cuida**, na espécie ora em exame, **de ato revestido de suficiente densidade normativa**, **como tem sido assinalado** pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **na análise de causas idênticas** à que ora se aprecia nesta sede processual (**ADI 1.652/MS**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **ADI 1.781/SP**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **ADI 1.787/PE**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **ADI 1.797/PE**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 1.801/PE**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Diversa seria a situação, no entanto, **tal como acentua** a jurisprudência desta Corte, **se se tratasse** de resolução emanada do TSE **consubstanciadora de resposta a uma simples consulta**, **pois**, **em tal hipótese**, o Tribunal Superior Eleitoral **exerce**, no tema, "*competência materialmente administrativa*", **de cuja prática** resultam deliberações **desvestidas** de caráter vinculante:

> *(...)* ***5. Não conhecimento*** *da ação direta de inconstitucionalidade,* ***no que concerne*** *às resoluções referidas do TSE,* ***em respostas a consultas****, porque* ***não possuem*** *a natureza* ***de atos normativos****,* ***nem*** ***caráter vinculativo****. (...)*
> (**RTJ 188/448-450**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **Grifei**.)

A **especial** qualificação jurídica da Resolução em causa, como já acentuado, **ajusta-se** à orientação jurisprudencial que esta Corte **firmou** no tema, pois, **independentemente** da análise de sua constitucionalidade (**a ser aferida** em momento posterior, **quando** do julgamento do mérito), **o conteúdo** desse ato emanado do E. Tribunal Superior Eleitoral **autoriza** seja ele contrastado, **de modo direto e imediato**, com as normas de parâmetro, que, **inscritas** na Constituição da República, **foram invocadas**, pelos autores das presentes ações diretas, como **supostamente** vulneradas pelo ato ora questionado.

Tal circunstância **torna viável**, em consequência, a meu juízo, **a instauração**, na espécie, **do processo objetivo** de controle abstrato de constitucionalidade. **É que**, **por tratar-se** de ato estatal **impregnado** de suficiente densidade normativa, **a Resolução em exame preenche**, para efeito de instauração da jurisdição constitucional concentrada **desta** Corte, **as exigências** delineadas pela jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **construiu** em torno **da natureza** que deve assumir o ato objeto de impugnação **em sede** de fiscalização normativa abstrata.

Como se sabe, **e consoante tem advertido** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, **a prolação** do juízo de inconstitucionalidade – **que traduz** um juízo de desvalor – **não pode**, **nem deve depender**, **para efeito** de controle normativo abstrato, **da prévia análise** de outras espécies jurídicas **infraconstitucionais**, para, **somente** a partir desse exame **e em um** desdobramento exegético ulterior, **efetivar-se** o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do diploma questionado (**RTJ 179/864**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO).

Cabe não desconsiderar, portanto, **a advertência** do Supremo Tribunal Federal **no sentido** de que a **finalidade** a que se acha vinculado o processo de fiscalização normativa abstrata **restringe-se**, **tão somente**, **à aferição** de situações **alegadamente** caracterizadoras **de inconstitucionalidade direta**, **imediata e frontal** (**RTJ 133/69**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 134/558**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 137/580**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 139/67**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Desse modo, **para que se viabilize** o controle abstrato de constitucionalidade, **é necessário** que a situação de conflito, **entre** o ato estatal dotado **de menor** positividade jurídica **e** o texto da Constituição, **transpareça**, **de maneira direta e imediata**, **do cotejo** que se faça, **desde logo**, entre as espécies normativas em relação de antagonismo, **não se revelando cabível**, para esse fim, que o contraste hierárquico com a Carta Política seja feito **por via reflexa**, como sucederia naqueles casos em que se impusesse **o confronto prévio** do ato estatal impugnado com **qualquer** estatuto de caráter **meramente** legal (**RTJ 133/69**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 134/559**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 147/545-546**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 158/54-55**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 172/47-48**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **RTJ 176/1019-1020**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 2.628/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. ELLEN GRACIE).

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal **já deixou assentado** que, **em sede** de ação direta, a inconstitucionalidade **deve** transparecer, **diretamente**, do texto do ato estatal impugnado (**RTJ** 176/1019-1020), **sob pena de não conhecimento** desse meio extraordinário de impugnação, **que não pode** ser utilizado para o exame **de meras crises de legalidade** (**RTJ 152/352**, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

> *O confronto do ato questionado com os dispositivos da Carta teria que passar,* ***primeiramente****, pelo exame* ***in abstracto*** *de outras normas infraconstitucionais,* ***de tal forma que não haveria confronto direto*** *da lei em causa* ***com*** *a Constituição.*
>
> ***Não conhecimento*** *da ação.*
>
> (**ADI 1.692/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **Grifei**.)

Não é, porém, **o que sucede** na espécie ora em exame, **pois** a Resolução em causa **encerra**, em seu conteúdo material, **uma clara** "*norma de decisão*", **impregnada**, por si só, de autonomia jurídica **e revestida** de suficiente densidade normativa, **bastando**, para o reconhecimento do necessário coeficiente de normatividade qualificada (**que se requer** para o processo de fiscalização concentrada), **a constatação** de que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **fundado** no exercício do poder normativo que a ordem jurídica lhe atribuiu, **prescreveu** instruções gerais sobre o número de Vereadores a eleger **segundo** a população de cada Município, **observando**, no entanto, **para tal efeito**, os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal **no julgamento do RE 197.917/SP e incorporados**, pela Alta Corte Eleitoral, **nas tabelas** anexas à Resolução 21.702/2004 (fls. 161/162).

Em suma: o ato estatal em questão **subsume-se** à noção de espécie normativa autônoma, **contra a qual se torna legítima** a instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **como tem decidido** – *não custa reiterar* – **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 137/574**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RTJ 170/415**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK):

> *(...)* ***Esta Corte****, excepcionalmente,* ***tem admitido*** *ação direta de inconstitucionalidade* ***cujo objeto*** *seja decreto,* ***quando este****, no todo ou em parte,* ***manifestamente*** *não regulamenta lei,* ***apresentando-se****, assim,* ***como decreto autônomo****, o que dá margem a que seja ele examinado em face,* ***diretamente****, da Constituição* ***no que diz respeito*** *ao princípio da reserva legal. (...)*
> (**RTJ 142/718**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.)

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **rejeito a preliminar** suscitada pelo eminente Procurador-Geral da República **e**, em consequência, **conheço** das presentes ações diretas.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **O Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar o RE 197.917/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **nele proferiu**, em 24-3-2004, decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF****, ART. 29, IV.* ***APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO*** *DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE.* ***INCOMPATIBILIDADE*** *ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES.* ***INCONSTITUCIONALIDADE****, "INCIDENTER TANTUM", DA NORMA MUNICIPAL.* ***EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.***
>
> ***1.*** *O art. 29, inciso IV, da Constituição Federal exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas "a", "b" e "c".*
>
> ***2.*** *Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, art. 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.*
>
> ***3.*** *Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.*
>
> ***4.*** *Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.*

5. *Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, art. 37).*

6. *Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, arts. 27 e 45, § 1º).*

7. *Inconstitucionalidade, "incidenter tantum", da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 9 representantes.*

8. *Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos "ex tunc", resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.*

Recurso extraordinário ***conhecido e****, em parte,* ***provido****.*

(**Grifei**.)

Essa decisão plenária foi proferida por votação majoritária, **vencidos** os Ministros MARCO AURÉLIO, SEPÚLVEDA PERTENCE **e** CELSO DE MELLO.

Ao final desse julgamento – **que se transformou** no "*leading case*" **a propósito da interpretação definitiva** que esta Suprema Corte **deu** à cláusula de proporcionalidade consubstanciada **no inciso IV** do art. 29 da Constituição –, **registraram-se** as seguintes intervenções, **motivadas pela preocupação** deste Supremo Tribunal **com as eleições municipais de 2004**:

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM: *Senhor Presidente,* ***gostaria de fazer uma ponderação*** *ao Tribunal,* ***considerando a matéria já julgada****.*

Passa-se o seguinte*: pela legislação eleitoral – todos nós sabemos –,* ***no mês de junho****, começam as convenções partidárias* ***para fixação*** *dos candidatos. Os candidatos são relativos às vagas das Câmaras de Vereadores.* ***Nesse caso****, pela decisão,* ***reduziu-se*** *o número de Vereadores* ***e ficaria*** *em aberto se esperássemos a Lei Orgânica Municipal votar a matéria.* ***Creio que aqui*** *vamos ter um problema sério,* ***porque*** *os candidatos dos partidos políticos, a cada conjunto de partido político – ao que me lembro – dá cento e cinquenta por cento no número de candidatos correspondentes às vagas. Então, as coligações partidárias, inclusive, têm mais um ponto, mas os partidos individualmente, para cada nove vagas, ficam com o direito de ter cento e cinquenta por cento disso e assim sucessivamente.*

Ora*,* ***se nós não tivermos****, nesse período todo,* ***uma solução desta questão em todo o País****, tenho a impressão que vai haver uma enorme e terrível dificuldade para o processo eleitoral que se realizará.* ***Então****,* ***eu ponderaria****, e aqui, evidentemente, presente está o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral,* ***que isso seria uma matéria a ser regulamentada*** *pelo Tribunal Superior Eleitoral,* ***para dar eficácia*** *à situação* ***e viabilizar*** *a realização das eleições,* ***porque****, senão, vamos ter um imenso problema em relação a isso.*

(**Grifei**.)

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: *Senhor Presidente,* ***penso*** *que,* ***para a tranquilidade*** *dessa decisão que o Tribunal Superior Eleitoral terá que tomar – e aí o apelo a Vossa Excelência e ao seu dinamismo –* ***é essencial*** *que o acórdão esteja publicado no menor tempo possível.* ***A partir daí****, submeterei ao Tribunal Superior Eleitoral* ***como administrar*** *esse problema.* ***Embora*** *se cuide de um caso concreto, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria,* ***é preciso dar uma orientação uniforme*** *a esse respeito para todo o País.*
(**Grifei**.)

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES: *Senhor Presidente,* ***a propósito das observações*** *feitas pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim,* ***gostaria apenas de registrar*** *– e trarei numa outra oportunidade –* ***que esse caso****, e há necessidade de sua regulamentação pelo TSE,* ***está a demonstrar*** *a plena e completa superação da intervenção do Senado, aqui, neste tema.* ***Talvez*** *o Senado tenha uma função de mera publicação, de emprestar mera publicidade à decisão. De modo que, talvez em momento oportuno, devamos discutir isso em questão de ordem.*

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO: *Vossa Excelência me permite? Mesmo porque a lei em jogo no processo é uma lei local, e não se aplica em todo o território nacional, ou seja, não sugere a suspensão da execução no Brasil inteiro.*

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: *Esse é um caso em que não há necessidade.*

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Sim*, mas estamos* ***dando efeito transcendente****. (...).*

(**Grifei**.)

Em consequência dessas ponderações, **que compuseram o acórdão plenário** do Supremo Tribunal Federal no caso referido – **e cuja finalidade consistiu em viabilizar** a adoção, **pelo TSE**, de medida **que desse máxima eficácia** ao julgamento proferido no apelo extremo em questão –, **o Ministério Público Eleitoral**, por seu eminente chefe, **formulou representação**, dirigida ao E. Tribunal Superior Eleitoral, **propondo-lhe a edição** de resolução **destinada** a conferir efetividade **e** concreção **ao julgamento plenário**, realizado por esta Corte Suprema, **do RE 197.917/SP**.

Eis o teor da representação, que, **acolhida** pelo Tribunal Superior Eleitoral, **ensejou** a edição da Resolução TSE 21.702/2004 (**fls. 164/165**):

A Procuradoria Geral Eleitoral*, tendo conhecimento de que foi concluído, em 24 de março último, o julgamento* ***do RE n. 197.917-8/SP*** *(Rel. Min.* ***Maurício Corrêa****, DJ 31/3/2004),* ***vem expor e requerer*** *a Vossa Excelência o seguinte:*

*"****1. O Colendo*** *Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária (****vencidos*** *os Ministros* ***Sepúlveda Pertence****,* ***Marco Aurélio*** *e* ***Celso de Mello****), deu parcial provimento ao recurso, para, 'restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau,* ***declarar inconstitucional****, 'incidenter tantum',* ***o parágrafo único*** *do artigo 6º da Lei Orgânica n. 226, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela/SP,* ***e determinar*** *à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para*

adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores'.

***2. Estabeleceram-se** no julgado **precisos critérios** para a definição **do número** de Vereadores, **segundo** o número de habitantes do Município **e conforme** cada uma das três faixas populacionais constantes do art. 29 da Constituição (alíneas 'a', 'b' e 'c').*

***3. Objetivando assegurar a observância da orientação** emanada da Corte Suprema, **não apenas**, evidentemente, para o município de Mira Estrela, **mas para todos os municípios brasileiros**, **e considerando**, ainda, a proximidade das eleições municipais, **o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL**, **invocando** as competências dessa Corte Superior **previstas** no art. 23 do Código Eleitoral, **propõe a edição** de ato normativo que estabeleça prazo razoável às Câmaras Municipais para adaptação das respectivas leis orgânicas, **visando** ao pronto atendimento dos parâmetros de fixação do número de Vereadores.*

***4. Sugere-se**, por outro lado, **que o ato normativo** proposto **explicite** que o Tribunal Superior Eleitoral, **uma vez superado** o lapso temporal fixado sem correção das normas locais, **estabelecerá**, de ofício, **o número de Vereadores**, nos estritos termos **do que decidido no RE n. 197.917-8/SP**. (...)*"

(**Grifei**.)

O eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **então** Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao acolher a representação** proposta pelo Ministério Público Eleitoral, **assim fundamentou** o seu voto, **que foi seguido** pela unanimidade daquela Alta Corte judiciária, **inclusive** pelos eminentes Ministros ELLEN GRACIE **e** CARLOS VELLOSO (**fl. 165**):

*(...) **O meu voto acolhe a representação**.*

*A **manifestação** do Supremo Tribunal Federal – "Guarda da Constituição" – **tomada** por maioria qualificada de votos, ao cabo de aprofundado debate – **traduz a interpretação definitiva do art. 29**, **IV**, da Lei Fundamental.*

***Por sua vez**, no âmbito da sua missão constitucional, não apenas de cúpula da jurisdição eleitoral, mas também de responsável maior pela administração geral dos pleitos, **incumbe ao TSE** valer-se de sua competência regulamentar **para assegurar a uniformidade** na aplicação das regras básicas do ordenamento eleitoral do País.*

***Em consequência**, proponho ao Tribunal **aprovar resolução** nos termos da minuta anexa.*

***Além de visar à observância geral** dos critérios fixados pelo Supremo Tribunal Federal **para a determinação** do número de vereadores **em cada** município, **o texto** leva em conta a tramitação em ambas as casas do Congresso Nacional de propostas de emenda à Constituição para alterar a disciplina vigente da matéria.*

(**Grifei**.)

Em consequência dessa resolução, o E. Tribunal Superior Eleitoral, **que tem sido provocado** a declarar a inconstitucionalidade desse mesmo ato, **vem repelindo tal pretensão e confirmando a plena validade jurídico-constitucional** da Resolução TSE 21.702/2004, **vencido** o eminente Ministro

MARCO AURÉLIO, **em decisões** consubstanciadas em acórdãos assim ementados:

> ***Mandado de segurança. Resolução TSE 21.702/2004. Número*** *de vereadores para a legislatura 2005/2008.* ***Art. 29, IV****, Constituição da República.* ***Interpretação*** *do Supremo Tribunal Federal. Coisa julgada. Afastamento.*
>
> ***Regulamentação*** *feita pelo Tribunal Superior Eleitoral* ***no exercício*** *da sua competência (art. 23, IX, do Código Eleitoral).*
>
> *A* ***competência*** *das Câmaras de Vereadores* ***para fixar*** *o número de suas cadeiras,* ***nos termos*** *do art. 29, IV, Constituição da República,* ***deverá orientar-se segundo a interpretação que lhe foi dada*** *pelo colendo Supremo Tribunal Federal,* ***a quem compete*** *precipuamente a sua guarda. (...).*
>
> (**MS 3.173/SP**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA – **Grifei**.)

> ***RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ELEIÇÃO 2004. NÚMERO*** *DE CADEIRAS NA CÂMARA DE VEREADORES.* ***CUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO DO TSE****. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.*
>
> *– A* ***competência*** *das Câmaras de Vereadores* ***para fixar o número de cadeiras*** *daquela Casa* ***deve observar*** *o previsto no art. 29, IV, da Constituição Federal,* ***com a interpretação*** *dada pelo Supremo Tribunal Federal,* ***a quem compete*** *a guarda da Carta Magna.*
>
> (**RMS 337/RS**, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – **Grifei**.)

> ***ELEIÇÃO DE 2004. CÂMARA DE VEREADORES. CADEIRAS. NÚMERO. FIXAÇÃO****. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.* ***RESOLUÇÕES 21.702 E 21.803. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA****. DENEGAÇÃO DO PEDIDO DE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO* ***PROVIDO*** *PARA ESSE FIM. VOTO VENCIDO.* ***Não são inconstitucionais*** *as Resoluções 21.702 e 21.803,* ***baixadas*** *pelo Tribunal Superior Eleitoral.*
>
> (**RMS 362/SP**, Rel. p/ o ac. Min. CEZAR PELUSO – **Grifei**.)

> ***AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO*** *EM MANDADO DE SEGURANÇA.* ***Eleições 2004. Vereadores. Número. Fixação. Alteração****. Competência. Agravo Regimental. Fundamentos não invalidados.* ***Não provimento****.*
>
> *(...)*
>
> *A* ***edição*** *da Resolução 21.702/2004 se deu* ***em cumprimento à interpretação*** *do art. 29, IV, CF* ***dada pelo STF****.*
>
> *Tal norma* ***não fere*** *direito da Câmara de Vereadores* ***nem*** *de seus membros.*
>
> (**RMS 341-AgR/RS**, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – **Grifei**.)

O eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, **ao participar**, no Tribunal Superior Eleitoral, **com voto vencedor**, do julgamento do RMS 341-AgR/RS, **assim apreciou a matéria**:

> *(...)* ***E quando tomei ciência da resolução desta egrégia Casa****, entendi que ela tinha um caráter meramente expletivo,* ***ou seja****, ela* ***não*** *inovou primariamente a ordem jurídica;* ***limitou-se*** *a aplicar a Constituição* ***de modo didático****,* ***na mesma linha decisória do Supremo Tribunal Federal****. (...).*
>
> (**Grifei**.)

Vale rememorar, bem por isso, **consideradas as procedentes razões** expendidas pelo eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, **a corretíssima observação** que o eminente Ministro GILMAR MENDES fez, a esse **mesmo** propósito, **quando** do julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral, **do já mencionado** RMS 341-AgR/RS, **oportunidade em que bem justificou** a plena legitimidade constitucional **da Resolução TSE 21.702/2004**:

> ***Aqui se revelou um drama do nosso modelo difuso*** *de controle de constitucionalidade.* ***Em primeiro lugar****, porque se tratava de um Controle Difuso (...):* ***uma ação civil pública*** *movida pelo Ministério Público para eliminar um número de vereadores do Município de Mira Estrela.* ***E havia outras ações****, havendo, portanto, uma singularidade:* ***a ação civil pública*** *– todos sabemos,* ***é um processo de índole objetiva –****,* ***que buscava*** *a eliminação desses excedentes,* ***com a consequente*** *declaração de inconstitucionalidade.*
>
> ***O Supremo Tribunal Federal****, pelo voto do Ministro Maurício Corrêa,* ***acolhe a tese e fixa o tal critério de proporcionalidade*** *que está no art. 29, inciso IV, da Constituição.* ***A partir daí****, faz uma construção* ***quase que de caráter normativo****, extensível* ***não só*** *àquele município,* ***mas a tantos quantos se enquadrassem*** *nesta situação.* ***E tínhamos vários recursos extraordinários*** *tratando* ***da mesma*** *matéria* ***em municípios diferentes****, o que geraria, naquela quadra que antecedia a eleição, uma situação singular, porque teríamos essas definições nos casos impugnados e, depois, as indefinições, pois essa batalha judicial prosseguiria após as eleições com todas essas questões que estamos de certa forma experimentando.*
>
> ***Daí ter eu proposto****, no julgamento,* ***que fizéssemos o encaminhamento*** *no sentido da declaração de inconstitucionalidade com efeito para a próxima legislatura.* ***E foi o que se entendeu****, tendo dito o Ministro Sepúlveda Pertence que tal declaração poderia ser combinada com a edição de uma resolução pelo Tribunal Superior Eleitoral.*
>
> ***Como estamos numa fase de transição****, especialmente quanto ao modelo difuso,* ***pareceu-me*** *que essa seria a obra mais adequada para se fazer essa transição. Do contrário, teríamos a eternização das demandas em relação a todos esses outros municípios, que não preencheriam as condições e que teriam ações de impugnação alimentadas pelos mais diversos atores.*
>
> *(...)*
>
> *(...)* ***Na verdade****, o sistema já estava devidamente fixado* ***e sabíamos*** *que essas questões iriam se arrastar, com sérias consequências.*
>
> ***Ninguém quer imaginar****, por exemplo, o quadro levantado, relativo à eliminação de um ou dois vereadores de uma Câmara de vereadores, e saber como isso afeta o próprio processo legislativo já exercido.*
>
> *(...)*
>
> *(...)* ***Diante****, então, da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal,* ***teríamos um tumulto*** *em pouco mais de 5 mil municípios.*
>
> ***Por isso*** *que se fez essa opção,* ***que tem consequências*** *no nosso sistema integral de controle de constitucionalidade,* ***porque rompe*** *com a tal fórmula do Senado, de maneira muito clara. Aqui, já o uso da ação civil pública significa que não precisa comunicar ao Senado, num caso como este,* ***e atribui um tipo de efeito vinculante que transcende um caso concreto e abrange os fundamentos determinantes****. Em suma, é um caso de todo singular.*

> ***Daí o Tribunal ter optado**, de forma bastante responsável, **por não permitir** que houvesse a chamada repercussão retroativa e que o novo modelo só se aplicasse à legislatura futura – o que também foi uma novidade, utilizada em sede de controle incidental. (...).*
> (**Grifei**.)

Todos os aspectos que venho de referir, Senhor Presidente, **notadamente** as ponderações expostas pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **convencem-me** de que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao editar** a resolução ora questionada, **não incidiu** em qualquer transgressão ao ordenamento constitucional.

Sustenta-se que o Tribunal Superior Eleitoral, com tal ato, **teria desrespeitado** a norma inscrita **no art. 16** da Constituição da República, **que assim dispõe**:

> *A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.*

Tenho para mim, Senhores Ministros, **que não se registra**, na espécie, **a alegada** ofensa à cláusula constitucional em questão.

Cabe observar, neste ponto, que o legislador constituinte, **atento à necessidade** de coibir abusos **e** casuísmos **descaracterizadores** da normalidade **ou** da própria legitimidade do processo eleitoral **e sensível** às inquietações da sociedade civil, **preocupada e indignada** *com a deformante* **manipulação legislativa** das regras eleitorais, **operada**, *arbitrariamente*, **em favor** de correntes político-governamentais **detentoras** do poder, **fez inscrever**, no texto constante **do art. 16** de nossa Carta Política, **um postulado** de irrecusável importância ético-jurídica, **tal como reconhecido e proclamado** por esta Suprema Corte:

> *– **A norma inscrita no art. 16** da Carta Federal, **consubstanciadora** do princípio da anterioridade da lei eleitoral, **foi enunciada** pelo constituinte **com o declarado propósito** de impedir a deformação do processo eleitoral **mediante** alterações casuisticamente nele introduzidas, **aptas** a romper a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias **e** os próprios candidatos.*
> (**RTJ 144/696-697**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Essa norma **consagrou**, entre nós, **o princípio constitucional da anterioridade da lei eleitoral**, *que fez diferir*, no tempo, **o início da eficácia** da legislação **inovadora** do processo eleitoral.

Na realidade, a cláusula **inscrita no art. 16** da Constituição – **distinguindo** entre o plano da vigência **da lei**, de um lado, **e** o plano de sua eficácia, de outro – **estabelece** que o novo diploma legislativo, **emanado** do Congresso Nacional, **embora** vigente na data de sua publicação, **não se aplicará** às eleições que ocorrerem **em até um ano** contado da data de sua vigência, **inibindo-se**, desse modo, **a plenitude eficacial** das leis **que alterarem** o processo eleitoral.

Vê-se, portanto, que a norma inscrita **no art. 16** da Constituição **impõe** a análise de algumas categorias fundamentais da teoria geral do direito, que distingue, **referentemente** aos atos normativos – **pois é** o Congresso Nacional **o destinatário precípuo** do princípio da anterioridade eleitoral –, **três planos** em que se desenvolvem noções básicas a propósito do tema: (**a**) **o plano da existência da lei**, que se instaura, segundo alguns, **com a promulgação** desse ato estatal (CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 314, 11. ed., 1989, Saraiva) **ou**, segundo outros, **com a sanção** do respectivo projeto (JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, "**Lei Complementar Tributária**", p. 40, 1975, **RT**/EDUC); (**b**) **o plano da validade da lei**, cuja aferição decorre da compatibilidade, formal e material, dessa espécie normativa com a Constituição **e** (**c**) **o plano da eficácia da lei**, que se traduz na sua aptidão de gerar e produzir todas as suas consequências de ordem jurídica.

Nesse contexto, o preceito referido, **consubstanciado** no art. 16 da Carta Política, **não impede**, na matéria em questão, **a instauração** do processo de formação de leis **nem obsta** a própria edição desses atos estatais, **cuja eficácia jurídica**, no entanto, **ficará paralisada** até que se opere o decurso do lapso de um ano **a contar** de sua vigência.

Daí a correta observação de FÁVILA RIBEIRO ("**Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral**", p. 93, 1990, Fabris Editor), **para quem esse contingenciamento de ordem jurídico-temporal** imposto à atividade normativa **do Poder Legislativo**, no plano do direito eleitoral, **justifica-se** plenamente:

> *As instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrelevam os eleitorais,* ***a que não fiquem*** *ao sabor de dirigismo normativo das forças dominantes de cada período,* ***alterando-se as leis*** *sem qualquer resguardo ético, aos impulsos de eventuais conveniências, em círculo vicioso, para impedir que as minorias de hoje tenham legítima ascensão ao poder pelo genuíno consentimento do corpo de votantes.*
> (**Grifei**.)

Torna-se irrecusável, desse modo, **que a norma inscrita no art. 16** da Constituição da República **foi enunciada** pelo constituinte – **como o reconhece a própria doutrina** (PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1, p. 317, 1989, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1, p. 134, 1990, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. II, p. 1.123, 1989, Forense, **v.g.**) – **com o declarado propósito de impedir** a deformação do processo eleitoral **mediante** alterações **casuisticamente** nele introduzidas pelo Poder Legislativo, **aptas a romper a igualdade de participação** dos que nele atuam como protagonistas relevantes (as agremiações partidárias **e** os próprios candidatos), **lesando-lhes**, assim, com inovações **abruptamente** fixadas, **a garantia básica** de igual competitividade **que deve sempre prevalecer** nas disputas eleitorais.

A teleologia da norma constitucional em causa **foi bem ressaltada** por CELSO RIBEIRO BASTOS ("**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/596-597, 1989, Saraiva):

> *A preocupação fundamental consiste **em que a lei eleitoral** deve respeitar o mais possível **a igualdade** entre os diversos partidos, **estabelecendo** regras equânimes, **que não tenham** por objetivo favorecer **nem** prejudicar qualquer candidato ou partido. **Se a lei** for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações. **A lei eleitoral** deixa de ser aquele conjunto de regras isentas, a partir das quais os diversos candidatos articularão as suas campanhas, mas passa ela mesma a se transformar num elemento da batalha eleitoral.*
>
> ***É**, portanto, **a "vacatio legis"** contida neste art. 16, **medida saneadora e aperfeiçoadora** do nosso processo eleitoral.*
>
> (**Grifei**.)

Para os autores já mencionados, **a essência** do princípio constitucional da anterioridade da lei eleitoral **reside**, fundamentalmente, **no seu caráter moralizador**, "*que impede mudanças 'ad hoc' no processo eleitoral*" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1, p. 134, 1990, Saraiva), **a que se associa**, ainda, **a natureza salutar** do preceito, "*que busca proibir o casuísmo eleitoral, usado durante a época do Estado autoritário...*" (PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1, p. 317, 1989, Saraiva).

Cabe referir, ante a **precisão** de seu entendimento, **a observação** de WALTER CENEVIVA ("**Direito Constitucional Brasileiro**", p. 118, item n. 15, 3. ed., 2003, Saraiva):

> ***Sempre** com o mesmo objetivo, **há norma especial** destinada a evitar o chamado "casuísmo", **consistente** no impedimento de modificações **da lei** que, criando obstáculos à desejável rotatividade do seu exercício, beneficiem os detentores do poder.*
>
> *(...)*
>
> ***A norma constitucional**, na versão de 1993, excluiu o período obrigatório de suspensão da vigência da lei, **mas manteve o duplo objetivo de impedir mudanças constantes e de tornar conhecida a regra do jogo eleitoral** com suficiente antecedência, **de modo a igualar** as oportunidades dos disputantes.*
>
> (**Grifei**.)

Se o princípio da anterioridade eleitoral, portanto, **tem por destinatário precípuo** o próprio Poder Legislativo da União, **pois visa a diferir**, no tempo, **a própria** carga eficacial **do ordenamento** eleitoral **regularmente** positivado, **cabe acentuar**, por necessário, **que a função inibitória** desse postulado **só** se instaurará, **quando** o ato normativo editado pelo Congresso Nacional **importar em alteração** *do processo eleitoral*, **pois o sentido maior** de que se acha impregnado **o art. 16** da Constituição **reside na necessidade de preservar-se** uma garantia básica assegurada, **não só** aos candidatos, **mas**, também, **destinada** aos próprios

cidadãos, **a quem assiste** o direito de receber, **do Estado**, o necessário grau de segurança **e** de certeza jurídicas **contra** alterações *abruptas* das regras **inerentes** à disputa eleitoral.

Cabe rememorar, neste ponto, **que o processo eleitoral**, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, **supõe**, em função dos objetivos que lhe são inerentes, **a sua integral submissão** a uma disciplina jurídica que, **ao discriminar** os momentos que o compõem, **indica as fases** em que ele se desenvolve: (**a**) **fase pré-eleitoral**, que, **iniciando-se** com a realização das convenções partidárias **e** a escolha de candidaturas, **estende-se** até a propaganda eleitoral respectiva; (**b**) **fase eleitoral propriamente dita**, **que compreende** o início, a realização **e** o encerramento da votação **e** (**c**) **fase pós-eleitoral**, **que principia** com a apuração **e** contagem de votos **e termina** com a diplomação dos candidatos eleitos, **bem assim** dos seus respectivos suplentes.

Para ANTONIO TITO COSTA ("**Recursos em Matéria Eleitoral**", p. 113, item n. 7.2, 4. ed., 1992, **RT**), **o processo eleitoral** em si mesmo considerado – **que tem**, **na diplomação**, "*o ponto culminante de todo um sucessivo complexo de atos administrativos-judiciais*" – **constitui**, na globalidade **das etapas** que o compõem, **um** "***iter***" que "*vai desde a escolha dos candidatos em convenção partidária, até sua eleição, proclamação e diplomação*".

JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 377, item n. 20, 23. ed., 2004, Malheiros), **ao definir** o alcance **e** a extensão **do procedimento eleitoral** (e das fases que o compõem), **assinala**:

> ***O procedimento eleitoral compreende*** *uma sucessão de atos e operações encadeadas com vista à realização do escrutínio e escolha dos eleitos. Desenvolve-se em três fases basicamente: (**1**) **apresentação** das candidaturas; (**2**) **organização** e realização do escrutínio; (**3**) **contencioso** eleitoral.*
> (**Grifei**.)

Definido, assim, de um lado, o sentido jurídico-constitucional da expressão *processo eleitoral* – **que se inicia** com as convenções partidárias **e** a apresentação das candidaturas **e termina** com o ato de diplomação – **e identificada**, de outro, a "*mens*" que deve orientar o intérprete **na exegese** do princípio constitucional da anterioridade da lei eleitoral **proclamado no art. 16** da Carta Política (**a necessidade** de impedir a utilização abusiva **e** casuística **do processo de elaboração** das espécies normativas como instrumento de manipulação **e** deformação dos pleitos eleitorais), **torna-se forçoso concluir** que a Resolução TSE 21.702/2004, **que meramente explicitou** interpretação constitucional **anteriormente** dada por esta Suprema Corte, **não pode ser acoimada** de vulneradora da cláusula constitucional em questão.

Tenho para mim, por isso mesmo, que a Resolução em causa, **além de não alcançada** pelo princípio constitucional em questão, **também não implicou modificação** do processo eleitoral. **É que**, no que se refere a este **último** aspecto, **foi ela editada** em 2-4-2004 (fl. 159), **sendo** que as convenções partidárias **para a escolha** dos candidatos ao mandato de Vereador **somente** puderam realizar-se

a partir de 10-6-2004, **consoante** o Calendário Eleitoral de 2004 **aprovado** pela Resolução TSE 21.518/2003.

Isso significa dizer que tais convenções **regeram-se pelo que constava** do ato ora impugnado, **que se aplicou**, de maneira homogênea, **a todos** os partidos políticos e candidatos, **sem** provocar qualquer desequilíbrio entre eles, **dispensando-lhes** tratamento equânime, **desvestido**, em consequência, de **qualquer** sentido discriminatório.

Disso resulta que a Resolução TSE 21.702/2004 – **por não haver rompido** a igualdade de participação das agremiações partidárias e respectivos candidatos no processo eleitoral, **por não haver transgredido** a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, **por não haver produzido** qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais de 2004, **por não haver instaurado** qualquer fator de perturbação desse pleito eleitoral **e por não haver sido motivada** por qualquer propósito casuístico da Justiça Eleitoral – **não comprometeu** a finalidade mesma **visada** pelo legislador constituinte, **quando prescreveu** a norma **inscrita** no art. 16 da Constituição.

É importante registrar, ainda, **tal como assinalado** pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, que "***A fixação****, em si,* ***do número de cadeiras*** *da Câmara Municipal* ***distancia-se*** *do gênero 'processo eleitoral' (...)*" (**MS 2.103/RS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Grifei**), **razão pela qual** essa mesma E. Corte judiciária **afirmou ser plenamente válida** a alteração do número de cadeiras, **ainda** que efetivada "*no próprio ano em que realizadas as eleições*".

Cabe fazer, aqui, uma **outra** observação, **consistente** no fato de que, **se se entender** que a definição da composição numérica das Câmaras Municipais **traduz** *tema estranho* à competência da Justiça Eleitoral, **revelar-se-á**, então, **inaplicável**, ao caso ora em exame, **o princípio** *da anterioridade eleitoral*, **eis** que se estará, **presente** esse entendimento, **em face** de típica matéria *de caráter político-administrativo*, **e não** de matéria de índole eleitoral.

Se se analisar essa questão, portanto, **sob tal prisma**, **forçoso reconhecer** que o Tribunal Superior Eleitoral **teria ultrapassado** os limites de sua competência, **cuja definição**, no entanto, **ao contrário do que sucedia** nos regimes constitucionais anteriores (**CF/1969**, art. 137, **p. ex.**) – que proclamavam, **em sede constitucional**, **em favor** da Justiça Eleitoral, "*um conjunto irredutível de atribuições, suscetíveis, não obstante, de ampliação*" (**RTJ 100/1005**, Rel. Min. RAFAEL MAYER) –, **hoje não mais decorre** da própria Constituição, **pois esta**, em seu art. 121, "*caput*", **submeteu**, ao domínio normativo **da lei complementar**, "*a organização* ***e*** *competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais*".

Analisada a controvérsia sob esse **específico** aspecto, **e por não estar** em discussão, desse modo, matéria eleitoral – **mas**, sim, **tema** de índole político-administrativa, **sujeito** à competência da Justiça **comum** dos Estados-membros (**RT** 180/236 – **RT** 180/370 – **RT** 183/236 – **RT** 184/86 – **RT** 208/345 – **RT** 246/517 – **RT** 363/138,

v.g.) –, **revelar-se-ia inadequada**, uma vez admitida essa premissa, **a invocação** do princípio da anterioridade eleitoral **a que se refere** o art. 16 da Constituição, **o que faria instaurar**, na espécie, *aí sim*, **mero** exame de atuação "*ultra vires*" da Justiça Eleitoral, **em análise** a ser efetuada no plano da **estrita** legalidade, **inviabilizando-se**, até mesmo, por **efeito** consequencial, **o próprio** cabimento da ação direta de inconstitucionalidade.

De qualquer maneira, no entanto, **entendo** que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao editar** a resolução questionada, **não transgrediu** a norma consubstanciada **no art. 16** da Constituição.

E não o fez, porque, **tratando-se** de atribuições **inerentes** ao Poder Judiciário, **não há como submeter**, em regra, a eficácia das decisões **e** resoluções da Justiça Eleitoral à norma inscrita **no art. 16** da Constituição, **notadamente** quando proferidas no desempenho da função jurisdicional **ou**, como no caso, **em decorrência de julgamento definitivo** do Supremo Tribunal Federal **a propósito** de controvérsia **que esta** própria Corte **dirimiu** no exercício de sua jurisdição constitucional, **fixando diretriz hermenêutica em torno** da compreensão, da aplicabilidade **e** da incidência da cláusula de proporcionalidade consubstanciada **no inciso IV** do art. 29 da Constituição.

Torna-se relevante enfatizar que o Tribunal Superior Eleitoral, como já referido, **ao editar** a resolução questionada, **consubstanciadora** de mera explicitação de anterior julgamento **desta** Suprema Corte, **proferido** em sede de controle incidental de constitucionalidade, **limitou-se** a agir em função de postulado essencial à valorização da própria ordem constitucional, cuja observância **fez prevalecer**, no plano do ordenamento positivo, a força normativa, a unidade **e** a supremacia da Lei Fundamental da República.

Pelas razões ora expostas, portanto, **afasto** a alegação de que a Resolução em causa **teria** desrespeitado **o art. 16** da Constituição da República.

Sustenta-se, finalmente, que o Tribunal Superior Eleitoral **teria vulnerado** a autonomia municipal, de um lado, **e transgredido** o princípio da separação de poderes, de outro.

Também entendo improcedentes tais alegações.

Cabe enfatizar, no ponto, **por necessário**, que o E. Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a resolução em causa, **nada mais fez** *senão dar expansão* **a uma interpretação constitucional**, que, **emanada** do Supremo Tribunal Federal, **definiu** o exato alcance **e** o preciso significado **da cláusula** inscrita **no inciso IV** do art. 29 da Constituição.

Ao assim proceder, o Tribunal Superior Eleitoral, **atuando** em sua condição de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral – **o que lhe confere** responsabilidade pela realização **e** supervisão das eleições em nosso País –, **objetivou dissipar** dúvidas que pudessem fazer instaurar, no processo das eleições municipais, **grave** situação de insegurança jurídica **a propósito** de controvérsia **que esta** Suprema Corte **acabara de resolver** em julgamento plenário **no qual**

o Supremo, desempenhando a prerrogativa extraordinária que lhe conferiu a Lei Fundamental, exerceu *o monopólio da última palavra* na interpretação do art. 29, IV, da Constituição da República.

Na realidade, o Tribunal Superior Eleitoral, **expondo-se à eficácia irradiante** dos motivos determinantes **que fundamentaram** o mencionado julgamento plenário **do RE 197.917/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **submeteu-se**, na elaboração do ato ora questionado, **ao princípio da força normativa** da Constituição, **que representa diretriz relevante** no processo de *interpretação concretizante* do texto constitucional.

O que fez a Alta Corte Eleitoral, na verdade, Senhor Presidente, **foi buscar solução** – *plenamente legitimada* pelo postulado da força normativa da Constituição – **que prevenisse e neutralizasse** situações **que certamente comprometeriam** a correta composição das Câmaras Municipais brasileiras, **considerada a existência**, na matéria, **de grave** controvérsia jurídica **resultante** do ajuizamento, pelo Ministério Público, **de inúmeras** ações civis públicas em que se questionava a **interpretação** da cláusula de proporcionalidade inscrita **no inciso IV** do art. 29 da Lei Fundamental da República.

Por tal razão, o Tribunal Superior Eleitoral, **tendo a percepção da gravidade dos problemas** suscitados pela realidade concreta dos Municípios cujas Leis Orgânicas **se acham em conflito** com a interpretação **que esta** Suprema Corte deu **ao inciso IV** do art. 29 da Constituição, **consagrou**, em função **da disparidade** das diretrizes de composição numérica **adotadas** por tais estatutos municipais, **critérios homogêneos** de definição do número de Vereadores, **tais como estabelecidos** pelo Supremo Tribunal Federal **em interpretação definitiva** que fixou o significado **e** o alcance da cláusula de proporcionalidade **inscrita** no preceito constitucional mencionado.

Cumpre ter presente, neste ponto, **em reconhecimento da legitimidade constitucional** da Resolução TSE 21.702/2004, **a advertência** do magistério doutrinário (MANOEL MESSIAS PEIXINHO, "**A Interpretação da Constituição**", p. 83/84, item n. 3.2.3, 2. ed., 2000, Lumen Juris; PAULO BONAVIDES, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 481/482, item n. 11, 13. ed./2ª tir., 2003, Malheiros) **no sentido de que**, **tal como assinala** KONRAD HESSE ("**A Força Normativa da Constituição**", p. 20/23, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991), **a interpretação** do texto constitucional – **que sempre exige**, de quem a realiza, **uma pré-compreensão** do conteúdo normativo da Constituição – **há de efetivar-se** na perspectiva de um dado problema concreto, **de tal modo** que a resolução judicial da controvérsia **propicie** máxima efetividade à norma constitucional em exame, **precisamente** na linha do que fez o E. Tribunal Superior Eleitoral, **que adotou**, com a Resolução em causa, **medida** destinada **a valorizar e a dar plena eficácia** à jurisdição constitucional **desta** Suprema Corte, **consubstanciada** no ato interpretativo, que, **concretizado** no já referido julgamento plenário, **estabeleceu** diretriz hermenêutica **que pautou** a **correta** edição, **pelo TSE**, do ato ora questionado **nesta** sede processual.

É importante rememorar, **tal como** tive o ensejo de assinalar **no início** deste voto, **o debate** de que resultou – **já ao final** do julgamento plenário **do RE 197.917/SP**, **quando assentada**, pelo Supremo, **a interpretação constitucional definitiva** da matéria em exame – **a proposta desta** Suprema Corte, **dirigida** ao Tribunal Superior Eleitoral, **no sentido** de que, por essa Alta Corte Eleitoral, **fossem adotadas** medidas destinadas **a implementar**, de maneira homogênea, **os critérios** consagrados na decisão mencionada, **afastando**, em consequência, **quaisquer** divergências interpretativas **em torno** da cláusula de proporcionalidade prevista **no inciso IV** do art. 29 da Constituição, **em ordem a conferir** uniformidade **e a assegurar** normalidade às eleições municipais **que se realizariam** em outubro de 2004:

> ***O SR. MINISTRO NELSON JOBIM****: Senhor Presidente, gostaria de fazer uma ponderação ao Tribunal, considerando a matéria já julgada.*
>
> *Passa-se o seguinte: pela legislação eleitoral – todos nós sabemos –, no mês de junho, começam as convenções partidárias para fixação dos candidatos. Os candidatos são relativos às vagas das Câmaras de Vereadores. Nesse caso, pela decisão, reduziu-se o número de Vereadores e ficaria em aberto se esperássemos a Lei Orgânica Municipal votar a matéria. Creio que aqui vamos ter um problema sério, porque os candidatos dos partidos políticos, a cada conjunto de partido político – ao que me lembro – dá cento e cinquenta por cento no número de candidatos correspondentes às vagas. Então, as coligações partidárias, inclusive, têm mais um ponto, mas os partidos individualmente, para cada nove vagas, ficam com o direito de ter cento e cinquenta por cento disso e assim sucessivamente.*
>
> *Ora, se nós não tivermos, nesse período todo, uma solução desta questão em todo o País, tenho a impressão que vai haver uma enorme terrível dificuldade para o processo eleitoral que se realizará. Então, eu ponderaria, e aqui, evidentemente, presente está o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, que isso seria uma matéria a ser regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral, para dar eficácia à situação e viabilizar a realização das eleições, porque, senão, vamos ter um imenso problema em relação a isso.*
>
> ***O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE:*** *Senhor Presidente, penso que, para a tranquilidade dessa decisão que o Tribunal Superior Eleitoral terá que tomar – e aí o apelo a Vossa Excelência e ao seu dinamismo – é essencial que o acórdão esteja publicado no menor tempo possível. A partir daí, submeterei ao Tribunal Superior Eleitoral como administrar esse problema. Embora se cuide de um caso concreto, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria, é preciso dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o País.*
>
> ***O SR. MINISTRO GILMAR MENDES****: Senhor Presidente, a propósito das observações feitas pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, gostaria apenas de registrar – e trarei numa outra oportunidade – que esse caso, e há necessidade de sua regulamentação pelo TSE, está a demonstrar a plena e completa superação da intervenção do Senado, aqui, neste tema. Talvez o Senado tenha uma função de mera publicação, de emprestar mera publicidade à decisão. De modo que, talvez em momento oportuno, devamos discutir isso em questão de ordem.*
>
> ***O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO****: Vossa Excelência me permite? Mesmo porque a lei em jogo no processo é uma lei local, e não se aplica em todo o território nacional, ou seja, não sugere a suspensão da execução no Brasil inteiro.*

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: *Esse é um caso em que não há necessidade.*

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES*: Sim, mas estamos dando efeito transcendente. (...)*

(**Grifei**.)

Vê-se, pois, **na linha** do que destacou o eminente Ministro GILMAR MENDES, que **esta** Suprema Corte **deu efeito transcendente** aos próprios motivos determinantes **que deram suporte** ao julgamento plenário do RE 197.917/SP.

Esse aspecto **assume** relevo indiscutível, **pois permite examinar** a presente controvérsia constitucional **em face do denominado efeito transcendente** dos motivos determinantes **subjacentes** à decisão declaratória de inconstitucionalidade **proferida** no julgamento plenário do **RE 197.917/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **especialmente em decorrência** das intervenções dos eminentes Ministros NELSON JOBIM, GILMAR MENDES **e** SEPÚLVEDA PERTENCE.

Cabe referir, em particular, **neste ponto**, **a intervenção** do eminente Ministro GILMAR MENDES, **que ressaltou** a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, **do efeito vinculante** emergente **da própria** "*ratio decidendi*" **que motivou** o julgamento do precedente mencionado.

Essa visão do fenômeno **da transcendência** – que esta Corte **admitiu** na decisão proferida **na Rcl 1.987/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **reflete a preocupação** que a doutrina **vem externando** a propósito dessa **específica** questão, **consistente no reconhecimento** de que a eficácia vinculante **não só concerne** à parte dispositiva, **mas refere-se**, também, **aos próprios fundamentos determinantes** ("*ratio decidendi*") do julgado declaratório de inconstitucionalidade **emanado** do Supremo Tribunal Federal, **como resulta claro** do magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, "**O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional**", "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 162/149-168, 2004, Senado Federal; ALEXANDRE DE MORAES, "**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**", p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2. ed., 2003, Atlas).

É importante ressaltar que essa preocupação, **realçada** pela doutrina, **tem em perspectiva** um dado **de insuperável** relevo político-jurídico, **consistente na necessidade** de preservar-se, em sua integralidade, **a força normativa da Constituição**, que resulta da **indiscutível** supremacia, formal **e** material, **de que se revestem** as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, **hão de ser valorizadas** em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, **como enfatizam** autores eminentes (ALEXANDRE DE MORAES, "**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**", p. 109, item n. 2.8, 2. ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "**Controle de Constitucionalidade**", p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, "**Constituição**

de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia", p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**", p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**", p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, **v.g**.).

Cabe destacar e reconhecer, pois, **considerando-se** o contexto em questão, **que assume** papel **de essencial** importância a interpretação constitucional **derivada** das decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja função institucional**, de "*guarda da Constituição*" (**CF**, art. 102, "*caput*"), **confere-lhe** *o monopólio da última palavra* em tema **de exegese** das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, **como tem sido assinalado**, com particular ênfase, **pela jurisprudência** desta Corte Suprema:

> *(...) **A interpretação** do texto constitucional **pelo STF deve** ser acompanhada pelos **demais** Tribunais. (...) **A não observância** da decisão desta Corte **debilita a força normativa** da Constituição. (...).*
> (**RE 203.498-AgR/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Grifei**.)

Impõe-se relembrar, a propósito desse tema, **e considerando-se** a controvérsia instaurada **nesta** sede processual, **as valiosas observações** que, a tal respeito, **expendeu** o eminente Ministro GILMAR MENDES ("**O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional**", "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 162/149-168, **163-166**, 2004, Senado Federal):

> ***Vê-se**, assim, que a Constituição de 1988 **modificou** de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.*
>
> *O Supremo Tribunal Federal **percebeu que não poderia deixar de atribuir** significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade **proferida** em sede de controle incidental, **ficando** o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. **Não há dúvida** de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. **Embora na fundamentação** desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, **é certo que**, em verdade, **a orientação** do Supremo **acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante**, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).*
>
> *(...)*
>
> ***Como se vê**, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal **em sede de controle incidental** acabam por ter eficácia **que transcende** o âmbito da decisão, **o que indica** que a própria Corte **vem fazendo uma releitura** do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição es-*

tabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

(...)

***Ao se entender que a eficácia ampliada** da decisão **está ligada** ao papel especial da jurisdição constitucional **e**, especialmente, **se considerarmos** que o texto constitucional de 1988 **alterou substancialmente** o papel desta Corte, **que passou** a ter uma função preeminente **na guarda** da Constituição **a partir** do controle direto exercido na ADIn, na ADC e na ADPF, **não há como deixar de reconhecer** a necessidade de uma nova compreensão do tema.*

***A aceitação das ações coletivas** como instrumento de controle de constitucionalidade **relativiza** enormemente **a diferença** entre os processos de índole objetiva **e** os processos de caráter estritamente subjetivo. **É que a decisão** proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo **não mais poderá** ser considerada uma decisão "inter partes".*

*De qualquer sorte, **a natureza idêntica** do controle de constitucionalidade, **quanto** às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, **não mais parece legitimar** a distinção **quanto** aos efeitos das decisões proferidas no controle direto **e no controle incidental**.*

***Somente essa nova compreensão** parece apta a explicar o fato de o Tribunal **ter passado a reconhecer efeitos gerais** à decisão proferida **em sede de controle incidental**, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem "efeito transcendente" às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.*

***Esse conjunto** de decisões judiciais e legislativas **revela**, em verdade, **uma nova compreensão** do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.*

***É possível**, sem qualquer exagero, **falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional** em razão da completa reformulação do sistema jurídico (...).*

(**Grifei**.)

Vale referir, ainda, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **o douto parecer** do eminente Advogado-Geral da União, **em passagem inteiramente aplicável** à situação que ora se examina **na presente** sede de controle de constitucionalidade, **em que se busca atribuir**, ao julgamento que esta Corte proferiu **na interpretação definitiva** de determinado preceito da Constituição, **a eficácia natural** que dele **necessariamente** deve resultar, **considerado**, para tal efeito, **o princípio da força normativa da Constituição** (fls. 252/255):

***Cinge-se a questão de mérito** em saber **se a observância** pelo Tribunal Superior Eleitoral da interpretação do art. 29, IV, da Constituição da República, efetuada por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal no RE n. 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, **é** (ou não) constitucional, **ou seja**, se o TSE **está** obrigado (ou não) **a cumprir** a interpretação constitucional **firmada** pelo STF, **adequando-se à força normativa da Constituição**.*

(...)

***Alicerçada** nesse postulado, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal tem reconhecido a obrigatoriedade dos demais Tribunais observarem a interpretação do texto Constitucional efetivada pelo STF. **Veja-se**:*

"Recurso extraordinário. Agravo regimental. 2. Tributário. Contribuição social. Lei 7.689/1988. Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 7.689/1988.

Precedentes: Plenário, RE 146.733/-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 6-11-1992. ***3. A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. 4. A não observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. 5. Agravo regimental a que se nega provimento****."*

(RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 22-8-2003, destaques não originais.)

Ressalte-se*, assim,* ***a necessidade de observância*** *pelo TSE da interpretação dos dispositivos da Constituição* ***realizada*** *pelo Supremo Tribunal* ***no RE n. 197.917****, Rel. Min. Maurício Corrêa (...).*

(...)

Anote-se*, ainda, que o eminente Min. Sepúlveda Pertence, voto-vencido, no RE n. 197.917,* ***considerou a necessidade de tratamento uniforme*** *para todo o País, decorrente das inúmeras situações em casos concretos,* ***cujo pressuposto fático é o mesmo*** *– proporcionalidade à população do número de vereadores nas Câmaras municipais, até mesmo em razão do princípio da isonomia.* ***Veja-se*** *o voto-explicação:*

"Senhor Presidente, penso que, para a tranquilidade dessa decisão que o Tribunal Superior Eleitoral terá que tomar – e aí o apelo a Vossa Excelência e ao seu dinamismo – é essencial que o acórdão esteja publicado no menor tempo possível. A partir daí, submeterei ao Tribunal Superior Eleitoral como administrar esse problema. ***Embora se cuide de um caso concreto, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria, é preciso dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o País.****"*

(...)

Vê-se, portanto, que o TSE encontra-se vinculado à Constituição Federal e à interpretação conferida pelo STF ao texto constitucional*, sendo, indiscutível, a supremacia da força normativa da Constituição sobre as legislações inconstitucionais dos diversos Municípios brasileiros, haja vista que essas leis orgânicas municipais não poderiam vincular o TSE a incidir em inconstitucionalidade por omissão que tumultuaria todo o processo eleitoral (****CF****, art. 103, § 2º).*

(**Grifei**.)

Não foi por outra razão que o eminente Procurador-Geral da República, por sua vez, **ao pronunciar-se** pela inteira validade constitucional da Resolução em causa, **e após acentuar** que o ato em questão "***não criou*** *uma regra independente das leis em vigor*", **não havendo** dado origem, portanto, "*a uma nova lei eleitoral*", **motivo por que** "*não violou a autonomia municipal, como traduzida no artigo 29 da Carta Constitucional*" (fl. 267), **assinalou**, com inteira propriedade (fl. 268):

Como bem enfatizou o il. Min. Sepúlveda Pertence, em transcrição já aqui avivada – ***item 4****, retro, deste parecer –, no julgamento do* ***RE n. 197.917****, aconteceu "****a interpretação definitiva do artigo 29, IV****, da Lei Fundamental", feita por quem é: "Guarda da Constituição".*

Ora, e aqui vamos a outro passo de reflexão, quando a Corte Suprema, pouco importa se no ***exame incidental****, ou concentrado,* ***fixa interpretação definitiva de norma constitucional*** *o que assim proclamado,* ***e por sua própria natureza****,* ***trans-***

***cende** o dispositivo, **e necessariamente compreende o todo julgado**, vale dizer, **também** sua motivação.*

(...)

***Aconteceu a interpretação definitiva de norma constitucional** pelo único Colegiado a fazê-lo com carga de peremptoriedade (...).*

(**Grifei**.)

Todas essas considerações, Senhor Presidente, **enfatizam** a circunstância – **que assume** absoluto relevo – **de que não se pode minimizar** o papel do Supremo Tribunal Federal **e** de suas decisões em matéria constitucional, **pois**, consoante **adverte** o eminente Ministro GILMAR MENDES, **em voto** proferido **no AI 460.439-AgR/DF**, **trata-se** de "*decisões que concretizam, **diretamente**, o próprio texto da Constituição*" (**grifei**).

É preciso ter em perspectiva que, **em sede de fiscalização constitucional**, **o exercício jurisdicional** do poder de controle destinado a preservar a supremacia da Constituição **põe em evidência** a dimensão essencialmente política **em que se projeta** a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, **pois**, no processo de indagação constitucional, **reside** a magna prerrogativa outorgada a esta Corte **de definir** os limites das competências estatais, **de determinar** o alcance dos direitos e garantias fundamentais **e de decidir**, em última análise, sobre a própria substância do poder.

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS ("**Direito Constitucional**", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério** enfatiza, corretamente, que, **no poder** de interpretar, **inclui-se** a prerrogativa de formular **e** de revelar o próprio sentido do texto constitucional. **É que** – segundo a lição desse eminente publicista – "***O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la**. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte*" (**grifei**).

Impende registrar, neste ponto, **a precisa lição** do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI ("**Ação Rescisória em Matéria Constitucional**", "*in*" Revista de Direito Renovar, vol. 27/153-174, **159-165**, 2003), **reveladora** do papel institucional **que se atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **em sua condição** político-jurídica *de guardião maior* da supremacia **e** da intangibilidade da Constituição da República:

***Ocorre que a lei constitucional** não é uma lei qualquer. **Ela é a lei fundamental** do sistema, **na qual** todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, seja formal, seja material. **Na Constituição** está moldada a estrutura do Estado, seus organismos mais importantes, a distribuição e a limitação dos poderes dos seus agentes, estão estabelecidos os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. **Enfim**, a Constituição é a lei suprema, a mais importante, a que está colocada no ápice do sistema normativo. **Guardar** a Constituição, **observá-la** fielmente, **constitui**, destarte, **condição essencial** de preservação do Estado de Direito no que ele tem de mais significativo, de mais vital, de mais fundamental. Em contrapartida, **violar a Constituição**, mais que violar uma lei, é atentar contra a base de*

todo o sistema. Não é por outra razão que, além dos mecanismos ordinários para tutelar a observância dos preceitos normativos comuns, as normas constitucionais têm seu cumprimento fiscalizado e garantido também por instrumentos especiais e próprios.

(...)

Mais ainda: ***a guarda da Constituição****, além de constituir dever jurado de todos os juízes,* ***foi atribuída*** *como missão primeira,* ***mais relevante****, a ser desempenhada "precipuamente",* ***ao órgão máximo*** *do Poder Judiciário,* ***o Supremo Tribunal Federal*** *(****CF****, art. 102).* ***A ele se atribui****, no exercício da fiscalização abstrata da constitucionalidade do ordenamento,* ***o poder de declarar****, com eficácia "erga omnes" e efeito vinculante, a inconstitucionalidade de preceitos normativos, retirando-os do ordenamento jurídico, ou a sua constitucionalidade, afirmando a imperiosidade da sua observância.* ***Também no âmbito do controle difuso****,* ***os precedentes do STF têm eficácia transcendental no sistema****,* ***como****, por exemplo (...),* ***a de vincular****, indiretamente, as decisões* ***dos demais*** *tribunais, cujos órgãos fracionários "não submeterão ao plenário, ou órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento (...) do Supremo Tribunal Federal sobre a questão" (CPC, art. 481, § único).*

(...)

As razões fundantes *do tratamento diferenciado, segundo é possível colher da jurisprudência do STF,* ***são****, essencialmente,* ***a da "supremacia jurídica"*** *da Constituição,* ***cuja interpretação*** *"não pode ficar sujeita à perplexidade",* ***e a especial gravidade*** *com que se reveste o descumprimento das normas constitucionais,* ***mormente*** *o "vício" da inconstitucionalidade das leis.*

O ***exame*** *desta orientação (...)* ***revela*** *duas preocupações fundamentais da Corte Suprema:* ***a primeira****, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários;* ***a segunda****, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar a palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna.* ***Supremacia*** *da Constituição* ***e autoridade*** *do STF* ***são****, na verdade,* ***valores associados*** *e* ***que têm sentido transcendental*** *quando associados.* ***Há****, entre eles,* ***relação de meio e fim****. E é justamente essa associação o referencial básico de que se lança mão para solucionar os diversos problemas (...).*

O princípio *da supremacia da Constituição* ***e a autoridade*** *do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal* ***constituem****, conforme se viu,* ***os pilares*** *de sustentação para construir um sistema apto a dar respostas coerentes à variedade de situações (...).*

(...)

(...) ***O STF é o guardião da Constituição****. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais.* ***A Constituição****, destarte,* ***é o que o STF diz que ela é****.* ***Eventuais controvérsias interpretativas*** *perante* ***outros*** *tribunais* ***perdem****, institucionalmente,* ***toda e qualquer*** *relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema.* ***Contrariar o precedente*** *tem o mesmo significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, que os de violar a Constituição. A* ***existência*** *de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, § único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em*

suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, ***mesmo em controle difuso****.*
(Grifei.)

Na realidade, Senhor Presidente, **presentes** todas as razões expostas, **resulta claro** que o ato ora questionado **nada mais fez senão consolidar** a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, **garantindo a efetividade** do pronunciamento desta Corte **na interpretação definitiva** do art. 29, IV, da Carta Política, **viabilizando**, desse modo, **a plena eficácia** de tal julgamento, **assim fortalecendo** a supremacia **e**, com esta, **a própria** força normativa da Constituição.

Em uma palavra: a Resolução em causa **privilegiou**, de modo legítimo **e** plenamente compatível com o sistema constitucional, **o papel eminente** que a ordem jurídica **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **em tema** de interpretação da Constituição da República, **valendo referir**, por oportuno, **a advertência** de KONRAD HESSE ("**A Força Normativa da Constituição**", p. 21/22, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991), **no ponto** em que enfatiza que "***Um ótimo desenvolvimento*** *da força normativa da Constituição* ***depende não apenas*** *do seu conteúdo,* ***mas também de sua práxis*** *(...)*", **pois não se pode ignorar** que "***Todos os interesses momentâneos*** *– ainda quando realizados –* ***não logram compensar*** *o incalculável ganho* ***resultante*** *do comprovado* ***respeito*** *à Constituição,* ***sobretudo*** *naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda*" (**grifei**).

Concluo o meu voto, Senhor Presidente.

As **razões** que venho de expor **convencem-me da correção** do ato emanado do E. Tribunal Superior Eleitoral, **levando-me**, por isso mesmo, **por não vislumbrar qualquer ofensa aos postulados** da reserva de lei, da separação de poderes, da anterioridade eleitoral **e** da autonomia municipal, **a não acolher** a pretensão de inconstitucionalidade deduzida **nas presentes** ações diretas.

É que o Tribunal Superior Eleitoral, como precedentemente por mim assinalado, **ao editar** a Resolução em causa, **nada mais fez** senão observar o sentido da decisão **que esta** Suprema Corte proferiu, **em caráter definitivo**, no exercício de sua jurisdição constitucional, **dando efetividade** ao princípio essencial que consagra a força normativa da Constituição **e** de cujo reconhecimento deriva, **tal como sucede** no caso, **o respeito ao primado** da Constituição **e a fidelidade** à exegese que lhe foi dada por seu guardião **e** máximo intérprete, **a quem incumbe**, *sempre*, **por efeito de expressa** determinação constante **do próprio** texto constitucional, *o monopólio da última palavra* sobre o real significado das cláusulas **que compõem** a Lei Fundamental da República.

Quem assim age, tal como o fez o E. Tribunal Superior Eleitoral, **procedendo**, como ele, nos **estritos** limites do já mencionado julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, **adstringindo-se**, com absoluta fidelidade, **aos critérios** que esta Suprema Corte **reputou cabíveis** ao examinar o alcance **da**

cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da Constituição, **não transgride** a autoridade normativa da Carta Política.

Por tais razões, Senhor Presidente, **e acolhendo** as doutas promoções dos eminentes Advogado-Geral da União **e** Procurador-Geral da República, **julgo improcedentes** as ações diretas de inconstitucionalidade **ajuizadas** pelo Partido Progressista (**ADI** 3.345/DF) **e** pelo Partido Democrático Trabalhista (**ADI** 3.365/DF).

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, apenas na primeira parte, creio que Sua Excelência, como todos nós, explicitou que não se verificou impedimento. Não houve a articulação de uma preliminar propriamente dita. Ficaria difícil o próprio relator suscitar uma preliminar e contra ela votar.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Examinei** essa questão prévia para reconhecer **a inteira** legitimidade da participação processual, **nesta** causa, dos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal **que subscreveram**, no Tribunal Superior Eleitoral, **a Resolução TSE 21.702/2004**.

Ao assim proceder, tive presente que o tema **concernente** ao impedimento dos magistrados **traduz** matéria de ordem pública **e que deve**, por isso mesmo, ser analisada *ex officio.*

Na realidade, submeti a matéria à apreciação deste Plenário **para evitar** eventuais objeções à decisão **que esta** Suprema Corte **vier a proferir** no julgamento final **de ambas** as ações diretas.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: 2.243. Isso teve que ser decidido na situação de empate. Lembra-se Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ante a impessoalidade, estaríamos também impedidos de participar.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, acompanho o Ministro Relator. Eu tinha algumas achegas, mas a excelência do voto do Ministro Celso de Mello as tornam desnecessárias.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, peço licença aos meus eminentes colegas para antecipar o meu voto, porque atenderei a um compromisso acadêmico amanhã, fora de Brasília e, dentro de poucos minutos, devo estar no aeroporto.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 197.917/SP, tomada por ampla maioria, representa interpretação definitiva do disposto no art. 29, IV, da Constituição Federal.

A matéria objeto da ação, eminentemente constitucional, eminentemente pública, resulta no conferir à decisão do Supremo Tribunal Federal, natureza objetiva. Diante de tal decisão, o Tribunal Superior Eleitoral – como bem registrou o eminente Presidente de então, o Ministro Sepúlveda Pertence –, cúpula da jurisdição eleitoral e responsável maior pela administração geral dos pleitos, decidiu, a fim de evitar milhares de recursos e ações que forçosamente viriam após as eleições, baixar resolução que assegurasse o cumprimento do decidido pela Corte Constitucional.

O Ministério Público havia proposto ações e certamente proporia outras. Isso iria congestionar a Justiça Eleitoral e a Justiça comum.

Pois bem. A fim de evitar tudo isso, e tendo em vista, conforme mencionei, a natureza eminentemente pública da decisão, que não interessava a uma ou duas pessoas, mas à Nação, o Tribunal Superior Eleitoral, baixou a resolução objeto desta ação. Essa resolução deixou expresso, primeiro, que cabia às Câmaras locais dar cumprimento à Constituição, legitimamente interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, por isso que, repetindo o Justice Charles Hugges, a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que é. Não é pois inconstitucional uma resolução que simplesmente manda cumprir o decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Há um argumento metajurídico utilizado pelos autores da ação direta, no sentido de que a decisão do Supremo não realiza nenhuma economia para os cofres públicos. Então, torna-se preciso, que os Parlamentos Federal e Municipais atentem para a questão a fim de que os dinheiros públicos sejam defendidos, sejam preservados. A justiça fez a sua parte.

O voto do eminente Ministro Relator, Celso de Mello, que dispensa qualquer acréscimo, traz ao debate a questão do efeito objetivo do recurso extraordinário, principalmente em questões eminentemente públicas como essa. As lições progressistas do eminente Ministro Relator dão a esta Corte Suprema o seu exato sentido de Corte Constitucional e emprestam à Constituição a máxima eficácia, o que é preconizado por bons constitucionalistas contemporâneos.

Senhor Presidente, com essas breves considerações, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, ressaltando o seu brilhantismo.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, alega-se nesta ação direta, essencialmente, que a fixação do número de vereadores compete às respectivas Câmaras Municipais, de modo que inconstitucional a disciplina da matéria por via de resolução do Tribunal Superior Eleitoral. Em

suma, estaríamos diante de usurpação da função legislativa das Câmaras de Vereadores.

Rechaço esse argumento, pois, se é certo que a fixação do número de vereadores cabe aos Legislativos Municipais, também não é menos certo que os parâmetros da composição de cada Câmara Municipal vêm fixados diretamente na própria Constituição federal, que estabelece a obrigatoriedade da observância da proporcionalidade entre número de vereadores e população do Município. Ora, o que fez a resolução do Tribunal Superior Eleitoral? Limitou-se a dar concretude à interpretação definitiva que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, conferiu aos dispositivos constitucionais que estabelecem os referidos parâmetros. A interpretação da Constituição federal é atribuição magna desta Corte e não pode ficar ao alvitre de cada uma das milhares de Câmaras Municipais do País. Noutras palavras, parodiando o que disse recentemente um jurista norte-americano, "*The Constitution is the Supreme Court's last guess*". É o chamado "monopólio da última palavra em matéria constitucional", de que falava há pouco o eminente Relator.

Cuida-se aqui, portanto, de velar pela observância da força normativa da Constituição.

Como foi bem lembrado pelo ilustre Advogado-Geral da União, em passagem transcrita pelo eminente Ministro Celso de Mello em seu relatório, esta Corte, por diversa vezes, tem ressaltado que "a interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais tribunais. A não observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição" (RE 203.498-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Também não é despiciendo trazer à baila a lição de Thomas Cooley (*apud* Alexandre de Moraes, *Constituição Interpretada*, p. 2370) quando, a propósito da força obrigatória dos precedentes da Corte Suprema dos Estados Unidos da América, dizia:

> Os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e autoridade, que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter à outra a sua jurisdição, nem privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o Poder Judiciário é a autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis, e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos. Suas sentenças tornam-se leis do país nos pontos decididos por eles, e a desobediência ou desatenção que sofram, tanto de um simples particular como de um funcionário público, produzirá nova controvérsia que em última análise virá a ser decidida da mesma maneira pelo Poder Judiciário.

No caso, a resolução impugnada nesta ação direta nada mais é que a pura expressão da força normativa da Constituição, tal como extraída por esta Corte no julgamento do RE 197.917 (Rel. Min. Maurício Corrêa), em que se assentou o seguinte:

O art. 29, IV, da Constituição Federal exige que o número de vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas *a, b* e *c*. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, art. 29) é tornar sem efeito a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

Rejeito igualmente a alegação de que a resolução teria violado o art. 16 da Constituição, que proíbe o legislador de promover alteração no processo eleitoral a menos de um ano das eleições. A exemplo do eminente Relator, também entendo que a norma do art. 16 da Constituição Federal visa precipuamente a coibir alterações legislativas casuístas no curso do processo eleitoral com o fim de favorecer certos grupos, o que manifestamente não é o caso dos autos. Tenho por respeitado o mencionado art. 16. No que diz respeito a essa matéria específica discutida nesta ação direta (constitucionalidade da resolução que determinou a proporcionalidade na fixação do número de vereadores), as regras do processo eleitoral sempre estiveram postas claramente no texto constitucional e foram devidamente explicitadas na mencionada decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Se houve alterações, elas terão emanado das múltiplas e errôneas interpretações do dispositivo constitucional levadas a efeito ao longo dos anos pelas diversas Câmaras Municipais do País.

A resolução do Tribunal Superior Eleitoral, ao infirmar essas interpretações errôneas, findou por dar vida a uma norma preexistente, inserida na própria Constituição, acabou por regulamentá-la, explicitá-la, conferir-lhe substância concreta.

Voto pela improcedência da ação direta.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, trouxe um voto de quatro laudas, mas vou me dispensar da leitura e depois farei a anexação.

Também me convenci plenamente do acerto do voto de Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, que, na verdade, nos premiou com um trabalho de qualificadíssima teoria de Direito Constitucional, trabalho arrimado na mais contemporânea doutrina e na mais consistente argumentação, o que me deixa absolutamente tranquilo para referendar o voto de Sua Excelência.

Também sou pela improcedência de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, trouxe voto escrito, mas vou me limitar, também, a pedir que ele seja anexado.

Adiro integralmente ao magnífico voto proferido pelo Ministro Celso de Mello.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade com idêntico objeto: a Resolução TSE 21.702, de 2 de abril de 2004. Os requerentes sustentam ofensa aos **arts. 2º** (independência e harmonia dos Poderes da União); **16** (não aplicação de alteração do processo eleitoral à eleição que ocorra em até um ano da entrada em vigor da nova lei); e **29, *caput***, (princípio da autonomia municipal e parâmetros de edição de Lei Orgânica do Município).

Assim, tendo em vista os inúmeros argumentos já expendidos, meu voto será restrito a alguns tópicos relevantes que envolvem os atuais contornos de nosso sistema de jurisdição constitucional.

A eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Sobre a alegação de que o critério do art. 1º da resolução do TSE, estabelecido em sede de controle difuso de constitucionalidade, teria eficácia *inter partes*, há que se destacar a relevante alteração que a Constituição de 1988 trouxe para o nosso modelo de controle de constitucionalidade.

A perspectiva histórica revela-se importante para a compreensão desse mecanismo de controle, conforme já ressaltei em outras oportunidades:

> A doutrina constitucional alemã há muito vinha desenvolvendo esforços para ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada no âmbito da jurisdição estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*). Importantes autores sustentaram, sob o império da Constituição de Weimar, que a força de lei não se limitava à questão julgada, contendo, igualmente, uma proibição de reiteração (*Wiederholungsverbot*) e uma imposição para que normas de teor idêntico, que não foram objeto da decisão judicial, também deixassem de ser aplicadas por força da eficácia geral. Essa concepção refletia, certamente, a ideia dominante à época de que a decisão proferida pela Corte teria não as qualidades de lei (*Gesetzeseigenschaften*), mas, efetivamente, a força de lei (*Gesetzeskraft*). Afirmava-se inclusive que o Tribunal assumia, nesse caso, as atribuições do Parlamento ou, ainda, que se cuidava de uma interpretação autêntica, tarefa típica do legislador. Em se tratando de interpretação autêntica da Constituição, não se cuidaria de simples legislação ordinária, mas, propriamente, de legislação ou reforma constitucional (*Verfassungsgesetzgebung; Verfassungsänderung*) ou de decisão com hierarquia constitucional (*Entscheidung mit Verfassungsrang*). A força de lei está prevista no art. 9º da Lei Fundamental e no § 31(2) da Lei orgânica da Corte Constitucional, aplicando-se às decisões proferidas nos processos de controle de constitucionalidade. A convicção de que a força de lei significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (*gesetzähnlich*) (mas não poderia ser considerada ela própria como uma lei em sentido formal e material), parece ter levado a doutrina a desenvolver instituto processual destinado a dotar as decisões da Corte Constitucional de qualidades outras não

> contidas nos conceitos de coisa julgada e de força de lei. Observe-se que o instituto do efeito vinculante, contemplado no § 31, I, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* não configura novidade absoluta no direito alemão do pós-guerra. Antes mesmo da promulgação da Lei Orgânica da Corte Constitucional e, portanto, da instituição do *Bundesverfassungsgericht*, algumas leis que disciplinavam o funcionamento de Cortes Constitucionais estaduais já consagravam expressamente o efeito vinculante das decisões proferidas por esses órgãos. Embora o conceito de *Bindungswirkung* (efeito vinculante) corresponda a uma tradição do direito alemão, tendo sido também adotado por diversas leis de organização de tribunais constitucionais estaduais aprovadas após a promulgação da Lei Fundamental, não se pode afirmar que se trate de um instituto de compreensão unívoca pela doutrina. Não são poucas as questões que se suscitam a propósito desse instituto, seja no que concerne aos seus limites objetivos, seja no que respeita aos seus limites subjetivos e temporais.
>
> (MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas, in: *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 4, agosto de 1999.)

Além disso, a ampliação do controle abstrato de normas – nos termos do art. 103, ou com o advento da ação declaratória de constitucionalidade, ou, ainda, com a disciplina processual conferida à arguição de descumprimento de preceito fundamental modificou ainda mais a relação entre os modelos difuso e concentrado.

Em artigo sobre o tema *("*"O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional"), procurei evidenciar que o legislador entendeu possível ampliar, de forma geral, os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional. Na oportunidade, afirmei:

> Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental.
>
> Observe-se, ainda, que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do Plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de Municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.
>
> Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844/SP[1], no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento fixado pelo Plenário

[1] RE 228.844/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 16-6-1999.

deste Tribunal, em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte, que instituiu alíquota progressiva do IPTU.

Também Nelson Jobim, no exame da mesma matéria (progressividade do IPTU) em recurso extraordinário interposto contra lei do Município de São Bernardo do Campo, aplicou tese fixada em julgamentos que apreciaram a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo.[2]

Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais.[3]

Carlos Velloso aplicou jurisprudência de recurso proveniente do Estado de São Paulo para fundamentar sua decisão no AI 423.252[4], onde se discutia a inconstitucionalidade de taxa de coleta e limpeza pública do Município do Rio de Janeiro, convertendo-o em recurso extraordinário (art. 544, § 3º e § 4º, do CPC) e dando-lhe provimento.

Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes originários do Estado de São Paulo para dar provimento ao RE 345.048[5], no qual se arguia a inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município de Belo Horizonte.

Celso de Mello, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo.[6]

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal.

Um outro argumento, igualmente, relevante, diz respeito ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas. Aqui, somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem, pode-se falar em decisão com eficácia *inter partes*.

Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes?

Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.

Recorde-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime de 7 de abril de 2003, julgou prejudicada a ADI 1.919 (Rel. Min. Ellen Gracie), proposta contra o Provimento 556/97, editado pelo Conselho Superior

---

2 RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 16-11-2000.

3 RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 7-2-2003.

4 AI 423.252, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 15-4-2003.

5 RE 345.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 8-4-2003.

6 RE 384.521, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 30-5-2003.

da Magistratura Paulista. A referida resolução previa a destruição física dos autos transitados em julgado e arquivados há mais de cinco anos em primeira instância. A decisão pela prejudicialidade decorreu do fato de o Superior Tribunal de Justiça, em mandado de segurança coletivo[7], impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ter declarado a nulidade daquele ato.

Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer eficácia *erga omnes* à declaração de ilegitimidade do ato normativo proferida em mandado de segurança pelo STJ. *Quid juris*, então, se a declaração de inconstitucionalidade for proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil pública?

Se a decisão proferida nesses processos tem eficácia *erga omnes* (Lei 7.347, de 24-7-1985 – art. 16), afigura-se difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal. A propósito, convém recordar que, em alguns casos, há uma quase confusão entre o objeto da ação civil pública e o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, não há como cogitar de uma típica decisão com eficácia inter partes.[8]

[Em síntese, a história da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal tem acenado para a ampliação do sistema concentrado com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral – um fator que acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes.]

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao Plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei 9.756, de 17-12-1998).

Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o Redator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava "em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, ressaltando que se cuidava "de norma que não deve ser aplicada com ri-

---

[7] ROMS 11.824, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 27-5-2002.

[8] RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 31-3-2004 (inconstitucionalidade de lei municipal que fixa número de vereadores) e Rcl 2.537-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 29-12-2003, a propósito da legitimidade de lei estadual sobre loterias, atacadas, simultaneamente, mediante ação civil pública, nas instâncias ordinárias, e ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

gor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial".[9]

E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da "suspensão da execução da lei pelo Senado Federal" significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988.

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADIn, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão interpartes.

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem *efeito transcendente* às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, e por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica **reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.**[10]

---

[9] RE 190.728, Rel. p/ o ac. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 30-5-1997.

[10] JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*, *tradução espanhola de Christian Förster*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991, p.15-35; LIN, DAU-LIN, Hsu, *Mutación de La Constitución,, tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú*, Bilbao,1998, p.68 e s; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 64 et seq. e p. 102 et seq.

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X , CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.

É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9.756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao Relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º A).

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restrita entre as partes.

Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988.

A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, "apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos".[11]

Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte[12], estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988.

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de

---

[11] BITTENCOURT. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, p.145.

[12] MS 16.512 (Rel. Min. Oswaldo Trigueiro), *RTJ* 38(1):23; RMS 17.976 (Rel. Min. Amaral Santos) RDA, 105:111(113); AI 168.149-AgR (Rel. Min. Marco Aurélio), *DJ* de 4-8-1995; AI 167.444-AgR (Rel. Min. Carlos Velloso), *DJ* de 15-9-1995; RE 190.728 (Rel. Min. Celso de Mello), *DJ* de 30-5-1997; RE 191.898 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), *DJ* de 22-8-1997; RE 228.844.SP (Rel. Min. Maurício Corrêa), *DJ* de 16-6-1999; RE 221.795 (Rel. Min. Nelson Jobim), *DJ* de 16-11-2000; RE 364.160 (Rel. Min. Ellen Gracie), *DJ* de 7-2-2003); AI 423.252 (Rel. Min. Carlos Velloso), *DJ* de 15-4-2003; RE 345.048 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), *DJ* de 8-4-2003; RE 384.521 (Celso de Mello), *DJ* de 30-5-2003); ADI 1.919 (Rel. Min. Ellen Gracie), *DJ* de 1º-8-2003.

> publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. (...). Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – *publicação a cargo do Chanceler Federal* e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,(2), *publicação a cargo do Ministro da Justiça*). A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.
>
> Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

Assim, uma vez assentado que o atual sistema de jurisdição constitucional permite a atribuição de efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, não é possível aludir-se a qualquer vício da resolução em análise.

Nota-se que a peculiar eficácia que esse tipo de declaração tem assumido entre nós está em plena consonância com a própria releitura que o princípio da separação de Poderes (CF, art. 2º) recebeu no modelo de jurisdição instaurado pela Constituição de 1988.

De outro lado, entendo que a autonomia municipal permanece preservada. A decisão deste Tribunal no RE 197.918/SC, adotada pela resolução do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, apenas uniformizou os critérios constitucionais para a aferição da proporcionalidade nos termos do art. 29, IV, *a* a *c*, da CF. Não se trata, portanto, de nova legislação eleitoral. Pelo contrário, o ato normativo ora impugnado apenas buscou conferir máxima efetividade aos critérios constitucionais aos quais os Municípios devem se ater para fixar o número de vereadores. Daí a impertinência da alegação da exigência da anualidade constante do art. 16 da CF.

Conforme tive a oportunidade de sustentar em recente artigo ("O controle incidental e a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99"), esta Corte tem assumido, no controle concentrado e, em especial, no controle difuso, a técnica de limitação de efeitos como uma típica alternativa de harmonização de nosso sistema misto de jurisdição constitucional. A esse respeito, arrolo alguns casos exemplares:

> No RE 197.917[13], que julgou a constitucionalidade de lei municipal que fixava o número de vereadores, a Corte acolheu entendimento por mim defendido

[13] Cf. RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-5-2004.

de que a decisão haveria de somente ter efeitos para a próxima legislatura. Nesse caso, controvertia-se sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira-Estrela-SP, que teria fixado seu número de vereadores em afronta ao disposto no art. 29, IV, da Constituição.

Tal disposição prevê que o número de vereadores seja fixado proporcionalmente à população local, observando-se, nos Municípios de até um milhão de habitantes, a relação de um mínimo de nove e um máximo de vinte e um vereadores. Entendi corretas as premissas assentes no voto do Relator Maurício Corrêa, como também a conclusão, na parte em que declarava a inconstitucionalidade da lei orgânica do Município paulista, para fixar que, na espécie, o número de vereadores não poderia ser superior a nove.

Tendo em vista, porém, a repercussão que a decisão teria para o caso concreto, achei por bem recomendar que se adotasse, na espécie, a declaração de inconstitucionalidade com efeito "pro futuro". Tinha-se, na hipótese discutida nesse recurso extraordinário, um caso típico de decisão que, se dotada de efeito retroativo, provocaria enorme instabilidade jurídica, colocando em xeque as decisões tomadas pela Câmara de Vereadores nos períodos anteriores, com consequências não de todo divisáveis no que concerne às leis aprovadas, às decisões de aprovação de contas e outras deliberações da Casa Legislativa.

Ademais, como a decisão repercute sobre o próprio processo eleitoral, o reconhecimento de efeito retroativo importaria quase no refazimento *a posteriori* desse processo, até mesmo com a redefinição dos eleitos no último pleito. É que a nova fixação do número de vereadores importaria na obtenção de um novo quociente eleitoral e um novo quociente partidário.

Também na Rcl 2.391 (caso de recolhimento à prisão para apelar), parece que o Tribunal encaminha-se para reconhecer que a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.034/1995, se for o caso, há de ser declarada com efeitos *ex nunc*[14].

A jurisprudência pacífica do Tribunal encaminhava-se no sentido de considerar legítima a fórmula legislativa, constante do direito pré-constitucional, e que vinha sendo reproduzida em diversos textos legislativos posteriores. A Primeira Turma, na referida Reclamação, posicionou-se no sentido de afetar a matéria ao Pleno, uma vez que a decisão poderia acarretar a revisão da jurisprudência da Corte.

Cezar Peluso manifestara-se no sentido da concessão do habeas corpus de ofício, no que foi acompanhado por Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. Sustentou-se a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995. Com relação ao art. 3º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, propôs-se interpretação conforme à Constituição Federal, para se afirmar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar ou não em liberdade, no sentido de se verificar se estão presentes ou não os requisitos da prisão cautelar.

Em voto vista, entendi também como inevitável a adesão a essa orientação, especialmente em vista do nítido caráter de execução provisória da medida e de sua manifesta desproporcionalidade. Era relevante, porém, a discussão em torno dos efeitos da decisão, uma vez que se estava a desenhar a superação da jurisprudência anterior, com repercussão sobre os casos já julgados.

---

[14] Cf. Rcl 2.391, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa. Foram proferidos cinco votos. A matéria pende de definição de pedido de vista, solicitado pela Ministra Ellen Gracie.

O entendimento que está a se firmar impõe que a prisão cautelar, anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, seja fundamentada nos termos do art. 312 do CPP.

A matéria, entretanto, ainda pende de definição, em razão de pedido de vista. É certo, porém, que além de indicar a aplicação do art. 27 ao controle incidental de normas, a discussão demonstra que os casos de mudança de interpretação podem dar ensejo à declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos.

Refira-se ainda à decisão proferida na ADI n. 3.022, de 18-8-2004,[15] na qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei do Rio Grande do Sul. Nesse julgamento, a Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, e de expressão contida na alínea *a* do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194, de 30 de maio de 1994, também do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo, porém, que a decisão haveria de ter eficácia a partir de 31-12-2004. Trata-se do primeiro caso, no controle concentrado, em que se declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal, reconhecendo-se, entretanto, que a decisão teria eficácia *pro futuro.*

No HC 82.959 (crimes hediondos) também propus que a decisão fosse dotada de eficácia *pro futuro*. Proferi, nesse caso, voto-vista pela inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, com efeito *ex nunc*. Ressaltei que essa eficácia *ex nunc* deve ser entendida como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Sustentei que o modelo adotado na Lei 8.072/1990 faz *tabula rasa* do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos, pois não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização. Retira-se qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Parece inequívoco ainda que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade.

Ainda, em abril de 2004, concedeu-se liminar para permitir a continuidade das obras iniciadas pela Operação Urbana Centro, instituída na cidade de São Paulo. Tal ação cautelar, com pedido de liminar, foi proposta pelo Município de São Paulo, com vistas à concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgara procedente a ADI 66.785-SP[16].

Considerou-se que, na espécie, o desfazimento de todo o trabalho realizado em matéria de zoneamento acarretaria grave repercussão sobre todo o sistema. Entendeu-se que, nesse caso, era plausível que se cogitasse, a final, de possível eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

Transcrevo trecho da referida decisão:

> "(...) a despeito do caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o art. 282 (4), da Constituição portuguesa, a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio da proporcionalidade.
>
> (...)

---

[15] ADI 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 18-8-2004.

[16] Cf. Pet 2.859, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 25-2-2005.

> Na espécie, não parece haver dúvida de que o deferimento do efeito suspensivo justifica-se plenamente. A aplicação da decisão impugnada poderá criar quadro de grave insegurança jurídica. É certo, ademais, que, mantida a declaração de inconstitucionalidade, afigura-se plausível pedido manifestado no sentido de sua prolação com eficácia *ex nunc*. Concedo, portanto, o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, ad referendum do Pleno, até o final julgamento da questão".[17]
>
> A decisão foi referendada pelo Plenário em 3 de fevereiro de 2005.
>
> Assim, por uma dessas ironias da prática jurídica, o art. 27 da Lei n. 9.868/99, destinado à aplicação no âmbito do controle abstrato de normas, vem tendo aplicação mais intensa no contexto do modelo incidental de controle de constitucionalidade.

Nesses termos, meu voto é pela total improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: A resolução impugnada não ofende o disposto no art. 16 da Constituição Federal, haja vista que não corresponde ao gênero "processo eleitoral" referido naquela norma a mera fixação do número de vereadores comportável pela demografia de cada Município. O Tribunal Superior Eleitoral o fez na esteira – e para lhe assegurar eficácia – da interpretação vinculante dada por este Supremo Tribunal Federal no RE 197.917 ao art. 29, IV.

Naquele feito, no exercício do controle difuso, esta Casa expressamente – após ponderado debate – deu efeito transcendente aos motivos determinantes da decisão.

Pelo improvimento.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a esta altura, sinto-me um órfão abandonado pela paternidade intelectual do Ministro Celso de Mello.

Minha sina, no Tribunal – peço a paciência dos colegas e a admissão do que vou dizer –, é realmente fazer o contraponto, é realmente divergir, é realmente estabelecer o dissenso. Nem por isso, entretanto, reconheço-me merecedor de um divã freudiano.

No caso concreto, não posso deixar de abrir esta que, para mim, revela um documento amado: a Constituição Federal.

Esta Corte, julgando o RE 197.917-8/SP, que versava sobre a problemática do número de cadeiras no Município de Mira Estrela, São Paulo, julgando

---

[17] Decisão liminar na Pet 2.859, de 6-4-2004. Publicada no *DJ* de 16-4-2004.

um processo subjetivo que tinha balizas próprias, proclamou, segundo a parte dispositiva do acórdão proferido:

> 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 parcial provimento ao recurso para, restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum* – no caso concreto, porque, inclusive, era o único diploma legal que estava em jogo –, "o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica 226, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela/SP, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores.

Essa foi a decisão que, como revela a nossa ordem jurídica, fez-se lei entre os envolvidos no processo, envolvidos de forma muito específica, muito individualizada.

Quando do julgamento do Supremo Tribunal Federal, não estava em vigor a EC 45. Não existia, no cenário nacional, o verbete de súmula vinculante. Mesmo que houvesse uma disposição a prever a obrigatoriedade de observância das decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas em processos subjetivos, ter-se-ia a necessidade de aguardar outros pronunciamentos, como está hoje no corpo permanente da Carta por força da EC 45, para chegar-se à edição de um verbete com força vinculante. Mesmo assim, essa força vinculante estaria dimensionada à observação pelas inúmeras Câmaras Municipais deste País, consideradas as respectivas leis orgânicas.

Senhor Presidente, eu diria que o Tribunal Superior Eleitoral homenageou, de forma isolada, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no caso concreto. O que se mostrou limitado, em termos de decisão judicial, passou – penso que se igualizou o Tribunal Superior Eleitoral ao Tribunal Superior do Trabalho em relação ao poder normativo – a ter um cunho ilimitado. E a inspiração foi única.

Tenho sustentado que a economia e celeridade processuais direcionam ao máximo de eficácia da lei com o mínimo de atuação judicante. Tenho sustentado que o Supremo Tribunal Federal não é órgão, em si, consultivo e que deve, até mesmo por um dever de cautela, cingir-se, nos julgamentos de processos subjetivos, ao que versado nesses mesmos processos. Mas o acórdão da Corte saiu com uma tabela que eu diria "pretensiosa", tendo em conta a proporcionalidade entre o número de cadeiras e a população dos Municípios. Saiu com uma tabela que extravasou em muito o necessário para se decidir o conflito de interesses revelado no processo que esteve em julgamento. O Tribunal Superior Eleitoral pegou esse gancho e, no campo da normatividade primária, baixou a resolução que está sendo atacada nesses processos.

Começo por analisar a atividade do Tribunal Superior Eleitoral, considerado o campo da consulta e da edição de instrução. Cumpre ao Tribunal Superior Eleitoral responder a consultas sobre matérias eleitorais. Lá, tenho sustentado

que pouco importa o documento normativo de cotejo. Poderá fazê-lo inclusive quanto ao contido na Constituição Federal. É o decorrente da previsão do inciso XII do art. 23 do Código Eleitoral. Não há nesse inciso qualquer limitação. Não se revela que as consultas devam estar restritas ou estritas ao contido no Código.

No tocante à edição de instruções, a norma é substancialmente diversa ao prever a competência do Tribunal Superior Eleitoral. Aí temos, no inciso IX do mesmo art. 23, que à Corte incumbe baixar instruções para a observância, a observação, o cumprimento do Código Eleitoral. Não cabe ao Tribunal Superior Eleitoral e nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal, que está no ápice da pirâmide do Judiciário, regulamentar a Lei Fundamental, por melhor que seja a intenção – e o Brasil está cheio de bem-intencionados.

O que se tem no art. 23 é a edição de instruções – repito – para o exato cumprimento do Código Eleitoral. E neste não há o estabelecimento de balizas quanto ao número de vereadores. Essas balizas estão no art. 29 – creio –, IV, da Constituição Federal.

O que fez o Tribunal Superior Eleitoral? Não foi tímido o Supremo Tribunal Federal, limitando-se ao caso de Mira Estrela. Não estendeu a decisão proferida a outros Municípios. Mas, quem sabe, tem o Tribunal Superior Eleitoral um âmbito de competência bem mais largo do que o do Supremo Tribunal Federal!

Senhor Presidente, se formos à Constituição Federal, veremos que disciplina o número de cadeiras nas Câmaras de Vereadores, nas Assembleias estaduais, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Quanto, por exemplo, às Assembleias estaduais, temos o preceito do art. 27:

> O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

Aqui, o constituinte, numa opção político-legislativa, constitucional, praticamente fixou o número de cadeiras nas Assembleias Legislativas.

Em relação à Câmara dos Deputados, há a regra do § 1º art. 45, a revelar que:

> Art. 45. (...)
> § 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

Estamos diante de um preceito similar à cabeça do art. 29, que versa sobre a lei orgânica dos Municípios. Por que similar? Porque não se deixou ao Tribunal Superior Eleitoral a fixação do número de cadeiras na Câmara dos Deputados, porque se remeteu, como o faz o art. 29, à lei orgânica do Município, à lei

complementar a fixação do número de cadeiras na Câmara dos Deputados. A regra é mais clara ainda quanto aos representantes das unidades federadas, os senadores. O § 1º do art. 46 revela, de forma peremptória, a não deixar qualquer dúvida, que:

> Art. 46. (...)
> § 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

Senhor Presidente, a Constituição Federal esteve em vigor durante muitos anos, e sempre se observou, nas eleições – sempre tivemos pacificada a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral –, o alcance do art. 29, IV, da Constituição Federal, a remeter a fixação do número de cadeiras à lei orgânica do Município, desde, claro, que atendido o mínimo e o máximo que estão nas alíneas do inciso IV do art. 29 em comento. Mas, por isso ou por aquilo, pela dinâmica da própria vida, tivemos a decisão do Supremo Tribunal Federal. Já não discuto mais o que está no acórdão, reservando-me o direito de voltar a reiterar o convencimento sobre a matéria, quando me defrontar com o processo que a conduza. Cabe perceber que, no sistema da Constituição Federal, a fixação do número de vereadores não ocorreu pelo constituinte. Fez ele inserir na Carta, em bom vernáculo, que o Município seria regido pela respectiva lei orgânica, desde que respeitados certos princípios, entre os quais o estabelecido no referido inciso IV:

> (...)
> IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:
> (...)

É a única imposição da Carta, a par daquela outra alusiva ao instrumental para fixação do número de cadeiras, que é a lei orgânica:

> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
> (...)
> *IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:*
> a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
> b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
> c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;
> (...)

Esses parâmetros vieram ao mundo jurídico para ter-se a fixação do número de cadeiras, repito, numa opção política, pelos próprios representantes dos munícipes, pelos próprios vereadores que legislam via lei orgânica do Município.

Havia, quando da edição das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, cinco mil, quinhentos e sessenta e quatro leis orgânicas em vigor no País.

Indaga-se, a esta altura: o que foi feito – e como foi feito – dessas leis orgânicas? Foram simplesmente apagadas num passo de mágica, via resolução do Tribunal Superior Eleitoral? Teria o Tribunal Superior Eleitoral, e ele não se defrontou sequer com um processo jurisdicional, o controle concentrado de constitucionalidade para, em penada única e em atropelo – permitam-me atuar com desassombro –, à Carta da República, afastar em definitivo essas leis orgânicas municipais? Será que poderia assim proceder, considerado o direito posto, o direito vigente, o exame equidistante, porque até mesmo o povo, na dicção de Fábio Konder Comparato, submete-se à Constituição Federal? Será que seria dado simplesmente desconhecer essas leis orgânicas, sem afastá-las mediante o procedimento próprio previsto na ordem jurídica? Não reconheço essa competência ao Tribunal a que estou integrado, ao Tribunal Superior Eleitoral, porque não há, e também não reconheço ao Supremo, tribunal que possa atuar dessa forma e com essa repercussão.

Aprendi, desde cedo, que, no sistema nacional, o Direito contempla vocábulos, expressões, institutos com sentido próprio; que o Direito é acima de tudo orgânico, é algo organizado, e que não coabita o mesmo teto dessa organização a perda de parâmetros, o enfoque das questões segundo o critério que diria de plantão. Não posso potencializar a busca de economia, mesmo porque não sou especialista da área, a ponto de olvidar que em Direito o meio justifica o fim, mas não o fim, o meio, e que se paga um preço por se viver em um estado democrático de direito, e esse preço, já disse, é módico: o respeito irrestrito às regras em vigor. Enquanto tiver a toga sobre os ombros, compreendido ou não pelos mais diversos segmentos da sociedade, atuarei a partir da minha consciência; atuarei a partir da minha formação humanística e técnica, buscando, porque foi o juramento que fiz quando tomei posse nesta Corte, cumprir com fidelidade a Constituição Federal.

Peço vênia – e toda vez que há uma flexibilidade em certo campo, a tendência em passo seguinte é implementar-se flexibilidade maior – para concluir, sem merecer, repito, o divã, de forma diametralmente oposta ao voto do Relator e aos votos dos Ministros que o acompanharam.

Creio que estamos diante de uma situação concreta em que a inconstitucionalidade das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral salta aos olhos, é de clareza meridiana, porque acabou o Tribunal Superior Eleitoral por fazer o que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal fez no julgamento do processo a que me referi, ou seja, no julgamento do RE 197.917-8/SP, substituindo-se aos constituintes, alterando a própria Constituição Federal, no que esta previu como sendo da incumbência de cada Câmara de Vereadores, via lei orgânica do Município, a fixação do número de cadeiras na Casa, respeitado o piso e o teto previstos no inciso IV do art. 29 da Constituição Federal.

Julgo procedentes os pedidos formulados nas ações diretas apregoadas.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, esta manifestação da plateia que acabamos de assistir explica uma circunstância curiosa deste caso, ao qual se deu, por interesses que não quero avaliar, uma dramaticidade que ele não tem: a suposição de que estivéssemos, aqui, a decidir sobre as aspirações legítimas de integrarem-se às câmaras a que concorreram milhares de suplentes, Brasil afora.

Sucede que o direito desses suplentes não está em causa. As eleições se fizeram, as convenções se travaram, o registro dos candidatos se fez sob determinados parâmetros que fixavam o número que deveria por-se em disputa em cada Câmara. Nenhuma decisão deste Tribunal, hoje, poderia reverter esse fato. E o Tribunal já enfrentou a questão. Nos idos de 1990 julgamos, aqui, o MI 233, impetrado pelo professor Michel Temer e outros, então suplentes de deputado federal pelo Estado de São Paulo. O que se discutia era se a lei complementar que regulara as eleições anteriores era não fiel à Constituição, quanto ao número de deputados que deveria caber àquela grande unidade da federação. Ao contrário do que sucedeu com o MI 219 impetrado por congressista titular – que foi conhecido e deferido –, aquele, requerido por suplentes, não foi conhecido, exatamente porque suplentes de uma eleição, que se travou sob determinados parâmetros, válidos ou não, não têm direito a vagas novas, que uma eventual decisão viesse a criar[18].

No mérito, brevíssimas considerações, que tem o tom de verdadeira explicação pessoal. Afinal, estou posto neste julgamento num dilema atroz: sou chamado a ser fiel a uma dupla paternidade. E tenho de repudiar um dos rebentos, ou o da minha convicção pessoal, expressa no voto vencido que proferi no RE 197.917, ou o da resolução questionada que, por provocação do Ministério Público – coincidentemente, por Vossa Excelência Senhor Vice-Procurador-Geral **Roberto Gurgel** – submeti ao Tribunal Superior Eleitoral e votei no sentido do seu acolhimento.

---

[18] Colhe-se da ementa do MI 233, da lavra do em. Ministro *Moreira Alves*: "(...) quando o texto do § 1º do art. 45 da Constituição manda proceder, no ano anterior às eleições, aos reajustes necessários nos números de deputados fixados na lei complementar de que ele cuida, não permite a conclusão de que essa alteração inicial na composição da Câmara dos Deputados atinja a legislatura em curso, com o preenchimento das vagas criadas, pela convocação de suplentes. Essa exegese, que emerge clara do texto do citado dispositivo, que só tem aplicação a eleições subsequentes à edição da lei complementar, é também confirmada pelo disposto no § 2º do art. 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê a irredutibilidade do número atual de representantes das unidades federativas na Câmara Federal, na legislatura imediata.

– Nos termos do § 1º do art. 56 da Constituição Federal, os suplentes de deputados federais, além das hipóteses de substituição temporária, nos casos de afastamento dos titulares para investidura em função compatível ou licença por mais de 120 dias, somente são convocados, para substituições definitivas, em vagas ocorrentes, e não para a hipótese de criação de mandatos por aumento da representação."

Não tenho a facilidade de ver tantas questões constitucionais incontroversas. Ou não teríamos por que sermos onze: poderíamos ser um só de "óptica" tão privilegiada.

Fui voto vencido, como aqui já várias vezes se disse, no RE 197.917, na honrosa companhia do Ministro Relator deste caso, Celso de Mello, e do Ministro Marco Aurélio. Continuo, com todas as vênias, convencido do acerto daquele meu voto vencido; nele refutei até uma inspiração extrajurídica, muito presente no voto condutor do Ministro Maurício Corrêa – preocupação financeira –, pois o constituinte já dera a essa preocupação a solução adequada com a EC 25. Mas o Supremo Tribunal é o intérprete derradeiro; na elegante expressão do Ministro Celso de Mello detém o "monopólio da última palavra". Prefiro enfatizar, como tenho enfatizado várias vezes, que esse monopólio da última palavra corresponde a uma triste responsabilidade, se for o caso, de errar por último. Mas alguém há de dar a última palavra. E, dada pelo órgão competente, que é o Supremo, ela tem de ser eficaz.

Não quero me comprometer, aqui, com as vênias do voto magistral do Relator, Ministro Celso de Mello, com toda a afirmação dogmática do "transcendentalismo" das decisões constitucionais do Supremo Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência não é tão progressista assim.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não sou tão progressista como Chico Campos: aliás, a expressão é tirada de um discurso seu, que tentava recuperar a autoestima do Supremo Tribunal, sob a Constituição de 1937.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Só a propósito disso, Chico Campos tem de ser revisitado entre nós.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Com todas as homenagens pela imensa força intelectual de Chico Campos, é apenas uma anotação Ministro Gilmar. É curioso anotar apenas uma – não estou fazendo juízo de valor nenhum – que esta famosa oração de Francisco Campos, – a dizer que a cada dia a constituinte funcionava no Supremo Tribunal – é de um discurso seu na abertura dos trabalhos do Supremo Tribunal após o golpe de 1937.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: De qualquer forma não é uma observação original, sabemos todos.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É claro. Apenas um dado anedótico, histórico. Hoje, reverenciamos aqui, por seu centenário, o Ministro Oswaldo Trigueiro, que era o maior sabedor dessas circunstâncias em que as coisas acontecem na história política. Foi apenas uma observação, tenho a maior admiração intelectual do meu ilustre coestaduano.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Só queria registrar. Não há índex para citação, só para isso.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Exato, senão, teríamos que vetar outras, de juristas de menor estatura.

Volto ao caso. Basta-me, sem assumir compromissos com o "transcendentalismo radical", considerar que estávamos perante uma questão de Direito Constitucional **Eleitoral**. Em matéria constitucional eleitoral, pelo menos uma meta, uma aspiração, há de ter-se: a de que "regra do jogo" seja uniforme e definitiva a cada período eleitoral. A hermenêutica eleitoral nesse sentido, pelo menos periodicamente, há de ser definitiva: a alternativa é o caos. O poder normativo de que se utilizou o Tribunal Superior Eleitoral – com audácia, reconheço – o poder normativo de que tem usado o Tribunal Superior Eleitoral, em momentos às vezes dramáticos da história da República – tem o sentido de dar efetividade a um pressuposto básico de todo processo eleitoral: a uniformidade das regras do jogo, previamente estabelecidas, tanto quanto possível, de modo a evitar a incerteza, a insegurança de pleitos eleitorais que se arrastem por todos os mandatos subsequentes em batalhas judiciárias. Essa a inspiração e responsabilidade perante o processo eleitoral que tomou o Tribunal Eleitoral, quando editou e resolução questionada.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Excelência, em homenagem, portanto, ao princípio da segurança jurídica, que é nervo do estado de direito.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, com a mesma inspiração pela qual o Supremo Tribunal – então muito menos avançada estava a teoria da modulação dos efeitos temporais das decisões constitucionais – no RE 197.917, o "Caso Mira Estrela" – salvaguardou os mandatos em curso, obtidos sob uma interpretação constitucional diversa, e deu efeitos somente prospectivos à sua decisão, à sua viragem jurisprudencial. O essencial no processo eleitoral, o que há de ser ponderado nas dúvidas constitucionais – pelo menos para nós, que temos dúvidas na interpretação da Constituição – é isto: quanto possível estabelecer previamente, e com a maior clareza possível, as regras do jogo a iniciar-se; e não, deixar, como em outras fases da história do Direito Eleitoral brasileiro, que a duração do mandato se confundisse com o tempo e a batalha judicial que se abria após cada eleição.

Aqui hoje se falou em juristas pernambucanos – tivemos um ilustre jurista pernambucano na tribuna –, e lembro-me do que foi o drama do mandato do pranteado **Barbosa Lima Sobrinho**, que, eleito governador de Pernambuco, para um mandato de quatro anos, governou pouco mais de um ano, em face da inexistência, à época, de preclusões mais rígidas no processo eleitoral e de uma infindável batalha nos tribunais.

Não creio que se possa opor à resolução do TSE o art. 16 da Constituição, a respeito do qual o Ministro Celso de Mello trouxe lições definitivas para os nossos anais.

Lembro apenas que alteração muito mais significativa no processo político das eleições vindouras é a criação de novos Municípios. E que esse Tribunal, já por duas vezes, pelo menos, entendeu que a vedação dela não está contida pelo art. 16 da Constituição: recordo as ADI 733 e 718, de que fui Relator. O certo é que o Supremo Tribunal, no RE 197.917, tomara uma decisão por dois terços de

votos a respeito de como se havia de calcular, à luz da Constituição, o número de vereadores a eleger em cada Município. A resolução do TSE teve o sentido de tornar explícito que a ela se ajustaria, na direção do pleito municipal de 2004.

Ouvi com a maior atenção as brilhantes sustentações orais e li, com a maior atenção, os memoriais encaminhados. Mas não há, na questão de mérito, nada que não tenha sido versado e discutido amplamente na decisão do RE 197.917. Não é preciso dizer que estou substancialmente de acordo com eles. E, por isso mesmo, fui voto vencido. Mas fui voto **vencido**.

A omissão do Tribunal Superior Eleitoral, naquela conjuntura, não teria como consequência o reforço da autonomia de cada Município para fixar o número de membros de sua Câmara representativa. A alternativa, repito, era o caos; a alternativa era adiar a solução definitiva das eleições de cada uma das 5.563 Câmaras municipais deste País, era postergá-la para batalhas judiciais em foros distintos.

Houve, é certo, no Congresso Nacional, a tentativa de uma solução quiçá mais flexível, quiçá mais atenta ao princípio da autonomia municipal: uma proposta de emenda constitucional. Convidado, compareci às discussões na Câmara dos Deputados certo. Mas o Senado rejeitou a proposta.

Por tudo isso, Senhor Presidente, sendo inútil buscar trazer acréscimos ao voto do Ministro Celso de Mello, limito-me a enfatizar os imperativos do campo específico de que tratamos, o de um processo eleitoral, que exige regras claras, e, quanto possível, preestabelecidas com clareza, para o jogo a iniciar-se.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E federativamente uniformes.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim. Portanto, Senhor Presidente, menos como fundamentação do que como explicação pessoal, não tenho dúvida: entre a minha convicção pessoal e esses imperativos do processo eleitoral, que são também constitucionais, que nascem também de princípios constitucionais eminentes e que estiveram à base da resolução questionada, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, para julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Presidente): Eminentes Ministros, o Tribunal Superior Eleitoral, em dois de abril de 2004, editou a Resolução 21.702, firmada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Dispõe o art. 2º que:

> Art. 2º Até 1º de junho de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral verificará a adequação da legislação de cada município ao disposto no art. 1º e, na omissão ou desconformidade dela, determinará o número de vereadores a eleger.

Em 8 de junho de 2004, baixou-se a Resolução 21.803, que determinou o número de vereadores na linha do decidido no "Caso Miraflores".

É bom estar presente que, naquela discussão, ficou muito claro que estávamos perante um dilema: era exatamente a imunidade de recursos extraordinários que já tínhamos de ações civis públicas ajuizadas pelos Ministérios Públicos estaduais, no sentido da desconstituição das Câmaras de vereadores por desobediência às regras do art. 29, IV, da Constituição.

Foi sustentado – preciso fazer uma observação – que a proporcionalidade matemática adotada pelo Tribunal diz respeito à base. A base determinada pela Constituição dizia que ela tinha de ser proporcional à população; quando a base é certa, o resultado da proporcionalidade é um cálculo matemático. Quando a Constituição diz, por exemplo, no art. 5º, V, que ela é proporcional ao agravo, a base é incerta e, portanto, a proporcionalidade diz respeito a uma medida de conveniência. É o caso, por exemplo, se fosse verdadeiro o referido, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço tem uma base certa para o seu cálculo. Por isso temos de ler não a proporcionalidade isolada, mas a forma pela qual levando em conta que a base matemática sendo certa, o referente do cálculo da proporcionalidade também será certo. Então o Tribunal, ao tomar essa providência, fez algo realmente importante. O que tínhamos? Se as eleições se realizassem nos termos que teríamos, até hoje haveria uma enorme balbúrdia em relação à composição das Câmaras de Vereadores, porque essa discussão não terminaria. Foi exatamente essa preocupação que manifestei – Ministro Pertence manifestou também – quando vencido no "Caso Miraflores", e após o vencimento. Precisamos votar um único sistema, e essa foi a forma pela qual se deu eficácia plena à Constituição.

Observo que não me impressiona muito o fato de que o art. 29 tenha reservado às leis orgânicas decidirem, porque, na verdade, essa reserva às lei orgânicas não tem espaço, é o espaço da matemática. É a mesma coisa que diz respeito ao julgamento de prefeitos pelo Tribunal de Justiça, que está como um inciso do art. 29. Lembro-me das causas desses incisos – e cabe meramente como um fenômeno histórico –, quando se promulgou e se publicou o primeiro esboço de Constituição em 1987. O que fizemos? Uma enorme crítica pelo número de artigos. O deputado Bernardo Cabral, Relator, então, transformou vários artigos em incisos. Alguns incisos não tinham consistência para serem incisos, mas sim artigos autônomos. É o caso, por exemplo, de admitirmos, em algum momento, que a Lei Orgânica municipal vai disciplinar o julgamento dos prefeitos municipais perante o Tribunal de Justiça, um órgão estadual, o que mostra claramente que para vários dispositivos desses quer tenham, quer não, não há espaço de opção. É o caso específico desta regra do número de vereadores, porque está no *caput,* que é proporcional à população, e se estabelecem, depois, os parâmetros matemáticos correspondentes.

Acompanho, então, o Relator.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.345/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerentes: Partido Progressista – PP (Advogados: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outros) e Partido Democrático Trabalhista – PDT (Advogados: Cintia Maria Costa Saggin Viegas e outros). Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Interessado: Partido Socialista Brasileiro – PSB (Advogados: Carlos Roberto Siqueira de Barros e outros).

Decisão: O Tribunal, inicialmente, por votação unânime, reconheceu a legitimidade da participação processual da Ministra Ellen Gracie e dos Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, no julgamento destas ações diretas (ADI 3.345/DF e ADI 3.365/DF), nos termos do voto do Relator. Também por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, o Tribunal rejeitou a preliminar de não conhecimento das ações suscitada pelo Procurador-Geral da República. E, por maioria, julgou improcedentes as ações diretas (ADI 3.345/DF e ADI 3.365/DF), nos termos do voto do Relator, vencido, em ambas as ações, o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pelos requerentes, Partido Progressista (PP) e Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Dr. Eduardo Antônio Luch Ferrão e a Dra. Cíntia Maria Costa Saggin Viegas; pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) (*amicus curiae*), o Dr. Clóvis Corrêa; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República.

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

Brasília, 25 de agosto de 2005 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 3.528 — RJ

Relator: Ministro Presidente

Embargantes: Cesar Hack Serôa da Motta e outros — Embargado: Município do Rio de Janeiro

1. Suspensão de segurança. Efeito multiplicador. Lesão à economia pública. Ocorrência. Pedido deferido. Agravo regimental improvido. Precedente. O chamado "efeito multiplicador", que provoca lesão à economia pública, é fundamento suficiente para deferimento de pedido de suspensão.

2. Servidor público. Inativo. Remuneração. Proventos de aposentadoria. Vantagem pecuniária incorporada. Não sujeição ao teto previsto no art. 37, XI, da CF. Inadmissibilidade. Suspensão de segurança deferida. Agravo improvido. Precedentes. A percepção de proventos ou remuneração por servidores públicos acima do limite estabelecido no art. 37, XI, da Constituição da República, na redação da EC 41/2003, caracteriza lesão à ordem pública.

3. Recurso. Embargos de declaração. Caráter infringente. Recurso interposto via fac-símile. Originais apresentados após o quinquídio legal. Data da remessa via postal. Desconsideração. Precedentes. Decisão mantida. Embargos de declaração rejeitados. Não se afere a tempestividade do recurso pela postagem dos originais nos Correios, mas pelo protocolo na Secretaria do Supremo Tribunal Federal, único registro dotado de publicidade e de eficácia jurídico-legal.

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 e nos termos do voto do Relator, em rejeitar os embargos de declaração. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

Brasília, 24 de fevereiro de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Trata-se de embargos de declaração contra decisão proferida pelo então Presidente da Corte, Ministro **Gilmar Mendes**, que negou seguimento a agravo regimental interposto por fac-símile,

cujos originais foram apresentados ao Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, encaminhados a esta Corte fora do prazo de cinco dias previsto no art. 2º da Lei 9.800, de 26 de maio de 1999, regulamentado pela Resolução STF 179/1999.

Eis o teor do julgado:

> Trata-se de agravo regimental interposto por *Cesar Hack Serôa da Motta e outros* (fls. 236-242) contra a decisão de fls. 214-216, na qual deferi pedido de suspensão de segurança formulado pelo Município do Rio de Janeiro para determinar a suspensão da segurança concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Mandado de Segurança 2004.004.00962 (fls. 143-150).
>
> Os agravantes requerem a não incidência do limite remuneratório determinado pela Emenda Constitucional 41/2003 sobre seus proventos. Alegam, em síntese, a ausência de lesão à ordem e à economia públicas, uma vez que a decisão suspensa apenas restabeleceu "situação já consolidada" (fl. 240); a ofensa ao princípio do direito adquirido e a inexistência do efeito multiplicador, razões pelas quais pugnam pela reforma da decisão agravada.
>
> Passo a decidir.
>
> O art. 2º da Lei 9.800, de 26 de maio de 1999, regulamentado pela Resolução STF 179/1999, determina que a interposição da petição original do recurso deve ocorrer no prazo de cinco dias após o envio da cópia da petição anteriormente encaminhada por meio de transmissão de dados.
>
> A decisão agravada foi publicada no dia 27-3-2008 (fl. 222). Os agravantes interpuseram o agravo regimental, por cópia fac-símile, em 1º-4-2008. Contudo, a petição original do recurso foi erroneamente protocolada pelos agravantes, em 7-4-2008, no Superior Tribunal de Justiça, sendo encaminhada para esta Corte pelo Ofício 845/2008-CPIP/STJ (fl. 234), em 10-4-2008. O protocolo no Supremo Tribunal Federal ocorreu somente em 14-4-2008, ou seja, fora do prazo legal para a entrega da petição original, que se encerrou em 7-4-2008.
>
> Trata-se de decisão monocrática da Presidência deste Tribunal. O recurso cabível deve ser interposto perante esta Corte no prazo legal. Na hipótese, o recurso apresentado foi protocolado em órgão incompetente para a sua apreciação.
>
> Ressalte-se que a jurisprudência do STF é no sentido de que o recurso apresentado perante outro tribunal e protocolado nesta Corte após o término do prazo recursal é intempestivo. Nesse sentido: **AI 638.928-AgR-ED**, Relator Ricardo Lewandowski, *DJE* de 9-11-2007; AI 456.015-AgR, Relatora Ellen Gracie, *DJ* de 15-4-2005.
>
> As alegações dos agravantes, em petição de fls. 245-248, não afastam a exigência legal do cumprimento do requisito de tempestividade dos recursos.
>
> Desse modo, está comprovado o descumprimento do prazo legal, o que torna o presente recurso intempestivo.
>
> Diante do exposto, nego seguimento ao agravo regimental, por ser manifestamente intempestivo (art. 21, § 1º, do RISTF).
>
> Publique-se.
>
> Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Os embargantes, servidores públicos estaduais inativos, pedem o acolhimento dos embargos, pelas razões expostas na petição do recurso, que, em síntese, contrapõem-se aos argumentos da decisão impugnada.

Por fim, tecem considerações a respeito da ausência do competente pronunciamento do Órgão colegiado e da importância do restabelecimento da integralidade de seus proventos, que teriam sido, indevidamente, reduzidos pela incidência de teto remuneratório alterado pela EC 41/2003.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): **1**. Inconsistente o recurso.

Os embargantes não apontaram vício capaz de ser remediado por embargos de declaração, aos quais conferiu manifesto propósito infringente. A decisão embargada invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte, cujo teor subsiste invulnerável aos argumentos do recurso, os quais nada acrescentaram à compreensão e ao desate da *quaestio iuris*.

Não se nega, com isso, possam embargos declaratórios provocar alterações no teor da decisão embargada. Esse resultado só é admissível, no entanto, em caráter excepcional, nos precisos casos em que a modificação de capítulo decisório figure consequência inarredável da correção de omissão, obscuridade, contradição ou erro material contido no ato embargado. Fora daí, alteração do resultado do julgamento transformaria os embargos em nova, ampla e indesejável via recursal, não prevista no ordenamento, nem tampouco condizente com a função lhe reserva a lei.

Este Tribunal só admite como tempestivas as petições e recursos apresentados oportunamente no Protocolo da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, que constitui o único registro dotado de publicidade e de eficácia jurídico-legal. Jurisprudência confirmada pelo Plenário, como se vê à seguinte ementa exemplar:

> 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Interposição do agravo de instrumento via fac-símile dentro do prazo recursal, porém a apresentação dos originais ocorreu após o quinquídio previsto no *caput* do art. 2º da Lei 9.800/1999. 3. Afere-se a tempestividade do recurso, não pela sua postagem nos Correios, mas apenas pelo protocolo desta no Tribunal *a quo*. Precedente. 4. Agravo regimental improvido.
> (**AI 708.621-ED**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, Plenário, *DJE* de 29-5-2008.)

Apenas a título de informação, quanto ao pedido de não incidência de teto remuneratório, conforme estabelecido pela EC 41/2003, esta Corte já pacificou entendimento segundo o qual configura lesão à ordem pública a possibilidade de os agravantes perceberem seus proventos ou remuneração acima do limite estabelecido no art. 37, XI, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003. Nesse sentido, cite-se: **SS 2.583-AgR**; **SS 2.973-AgR**; **SS 2.663-AgR**; **SS 2.932-AgR** e **SS 2.447-AgR**, Plenário, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 25-4-2008, este último assim ementado:

Agravo regimental. Suspensão de segurança. Ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional. Teto. Subteto. Art. 37, XI, da Constituição da República, redação da EC 41/2003. Decreto estadual 48.407/2004.

1. Os agravantes não lograram infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.

2. No presente caso, a imediata execução da decisão impugnada impede, em princípio, a aplicação da regra inserta no art. 37, XI, da Constituição da República, que integra o conjunto normativo estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003.

3. Na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

4. Possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador".

5. Precedentes do Plenário.

6. Agravo regimental improvido.

Não obstante a jurisprudência citada tratar da questão específica do abate teto instituído pelo Decreto paulista 48.407/2004, há neste Tribunal mais de quarenta pedidos de contracautela sobre o tema do teto remuneratório na redaçaõ da EC 41/2003, e que abrangem outras unidades da Federação, a saber, Amazonas, São Paulo, Bahia, Maranhão, Piauí.

Por outro lado, evidente que a repetição de idênticos pedidos de suspensão, formulados por mais de quatro Estados federados, caracteriza o chamado efeito multiplicador, com notória lesão à economia pública (**SS 1.836-AgR**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 11-10-2001), fundamento que seria suficiente, portanto, para procedência do pedido de suspensão.

É oportuno, aliás, advertir que o disposto no art. 544, § 3º e § 4º, e no art. 557, ambos do Código de Processo Civil, desvela o grau da autoridade que o ordenamento jurídico atribui, em nome da segurança jurídica, às súmulas e, posto que não sumulada, à jurisprudência dominante, sobretudo desta Corte, as quais não podem desrespeitadas nem controvertidas sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revisão ou reconsideração. De modo que o inconformismo sistemático, manifestado em recursos carentes de fundamentos novos, pode ser visto como abuso do poder recursal

2. Isso posto, rejeito os embargos declaratórios.

EXTRATO DA ATA

SS 3.528-AgR-ED — Relator: Ministro Presidente. Embargantes: Cesar Hack Serôa da Motta e outros (Advogados: Antonio Carlos Amorim e outros). Embargado: Município do Rio de Janeiro (Advogado: Julio Rebello Horta).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), rejeitou os embargos de declaração. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

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, 24 de fevereiro de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.601 — DF

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Embargante: Governador do Distrito Federal

Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei distrital 3.642/2005, que "dispõe sobre a comissão permanente de disciplina da polícia civil do distrito federal". Ausência de pedido anterior. Necessidade de modulação dos efeitos.

1. O art. 27 da Lei 9.868/1999 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei 9.868/1999.

2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração.

3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional.

4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional.

5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado.

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 acolher os embargos de declaração para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005, a qual passa a ter eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de setembro de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Governador do Distrito Federal (fls. 124 a 129) contra acórdão que julgou procedente esta ação direta, no sentido de declarar a inconstitucionalidade da Lei Distrital 3.642/2005, que "dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal". O acórdão está assim ementado:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Lei distrital 3.642/2005. Processo disciplinar da Polícia Civil do DF. Matéria reservada à União Federal. Art. 21, XIV, CF. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que compete à União Federal, com exclusividade, legislar sobre o regime jurídico dos policiais civis do Distrito Federal. Precedentes: ADI 3.817/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 3-4-2009; ADI 2.881/DF, Relator o Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 2-4-2004; ADI 2.102-MC/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 7-4-2000. 2. Inconstitucional, portanto, a Lei distrital 3.642/2005, a qual, ao cuidar do processo disciplinar na Polícia Civil, acabou por tratar, indevidamente, do regime jurídico de seus integrantes. 3. Ação direta julgada procedente. (ADI 3.601/DF, Rel. Min. **Menezes Direito**, *DJ* de 21-8-2009.)

Sustenta o embargante que, "dada a relevância da matéria tratada no ato normativo impugnado na presente ação direta e as consequências advindas da decisão proferida por este E. Tribunal, o ora postulante reputa presentes graves razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social que recomendam a outorga de eficácia meramente prospectiva ao mencionado ato decisório, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999" (fls. 125/126).

Assim, o Governador do Distrito Federal requer o acolhimento dos presentes embargos de declaração para que se conceda eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade ocorrida no presente efeito, de modo que os respectivos efeitos do ato decisório embargado tenham início apenas a partir do seu trânsito em julgado, nos termos do art. 27 da Lei federal 9.868/1999.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Cumpre, preliminarmente, enfrentar a questão atinente ao cabimento ou não de embargos declaratórios, em controle abstrato de constitucionalidade, com o objetivo de conceder eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, sem que tenha havido pedido nesse sentido antes do julgamento da ação.

Anoto, desde logo, que esta Corte tem desprovido os embargos de declaração em casos como o presente.

Assim ocorreu no julgamento da ADI 483-ED/PR, em 22 de agosto de 2001, quando se alegou omissão em virtude do acórdão embargado não ter explicitado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 25 do ADCT paranaense. Nessa ocasião, rejeitaram-se, por unanimidade, os embargos declaratórios, sob o argumento da inexistência de omissão, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, regra que somente admite exceção na forma do art. 27 da Lei 9.868/1999 (Relator o Ministro **Ilmar Galvão**, *DJ* de 5-10-2001).

Em 10 de abril de 2003, no julgamento da ADI 1.498-ED/RS, novamente se discutiu a admissibilidade de embargos de declaração para fixar que a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual do Rio Grande do Sul, que versava sobre o regime de cartórios, teria eficácia a partir da decisão concessiva da cautelar. O Tribunal, por maioria de votos, desproveu os embargos, restando vencidos os Ministros **Ilmar Galvão** (Relator), **Gilmar Mendes**, **Ellen Gracie**, **Nelson Jobim** e **Maurício Corrêa**. Nessa ocasião, a Corte fixou o entendimento de que "[a] inexistência de pleito de fixação de termo inicial diverso afasta a alegação de omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Constituição Federal, fulminando-o desde a vigência" (Relator para o acórdão o Ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 5-12-2003).

O Tribunal voltou a discutir a questão no julgamento da ADI 2.728-ED/AM (Relator o Ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 5-10-2007), quando, da mesma forma, desproveu os embargos por ausência de omissão, e, mais recentemente, na ADI 2.791/PR, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, ocasião em que a Corte, por maioria, rejeitou os embargos, restando vencidos o Relator, a Ministra **Ellen Gracie**, o Ministro **Eros Grau** e o Ministro **Cezar Peluso**, nos seguintes termos:

> Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade procedente. Inscrição na Paranaprevidência. Impossibilidade quanto aos serventuários da justiça não remunerados pelos cofres públicos. Modulação. Eficácia em relação às aposentadorias e pensões já asseguradas e aos serventuários que já preencham os requisitos legais para os benefícios. 1. **A ausência, na ação direta de inconstitucionalidade, de pedido de restrição dos efeitos da declaração no tocante a determinados serventuários ou situações afasta, especificamente no caso presente, a apontada omissão sobre o ponto**. 2. Embargos de declaração rejeitados, por maioria.
> (ADI 2.791-ED/PR, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, Rel. p/ o ac. Min. **Menezes Direito**, *DJ* de 4-9-2009, grifou-se.)

Por fim, a matéria retornou a este Plenário na ADI 2.797-ED/DF, de relatoria do Ministro **Menezes Direito**. Neste caso, esta Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os § 1º e § 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, postulando os embargantes

a concessão de efeitos *ex nunc* à decisão do Tribunal, em razão das consequências de uma declaração de inconstitucionalidade retroativa, a qual geraria a nulidade de inúmeros processos. Em sessão de 22 de abril de 2009, o Ministro **Menezes Direito** votou pela rejeição dos declaratórios, sendo suspenso o julgamento com o pedido de vista do Ministro **Ayres Britto**.

Pois bem, em que pese a jurisprudência desta Corte, mais uma vez, a matéria merece ser rediscutida.

Como corolário do princípio da nulidade da lei inconstitucional, as decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade têm efeitos retroativos à edição do ato normativo impugnado. Entretanto, tal regra tem sua exceção prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999, *in verbis*:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, **poderá** o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.
> (Grifou-se.)

A referida norma autoriza o plenário desta Corte, por maioria de dois terços de seus membros, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Bem se sabe que o art. 27 da Lei 9.868 inovou significativamente no que concerne aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se de um **modelo rígido e absoluto** do **princípio da nulidade da lei inconstitucional**; inovação, a meu ver, imprescindível para que esta Corte possa cumprir, efetivamente, sua missão de guardar a Constituição.

Isso porque a correta aplicação desse dispositivo legal fundamenta-se no próprio princípio da unidade da Constituição. Assim, ao invés de romper com a supremacia da Carta Republicana, a promove como "uma unidade de sentido normativo e político-axiológico", na exata definição de José Gomes Canotilho (**Fundamentos da Constituição**. Coimbra, 1991, p. 44).

Como destacado por Rui Medeiros:

> (...) Os efeitos jurídicos da decisão de inconstitucionalidade devem, na verdade, ser determinados com base no significado do princípio da primazia da Constituição.
>
> (...) O princípio da constitucionalidade, se bem que exija o afastamento efectivo e o mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial (da norma constitucional violada) **sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais**. O princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre os diferentes interesses protegidos. (...)
>
> A premissa fundamental que está na base da renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória há de estar, por isso,

> na verificação de que, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos **assegura melhor a normatividade da Constituição do que a simples declaração de inconstitucionalidade**. Isto significa que a reação à normação constitucional ou, mesmo é dizer, as consequências da inconstitucionalidade da lei devem ser determinadas **no quadro da Constituição no seu todo e na sua unidade**.
>
> (*A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 712, grifou-se.)

Dessa forma, aplicar a Constituição Federal não se restringe à observância das normas constitucionais que fundamentam a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, devendo-se, também, observar os preceitos constitucionais (segurança jurídica e excepcional interesse social) que tutelam a preservação dos efeitos produzidos durante a sua vigência.

Portanto, a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999 resulta de um conflito entre normas de igual hierarquia em que prevalecem certos bens jurídicos ou interesses também de hierarquia constitucional, quais sejam, a segurança jurídica – que decorre do art. 5º, *caput*, da Constituição e fundamenta a noção material do princípio do Estado de Direito (art. 1º da CF/1988) – e o excepcional interesse social, que consubstancia qualquer outro princípio constitucional. É evidente que a identificação desses princípios somente pode ocorrer concretamente, mediante a análise de cada caso.

Logo, faz-se necessário, em virtude do postulado da supremacia e da unidade da Constituição, ampliar-se o objeto de interpretação das normas em face da Carta Magna, ultrapassando-se a análise do ato legal frente à norma constitucional parâmetro, para contemplar, ainda, os efeitos produzidos pela norma questionada frente outras normas igualmente constitucionais. Desse modo, todos esses preceitos devem ser ponderados no momento da decisão de inconstitucionalidade e orientar o intérprete na tomada de sua decisão.

O Supremo Tribunal Federal, guarda da Constituição, tem o dever de zelar pela sua **máxima efetividade**, o que ultrapassa a norma constitucional utilizada como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, alcançando toda a unidade normativa da Lei Maior.

Nesse contexto, o art. 27 da Lei 9.868/1999 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior.

Assim, presentes as condições necessárias à flexibilização dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o **dever constitucional** de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei 9.868/1999.

Nesse sentido, é a ilustre lição de Jorge Miranda:

> Como escreve Bachof, **os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas**. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção dos cidadãos . Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidosa, é também em regra – embora não sempre – um resultado juridicamente errado.
> (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra, 1988, p. 390, grifou-se.)

Esse é o ponto crucial do presente tema. Sendo as circunstâncias da segurança jurídica e do excepcional interesse social **parâmetros constitucionais**, o Tribunal, quando da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ao não analisar todas as consequências da sua decisão, **é omisso**, tornando possível volver a questão em sede de embargos declaratórios.

Nas palavras do eminente Ministro **Gilmar Mendes**, "Caso se entenda que o fundamento para a limitação dos efeitos é de índole constitucional e que, presentes os requisitos para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritivos, não poderá o Tribunal fazê-lo com eficácia *ex tunc*, afigura-se inevitável o acolhimento dos embargos de declaração nas hipóteses em que de fato se configura uma omissão do Tribunal na apreciação dessas circunstâncias" (ADI 2.791-ED/PR).

Se a matéria não foi suscitada pelas partes e o Tribunal não apreciou tais questões, não se pode, simplesmente, fechar as portas desta Corte em definitivo – já que não é cabível nenhum outro recurso –, mesmo estando presentes relevantes princípios constitucionais.

Tal posicionamento, a meu ver, é, inclusive, consentâneo com a natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade, não sendo razoável permitir-se, por um descuido dos participantes do processo, ou mesmo por seu receio de enfraquecer sua tese, que haja consequências adversas ao princípio da segurança jurídica ou a excepcional interesse social.

Como afirma Clémerson Mérlin Cléve, "A vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias", devendo esta Suprema Corte estar atenta às consequências práticas de suas decisões, de modo que a comunicação entre norma e fato constitua condição da própria interpretação constitucional.

Entretanto, ressalte-se que permanece como regra a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o consequente desfazimento – quando possível – de todos os efeitos que a norma inconstitucional tenha produzido, uma vez que continua a dominar entre nós a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Tanto que, para excepcioná-lo, o Tribunal deve fazê-lo por maioria qualificada de dois terços dos seus membros, ou seja, oito dos doze ministros devem entrar em acordo sobre a forma de disposição dos efeitos.

Assim, caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo, embora possam as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração.

Passo à análise do mérito da pretensão do embargante.

No caso em apreço, declarou-se a inconstitucionalidade **formal** da Lei distrital 3.642/2005, que "dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal", por se tratar de matéria reservada à competência legislativa da União (regime jurídico dos policiais civis do Distrito Federal).

Como destacado pelo Governador do Distrito Federal, a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*, no presente caso, implicaria:

> (...) na desconstituição de diversos (senão na totalidade) dos processos instaurados (concluídos ou não) com amparo na referida lei, porquanto em verdade tais procedimentos estariam desvinculados da legislação que rege a matéria após a declaração de inconstitucionalidade ocorrida no presente feito.
>
> Desse modo, vários policiais civis que foram eventualmente punidos com base na mencionada norma teriam as suas penalidades afastadas. Em alguns casos, trata-se de servidores que cometeram infrações gravíssimas, puníveis inclusive com a demissão do serviço público e que, possivelmente, teriam de ser reintegrados.
>
> Ressalte-se que parte das punições impostas com fundamento na lei declarada inconstitucional – caso afastadas – poderá eventualmente não ser mais aplicada, em face do advento da prescrição administrativa.
>
> (Fls. 126/127.)

Esses são os dados fáticos que se colocam. A meu ver, a pretensão do Estado embargante remete-se a situação que se não for confrontada – e não haveria outro meio que não os embargos declaratórios – produzirá efeitos com os quais será difícil lidar, dentre eles, a nulidade de todos os atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, durante os **quatro anos** de aplicação da lei declarada inconstitucional.

Com efeito, nesse ínterim, situações jurídicas foram consolidadas e muitos policiais civis foram processados, alguns absolvidos e outros condenados, inclusive, com perda do cargo. Assim, aqueles absolvidos podem, eventualmente, ter que se submeter a novo processo administrativo, com todos os percalços e incertezas resultantes de um procedimento disciplinar. Isso sem falar na reintegração de policiais civis que, mesmo após a condenação pela prática de infrações gravíssimas, voltarão ao serviço público e aos quadros da Polícia Civil, exercendo função inerente e essencial à segurança pública, o que pode resultar em riscos à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, resguardados no art. 144, *caput*, da Constituição Federal.

Por fim, conforme ponderado pelo embargante:

> (...)
>
> Tal restrição na eficácia da decisão não importará em prejuízos ao interesse público, ou mesmo à ordem constitucional. Relembre-se que o fundamento da ação direta de inconstitucionalidade ora em exame consiste em um vício de natureza

formal, por usurpação de competência legislativa. Não há, em face da aplicação da norma distrital aqui examinada, um caráter desproporcional ou a eventual violação a garantias constitucionais, como a ampla defesa e o devido processo legal.

Em outras palavras: a aplicação da norma impugnada na presente sede de controle normativo abstrato no âmbito do Distrito Federal não prejudicou os acusados nos respectivos processos administrativos. Foram observadas todas as garantias constitucionais aplicáveis e as condenações, ou as absolvições, ocorridas revelam-se plenamente legítimas e razoáveis, no que se refere à aplicação da lei distrital nº 3.642/2005.

(Fls. 127/128.)

Assim sendo, parece evidente que se encontram aqui presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional.

Portanto, no caso em exame, entendo que, tendo em vista a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas com base na lei distrital, a declaração de inconstitucionalidade não deve ser retroativa, restando configurados os requisitos exigidos pela Lei 9.868/1999 para a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Entretanto, não se faz necessário aguardar o trânsito em julgado, como pretende o embargante. Reputo suficiente a indicação da data em que foi publicado o acórdão da decisão de declaração de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, conheço dos embargos declaratórios e dou a eles provimento, para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado, ocorrida em 21 de agosto de 2009.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, não vejo omissão, contradição, obscuridade no acórdão proferido. Já assentamos que, quando há a declaração de inconstitucionalidade e o Tribunal não se pronuncia quanto à eficácia do acórdão, é porque, nesse pronunciamento, foi adotada a regra, a eficácia, desde o momento da edição da lei.

O que houve na espécie – e já parto para a matéria de fundo? A Câmara Distrital, em que pese a reiterada jurisprudência do Supremo sobre a impossibilidade de vir a regular regime jurídico de Policiais Civis do Distrito Federal, adentrou esse campo. Na ementa do acórdão embargado, da lavra do Ministro Menezes Direito, mencionou-se um precedente de 2000 e essa lei distrital é de 2005. É a problemática do fato consumado. Implementa-se a edição de uma lei, à margem da Constituição Federal, apostando-se na passagem do tempo

e na morosidade da Justiça para ter-se situações, que não são legitimamente constituídas, perpetuadas mesmo se mostrando à margem da Lei Maior.

Por isso, entendo que não há omissão, obscuridade ou contradição e que, de qualquer forma, não cabia, na espécie, simplesmente dizer que, em conflito com a Constituição Federal, a Lei distrital 3.642, de 2005, vigorou de 2005 a 2009 – data em que apreciamos a ação direta de inconstitucionalidade.

Ressalto, mais uma vez, que a concretude da Carta da República não depende de pronunciamento do Supremo. A concretude é imediata, considerado o que nela se contém. Aqui é uma matéria pacífica. O que constatamos foi a inobservância pela Câmara Distrital da própria jurisprudência do Supremo, e não há como potencializar as consequências do conflito da lei com a Constituição Federal, considerados os possíveis processos administrativos disciplinares, para simplesmente salvar-se a lei, colocando como que em *standby* a Constituição Federal no período em que ela esteve em vigor, até o crivo do Supremo.

Desprovejo, Presidente, os embargos declaratórios.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, eu gostaria de me manifestar em sentido contrário ao manifestado pelo Ministro Marco Aurélio e Ministro Celso de Mello, na linha do voto do eminente Relator.

Entendo que pode ocorrer – e nós já tivemos casos em que essa situação se coloca – a necessidade de eventual correção, que era de se fazer em embargos de declaração. Nós temos aceitado a possibilidade de modulação de efeitos não como uma derrogação do princípio da nulidade, mas como resultado de uma ponderação que se estabelece entre o princípio da nulidade, como um princípio constitucional não escrito, e o princípio da segurança jurídica. Podemos ter então essa ponderação, e temos feito de quando em vez esse tipo de juízo. E há casos em que essa situação se manifesta de forma extremada. Para lembrar apenas um caso, em que nós adotamos até para os fins do controle incidental, aquele caso de Mira Estrela. Era notório que nós tínhamos que fazer aquele deferimento sob pena de trabalharmos com um conceito de retroatividade para quase que refazer as eleições que já se tinham realizado; era impositivo. E aquele caso até me fez lembrar uma consideração, que é de 1927, de Walter Jellinek, dizendo que a teoria da nulidade não poderia ter esse caráter absoluto. E Walter Jellinek então trabalhava com o exemplo de uma lei eleitoral, exatamente numa situação assemelhada, que fosse declarada inconstitucional. E ele então dizia: Se esta lei vier a ser declarada inconstitucional depois das eleições, até lá o governo já se terá formado, e certamente já terá aprovado leis. E como fica a nulidade desta lei?

E ele prosseguia nas perguntas que levavam então a uma aporia. Se nós trabalharmos com a ideia de nulidade da lei inconstitucional em toda a extensão, dizia ele: O governo terá que ser desfeito, o parlamento também terá que

ser desfeito, e não haverá ninguém apto a votar uma lei eleitoral para abalizar as próximas eleições.

Portanto, nós adotamos, sim, o princípio da nulidade, mas ele comporta temperamentos. No caso, me parece que pode ocorrer a necessidade de nós termos que aceitar muitas vezes embargos de declaração. Creio que nós tivemos um caso aqui do Rio Grande do Sul, em que se discutiu problema de cartórios e titularização de cartórios, ou a estatização de cartórios, e nós vimos, o próprio Tribunal do Rio Grande do Sul dizia que não dispunha de outros meios para fazer funcionar as serventias. Só que a questão só foi suscitada *a posteriori*. Creio que o Professor Rui Medeiros, naquele seu trabalho sobre a decisão de inconstitucionalidade, chama a atenção para essa possibilidade. Quer dizer, levar ao Tribunal de novo, exatamente porque aquelas realidades não eram conhecidas. Então, eu acredito que é possível, sim, admitir os embargos de declaração como um elemento de eventual correção, sempre que ainda houver essa possibilidade de impugnação, e, claro, colhemos os votos previstos no art. 27.

No caso específico, me parece – realmente aqui não se trata de fazer um juízo antropomórfico da conduta do Distrito Federal. O fato é que essas pessoas que foram submetidas a um regime disciplinar agora poderão voltar às suas atividades com sérios riscos, talvez até em alguns casos com a prescrição já verificada.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sério elemento de perturbação no funcionamento da máquina administrativa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Funcionamento. Quer dizer, é claro que se nós estivéssemos a sancionar o responsável pela atitude, pela conduta, óbvio que seria de se tratar de outra maneira, mas aqui é um quadro de responsabilização objetiva. Por isso vou pedir vênia para acompanhar o Ministro Toffoli, pedindo vênias também ao Ministro Marco Aurélio e Ministro Celso de Mello.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, dirijo-me ao Ministro Gilmar Mendes, porque Sua Excelência sempre diz que nos cabe nas nossas decisões também conferir funcionalidade ao sistema.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É ao sistema.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Por isso é que devemos buscar na interpretação do Texto Magno conceitos operacionais.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência já está acolhendo os embargos? Eu já anoto.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Já, eu antecipo.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu queria também justificar o meu voto. Eu, num primeiro momento, fiquei extremamente sensibilizado pela argumentação do eminente Ministro Marco Aurélio e também do Ministro Celso de Mello, eu estava inclinado a acompanhá-los no sentido de rejeitar os embargos.

Mas o eminente Relator me esclarece – agora também fui melhor ainda esclarecido pelo digno Ministro Gilmar Mendes – que a situação é realmente excepcional. Nós temos aqui, no caso, que modular os efeitos dessa nossa declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta o elevado interesse público envolvido. Do que se trata, na espécie? A Lei distrital 3.642/2005, que dispunha sobre a comissão permanente de disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, foi considerada inconstitucional, porque entendeu-se, com base nos precedentes desta Corte, que nessa matéria somente a União é competente.

Ocorre que com base nessa Lei – e Sua Excelência, o Relator, estava me explicando, é uma lei que garante, inclusive, a ampla defesa e o contraditório – muitos daqueles que foram submetidos a esta comissão disciplinar, policiais civis acabaram demitidos a bem do serviço público. Se nós não modularmos, o que vai acontecer? Esses policiais, demitidos a bem do serviço público que, certamente, praticaram sérias irregularidades, retornarão ao serviço.

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

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pois não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Polícia Civil do Distrito Federal é exemplar. Então, os casos de exoneração devem ser pouquíssimos, para chegarmos a essa espécie de decisão em embargos declaratórios modulando o pronunciamento do Tribunal.

O Sr. Ministro Celso de Mello: *Cancelado.*

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, de qualquer forma, vamos ver a conclusão da maioria, se alcança o número de oito votos necessários para a modulação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Portanto, eu acolho os embargos nos termos do voto do eminente Relator. De forma absolutamente excepcional, porque tenho entendido que essa matéria não pode ser suscitada em série de embargos. A situação é excepcionalíssima.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu queria fazer duas observações rapidíssimas. A primeira que eu não vejo realmente os casos formalmente, rigorosamente, de embargabilidade aqui, até porque verifiquei não haver nenhum pedido neste sentido. Mas se tem realmente a teoria das nulidades no Direito Público, basicamente seriam as nulidades de Direito Administrativo, que mais se aproveita das lições de Seabra Fagundes, por exemplo, que a

declaração de nulidade e a produção imediata dos seus efeitos podem produzir um mal maior para a sociedade do que o contrário.

Fico muito preocupada, Presidente, realmente, com as observações do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Celso de Mello, que tem todas as razões para que as seguisse, e se eu abstraísse o caso concreto, porque tenho achado que os casos têm ficado muito frequentes, em que os governantes no País, estou dizendo aqui quem faz a lei e a aplica descumpre não apenas a lei, mas uma lei já interpretada pelo Plenário deste Supremo Tribunal. Quer dizer, que estado de direito é esse? E mais, estamos o tempo todo escoimando esse tipo de situação, sem que o sistema nos ofereça uma alternativa para responsabilizar quem precisa ser responsabilizado.

Outro dia, ainda, o Ministro Celso de Mello lembrava que casos há em que seria de se acionar o Ministério Público, realmente, uma vez que se trata de responsabilidade, porque é taxativa a Constituição, porque é crime de responsabilidade descumprir a Constituição. Isso é um descumprimento afrontoso à Constituição, aqui é formal, e ao Supremo que já havia, enfim, decidido, sedimentado, consolidado na jurisprudência, rigorosamente nesse sentido.

Vou fazer o voto, acompanhando o Ministro Relator, realmente porque não vejo uma alternativa, do ponto de vista da consequência administrativa, a se impor à espécie, porque eu sei que as pessoas já foram afastadas. Pessoas que foram afastadas já tornaram vagos os cargos, que, eventualmente, ainda que sejam poucos, como lembra o Ministro Marco Aurélio, podem ter sido providos, e não há o que fazer, portanto, diante de tais situações.

Então, por todo imbróglio agora verificado, apesar de ser um voto que dou de má-vontade, do ponto de vista jurídico, realmente vou acompanhar o Relator, mas sigo pensando nas razões expostas lapidarmente pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

Acolho os embargos.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também faço minhas as ponderações da Ministra Cármen Lúcia a respeito do reiterado descumprimento de decisões desta Casa por parte, especificamente, da Câmara Legislativa do Distrito Federal, mas creio que essa legislação – se não me falha a memória – data de 1995.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: De 2005, são quatro anos até a decisão do Tribunal.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Portanto, são cinco anos em que já terá surtido efeito, muitas punições e afastamentos se terão produzido.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Estou acolhendo, Ministra **Ellen**, só até a data da publicação do acórdão anterior, 21 de agosto de 2009.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Acompanho o eminente Relator na sua proposta de modulação dos efeitos, excepcionalmente. É caso realmente excepcional.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu também, com o devido respeito, me preocupo seriamente com as consequências não apenas de ordem financeira, mas, sobretudo, de ordem disciplinar e prática, porque, na verdade, é uma reintegração aí de vários policiais para exercer cargos que, a essa altura, já estão ocupados por outrem. É realmente um problema grave também de ordem prática, além – vamos dizer – dos seus aspectos jurídicos, já bem salientados pela maioria que se formou.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, de certa forma, vou criar um problema para o Plenário. Somos nove no Plenário e tivemos dois votos divergentes. Sabemos que, para a modulação, há necessidade de oito votos em tal sentido. Esses oito votos não foram proferidos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Acho que é o caso de aguardar, com esse resultado, de maneira provisória, o retorno dos Ministros Eros Grau ou Joaquim Barbosa.

Então, proclamo o resultado, por ora.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o irrequieto julgador tem que veicular o convencimento sobre a matéria. Se não alcançado, com a composição plenária, o número de votos suficientes à modulação, dá-se a recusa da modulação. Assim, temos concluído.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, eu gostaria de me contrapor a essa posição do Ministro Marco Aurélio. Na verdade, trata-se de um modelo bifásico. Lembro-me sempre daquele julgamento, Ministro Celso de Mello também, todos nós, em que tratamos da questão da modulação de efeitos na matéria da progressão de regime. Tivemos, primeiro, um grande embate e votamos seis a cinco. Depois, fizemos – porque o modelo é bifásico, resultante do art. 27 – uma segunda votação, agora para o efeito da modulação, que acabou sendo consagrada parcialmente. Por quê? Porque agora eram outros os pressupostos. Daí acho estar correta a posição adotada pelo Presidente de aguardarmos até que seja possível compor o *quorum*. Se for rejeitado, será rejeitado, não foram obtidos os oito votos, mas é possível se suspender o julgamento, tal como se faz também em relação à exigência do *quorum* constitucional de seis votos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Temos *quorum* para deliberação. O que está previsto na lei regedora da ação direta de inconstitucionalidade, no art. 27 da Lei 9.868/1999, é que a modulação somente será implementada se houver oito votos nesse sentido. Não havendo os oito votos, e tendo-se *quorum* para o funcionamento da Corte, deve-se proclamar o resultado a que se chegou, ou seja,

não houve deliberação, com o *quorum* da data em que apreciado o caso, de oito integrantes, e, portanto, não cabe modular a eficácia do acórdão proferido.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Senhor Presidente, eu gostaria de me manifestar na linha do Ministro **Gilmar Mendes**, com a vênia do Ministro **Marco Aurélio**.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, não podemos ir ao julgamento para depois voltarmos.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Nós estamos aqui, Ministro **Marco Aurélio**, a discutir agora regras procedimentais, que valem para qualquer caso, para esse ou qualquer outro. A título de exemplo para as ações com **quorum** específico, consideremos a ação direta de inconstitucionalidade. Nesse caso, são necessários seis votos, num ou noutro sentido. Se, iniciado um julgamento, não se chegar a seis votos...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não é o que está na lei, Excelência, a regência é outra. O que está na lei é que, para a modulação, algo excepcional, porque implica em dizer-se que a Constituição Federal não vigorou até a data do crivo do Supremo, há necessidade de oito votos. Agora, o *quorum* para deliberação, esse nós temos.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Com a devida vênia ao entendimento de Vossa Excelência, *mutatis mutandis*, eu entendo que é a mesma situação. Se se suspende o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade que está cinco a cinco para se aguardar um voto que alcance, em tese, um *quorum*, a mesma coisa deve-se dar neste caso, *a fortiori*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aí não se pode deliberar, Excelência, mas, neste caso, pode.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Vossa Excelência me permite concluir o raciocínio. Eu escuto Vossa Excelência. Só gostaria, depois que o Presidente me garantisse a palavra, de concluir o meu raciocínio. Eu escuto Vossa Excelência, Ministro **Marco Aurélio**.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, creio que Vossa Excelência prolatou o voto, como Relator, eu o ouvi. Agora, após uma divergência, surgiu a discussão, e eu estou aparteando. Se Vossa Excelência se sentir incomodado pelo aparte, eu o cesso. Apenas peço ao Presidente que consigne como votei na matéria.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Aparte é isso mesmo. Apartear significa interromper. Então Vossa Excelência tem todo o direito de interromper.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, apartear é interromper mesmo. Eu não vejo outra forma!

O Sr. Ministro Ayres Britto: É interromper. É o direito de Vossa Excelência interromper o voto do Relator.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu vou ouvir o Plenário.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Se é necessário alcançar o *quorum* de oito votos, não se alcançou esse *quorum* de oito votos e há ausentes à sessão, eu entendo que é o caso de se suspender o julgamento e aguardar o eventual *quorum* completo.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.601-ED/DF — Relator: Ministro Dias Toffoli. Embargante: Governador do Distrito Federal (Advogado: Marcelo Lavocat Galvão).

Decisão: Após os votos dos Ministros Dias Toffoli (Relator), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Cezar Peluso (Presidente), acolhendo os embargos de declaração para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005 a partir da publicação do acórdão, e os votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, rejeitando a modulação, o Tribunal, apreciando questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de ser proclamada a rejeição da modulação dos efeitos por não se ter alcançado, nesta assentada, o *quorum* de 2/3 dos votos para sua aprovação, deliberou suspender o julgamento para colher dos votos dos Ministros Joaquim Barbosa, licenciado, e Eros Grau, ausente neste julgamento.

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

Brasília, 17 de junho de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Neste caso, estou concordando com a modulação pelo seguinte: a Procuradoria-Geral impugnou a lei, se não me engano, dois meses após a sua promulgação e pediu medida cautelar, mas não houve tempo hábil de julgamento durante todo esse tempo. E nesse período, vários policiais foram processados e punidos com base nessa lei, mas ela foi, tempestivamente, impugnada através da ação direta.

Eu, normalmente, sou bastante parcimonioso na aplicação do art. 27, mas, neste caso, eu concordo com a modulação.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.601-ED/DF — Relator: Ministro Dias Toffoli. Embargante: Governador do Distrito Federal (Advogado: Marcelo Lavocat Galvão).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, acolheu os embargos de declaração para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2001 a partir da publicação do acórdão, contra

os votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que rejeitavam a modulação. Ausentes, com votos proferidos em assentada anterior, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 9 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.178 — GO

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Governador do Estado de Goiás e Assembleia Legislativa do Estado de Goiás — Interessadas: Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios – ANDECC e Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR

1. Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 16, incisos II, III, V, VIII, IX e X, da Lei 13.136/1997, do Estado de Goiás. Concurso público. Ingresso e remoção nos serviços notarial e de registro. Edital. Pontuação. Critérios ordenados de valoração de títulos. Condições pessoais ligadas à atuação anterior na atividade. Preponderância. Inadmissibilidade. Discriminação desarrazoada. Ofensa aparente aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa. Liminar concedida. Medida referendada. Para fins de concessão de liminar em ação direta, aparentam inconstitucionalidade as normas de lei que, prevendo critérios de valoração de títulos em concurso de ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro, atribuam maior pontuação às condições pessoais ligadas à atuação anterior nessas atividades.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 16, incisos II, III, V, VIII, IX e X, da Lei 13.136/1997, do Estado de Goiás. Concurso público. Remoção nos serviços notarial e de registro. Edital. Pontuação. Critérios ordenados de valoração de títulos. Condições pessoais ligadas à atuação anterior na atividade. Marco inicial. Data de ingresso no serviço. Interpretação conforme a Constituição. Liminar concedida para esse efeito. Medida referendada. Para fins de concessão de liminar em ação direta, devem ter por marco inicial a data de ingresso no serviço, em interpretação conforme a Constituição, as condições pessoais ligadas à atuação anterior na atividade, objeto de lei que estabelece critérios de valoração de títulos em concurso de remoção nos serviços notariais e de registro.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 16, inciso V, da Lei 13.136/1997, do Estado de Goiás. Concurso público. Serviços notarial e de registro. Edital. Pontuação. Critérios ordenados de valoração de títulos. Aprovação anterior em concurso de ingresso num daqueles serviços. Título admissível. Impossibilidade, porém, de sobrevalorização e equiparação ao de aprovação em concurso para cargo de carreira jurídica. Limitação ditada por interpretação conforme a Constituição. Liminar referendada com tal ressalva. Para fins de concessão de liminar em ação

direta, norma que preveja, como título em concurso para ingresso no serviço de notas ou de registro, aprovação anterior em concurso para os mesmos fins, deve ser interpretada sob a limitação de que esse título não tenha valor superior nem igual ao de aprovação em concurso para cargo de carreira jurídica.

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, nos termos do voto do Relator, em referendar a decisão liminar, inclusive quanto à distinção entre os concursos de ingresso e de remoção, com a ressalva de que, no tocante ao de ingresso no serviço notarial e de registro, a aprovação em concurso de ingresso prevista no inciso V do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás, deve ser interpretada conforme a Constituição, no sentido de constituir título válido, desde que não sobrevalorizado nem equiparado ao das aprovações em concurso para cargos de carreira jurídica, vencido no ponto o Ministro Marco Aurélio, que a referendava integralmente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Eros Grau. Falou pelo *amicus curiae*, Associação Nacional dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR), o Dr. Marcelo Casseb.

Brasília, 4 de fevereiro de 2010 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, que impugna os incisos II, III, V, VIII, IX e X do art. 16 da Lei 13.136, de 21-7-1997, do Estado de Goiás, a qual dispõe sobre concursos de ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro no âmbito estadual (fls. 2/6).

Transcrevo o teor dos dispositivos impugnados:

> Art. 16. Do edital constarão os critérios de valoração dos títulos, considerando-se na seguinte ordem:
>
> (...)
>
> II – apresentação de tese em congressos ligados à área notarial e de registro;
>
> III – participação em encontros, simpósios e congresso sobre temas ligados aos serviços notariais ou de registro, mediante apresentação de certificado de aproveitamento;
>
> (...)
>
> V – aprovação em concurso de ingresso e remoção em serviço notarial e registral;
>
> (...)

VIII – tempo de serviço prestado como titular em serviço notarial ou de registro;

IX – tempo de serviço prestado como escrevente juramentado ou suboficial, em serventia notarial ou de registro;

X – tempo de serviço público ou privado prestado em atividades relacionadas com a área notarial ou de registro, de no mínimo 5 (cinco) anos.

2. Sustenta o autor, em síntese, a inconstitucionalidade material dessas normas, por violação ao princípio da isonomia, pois "desigualam os concorrentes à vaga de titular de cartório extrajudicial, conferindo àqueles que já desempenharam atividades relacionadas à área notarial ou de registro uma melhor classificação no concurso (fl. 5).

3. Durante o período de recesso, o Ministro Presidente **Gilmar Mendes** concedeu, parcialmente, a medida liminar (art. 13, inciso VIII, do RISTF), *ad referendum* do Plenário, para: "(1) no tocante ao concurso de ingresso, suspender, com efeitos *ex nunc*, a vigência das normas dos incisos II, III, V, VIII, IX e X do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás; e (2) em relação ao concurso de remoção, fixar, com efeitos *ex nunc*, interpretação conforme a Constituição no sentido de que a consideração dos títulos referidos nos incisos II, III, V, VIII, IX e X do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás, deve ter como marco inicial o ingresso no serviço notarial de registro", com base na jurisprudência consolidada da Corte.

4. Contra a decisão foram opostos embargos de declaração pela Associação de Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR), que, por não ser parte na ação, lhes viu negado o seguimento. Na oportunidade, o Ministro Presidente asseverou, todavia, que "os efeitos *ex nunc* conferidos à decisão que concedeu parcialmente a medida cautelar aplicam-se a partir de sua comunicação aos requeridos (23-1-2009 – fls. 31/42), de modo que alcançam, inclusive, o concurso em andamento" (fl. 230).

5. A Procuradoria-Geral da República pugna pela revisão da decisão de suspensão que atinge o inciso V do art. 16 da Lei estadual atacada, sob fundamento de que a aprovação em concurso de ingresso nos serviços notariais e de registro, se não sobrevalorizada frente a aprovações em concursos para cargos de carreiras jurídicas, não fere o princípio da isonomia, devendo, pois, ser considerada constitucional (fls. 233-234).

A mesma necessidade de reparo é afirmada por terceiros admitidos como *amici curiae*, com pedido adicional de exclusão da expressão "ligados aos serviços notariais ou de registro", constante do inciso III do artigo impugnado (fls. 46/55 e 236/247).

6. O Ministro Presidente **Gilmar Mendes** reiterou a competência do Plenário desta Corte no que tange a eventuais esclarecimentos (fls. 293-296).

7. A Assembleia Legislativa do Estado de Goiás prestou informações, defendendo a constitucionalidade das normas atacadas, que substanciariam mera adequação às especificidades do cargo por prover (fls. 336-343).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Este o teor da decisão liminar exarada pelo Ministro **Gilmar Mendes**, ora trazida a referendo deste Plenário:

> Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra os incisos II, III, V, VIII, IX e X do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás, que dispõe sobre os concursos de ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro no âmbito estadual.
>
> Os dispositivos impugnados possuem o seguinte teor:
>
> "Art. 16. Do edital constarão os critérios de valoração dos títulos, considerando-se na seguinte ordem:
>
> (...)
>
> II – apresentação de tese em congressos ligados à área notarial e de registro;
>
> III – participação em encontros, simpósios e congresso sobre temas ligados aos serviços notariais ou de registro, mediante apresentação de certificado de aproveitamento;
>
> (...)
>
> V – aprovação em concurso de ingresso e remoção em serviço notarial e registral;
>
> (...)
>
> VIII – tempo de serviço prestado como titular em serviço notarial ou de registro;
>
> IX – tempo de serviço prestado como escrevente juramentado ou suboficial, em serventia notarial ou de registro;
>
> X – tempo de serviço público ou privado prestado em atividades relacionadas com a área notarial ou de registro, de no mínimo 5 (cinco) anos."
>
> O Procurador-Geral da República sustenta, em síntese, que as referidas normas violam o princípio da isonomia, tendo em vista que "desigualam os concorrentes à vaga de titular de cartório extrajudicial, conferindo àqueles que já desempenharam atividades relacionadas à área notarial ou de registro uma melhor classificação no concurso".
>
> Cita precedentes desta Corte sobre o mesmo tema: ADI 3.522, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 3.580, Rel. Min. Gilmar Mendes.
>
> Requer a concessão de medida cautelar, visto que, segundo informa, há concurso em andamento, com fase de apresentação de títulos marcada para 4 de fevereiro de 2009.
>
> Decido.
>
> O art. 10 da Lei 9.868/1999 permite que, no período de recesso, a medida cautelar seja concedida por decisão monocrática do Presidente do STF – ao qual compete decidir sobre questões urgentes no período de recesso ou de férias, con-

forme o art. 13, VIII, do Regimento Interno do Tribunal –, que posteriormente deverá ser levada ao referendo do Plenário da Corte.

A presente ação direta tem como objeto normas de teor idêntico ou semelhante ao das ADI 3.522, Rel. Min. Marco Aurélio; e 3.580, de minha relatoria. Consta da ementa dos referidos julgados o seguinte:

> "*Concurso público – Pontuação – Exercício profissional no setor envolvido no certame – Impropriedade.* Surge a conflitar com a igualdade almejada pelo concurso público o empréstimo de pontos a desempenho profissional anterior em atividade relacionada com o concurso público. *Concurso público – Critérios de desempate – atuação anterior na atividade – Ausência de razoabilidade*. Mostra-se conflitante com o princípio da razoabilidade eleger como critério de desempate tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público."
>
> (ADI 3.522/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 12-5-2006.)

> "*Ementa*: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 17, I e II, da Lei 12.919, de 29 de junho de 1998, do Estado de Minas Gerais. 2. Concurso público de ingresso e remoção nos serviços notarias e de registro. 3. Apresentação dos seguintes títulos: a) 'tempo de serviço prestado como titular, interino, substituto ou escrevente em serviço notarial e de registro' (art. 17, I); b) 'apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços notariais e registrais' (art. 17, II). 4. Violação ao princípio constitucional da isonomia. 5. Precedentes: ADI 3.522/RS; ADI 3.443/MA; ADI 2.210/AL. 6. Medida cautelar julgada procedente."
>
> (ADI 3.580-MC/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 10-3-2006.)

Como ressaltei no julgamento da ADI 3.580, a questão não é nova na jurisprudência desta Corte. No julgamento da ADI 3.522/RS, Rel. Min. Marco Aurélio (julgado em 24-11-2005), o Tribunal entendeu que existia ofensa aos princípios do concurso público (CF, art. 37, II) e da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), e julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, II, III e X do art. 16 e do inciso I do art. 22, ambos da Lei 11.183/1998, do Estado do Rio Grande do Sul, que estabeleciam, como títulos de concurso público, atividades relacionadas a serviços notariais e de registro, e, como critério de desempate entre candidatos, a preferência para o mais antigo na titularidade desses serviços. O Tribunal considerou que os dispositivos impugnados estabeleciam tratamento diferenciado que se afastava dos objetivos da exigência do concurso público, visto que fixavam critérios arbitrários de sobrevalorização dos títulos da atividade cartorária, conferindo privilégio a um determinado grupo de candidatos em detrimento dos demais.

Em outro julgamento (ADI 3.443-0/MA, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 8-9-2005), o Tribunal considerou como atentatória ao princípio constitucional da isonomia a norma que estabelece como título o mero exercício de função pública.

No mesmo sentido, o julgamento da ADI 2.210-5/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (*DJ* de 24-5-2002), no qual o Tribunal entendeu ser plausível a invocação do princípio constitucional da isonomia, que há de reger toda a disciplina das competições públicas, contra a validade de normas que considerem como título o mero exercício de cargos públicos, efetivos ou comissionados, privativos ou não de graduados em Direito.

Cito, ainda, os seguintes julgados com teor semelhante: ADI 2.206-MC/AL, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 8-11-2000; ADI 598/TO, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* de 12-11-1993.

Essas razões são suficientes para o deferimento da medida cautelar pleiteada.

Há que se deixar consignado, não obstante, que, no julgamento dos embargos de declaração na ADI 3.522, Rel. Min. Marco Aurélio, o Tribunal fixou o entendimento no sentido de que, em hipóteses como esta, deve-se fazer a distinção entre os concursos de ingresso e de remoção, de forma que em relação aos concursos de remoção só não pode ser levado em conta o tempo de serviço notarial anterior ao ingresso nesse serviço. Assim, esta Corte assentou o entendimento segundo o qual, na hipótese do concurso de remoção, a consideração do tempo de serviço tem como marco inicial a assunção do cargo mediante o concurso, sem que isso implique violação ao princípio da isonomia.

Ante o exposto, de acordo com os fundamentos adotados por esta Corte nos julgamentos da ADI 3.580-MC e da ADI 3.522, defiro parcialmente o pedido de medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para: (1) no tocante ao concurso de ingresso, suspender, com efeitos *ex nunc*, a vigência das normas dos incisos II, III, V, VIII, IX e X do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás; e (2) em relação ao concurso de remoção, fixar, com efeitos *ex nunc*, interpretação conforme a Constituição no sentido de que a consideração dos títulos referidos nos incisos II, III, V, VIII, IX e X do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás, deve ter como marco inicial o ingresso no serviço notarial e de registro.

2. Entendo presentes os requisitos para a concessão e a manutenção da liminar, com pequeno esclarecimento quanto à suspensão, com efeitos *ex nunc*, da vigência da norma prevista no inciso V do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997.

3. Como recorda a decisão liminar, os precedentes da Corte sobre a matéria são inequívocos no sentido de suspender a eficácia ou declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que estabeleçam, como critérios de valoração de títulos em concursos públicos, discriminações ilegítimas ou injustificadas, contrárias, como tais, à regra da isonomia (cf. **ADI 3.580-MC/MG**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 10-3-2006; **ADI 3.522/RS**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 12-5-2006; **ADI 3.443/MA**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 23-9-2005; **ADI 2.210/AL**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 24-5-2002).

No caso, em juízo preliminar, parece que os incisos II, III, V, VIII, IX e X do art. 16 da lei impugnada contêm, em maior ou menor grau, fatores de discrímen arbitrários, na medida em que favorecem grupos de candidatos.

4. Merece, contudo, análise mais detida, a decisão que suspende, com efeitos *ex nunc*, a vigência da norma prevista no inciso V do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997.

A respeito, manifestou-se o Procurador-Geral da República (fls. 233/234):

Para esclarecer a posição assumida pelo Ministério Público Federal na peça inicial, sem prejuízo à extensão da liminar concedida (...), tenho a considerar que a exclusão do inciso V do art. 16 da Lei 13.136/1997, no que trata da aprovação em

concurso público de ingresso em serviço notarial e registral, tem a dizer, propriamente, com a distinção excessiva dessa marca.

Noutras palavras, **não quer significar que a aprovação, em certame público, para o ingresso nos serviços de registros e de notas não deva ser qualificada como título para efeito classificatório, nas mesmas condições e nas mesmas medidas que são as demais aprovações para cargos das carreiras jurídicas, a exemplo do que preconiza o inciso IV do art. 16**.

Isso é dito ante a notícia, regularmente documentada, de que a liminar concedida tem sido interpretada pelas autoridades responsáveis pelo concurso em andamento como se constituísse uma absoluta vedação à contagem desse título.

Repita-se que a objeção ordenada na peça inicial, justificada em inúmeros precedentes da Corte Suprema, está ligada à potencial diferenciação entre candidatos sem justo e legítimo motivo. Aprovação em concurso de remoção, por exemplo, como está coordenado no mesmo inciso V do art. 16, não pode ser admitida, pois dá a um certo grupo de candidatos uma vantagem na competição que, contudo, não ostenta grau mínimo de legitimidade. Remoção, em si, nada significa, e, no caso, apenas constituiria um benefício a personagens que já integram a classe dos notários e registradores.

Quer-se, ainda, com o pedido de declaração de inconstitucionalidade que o inciso V, por estar colocado à parte, não dê chance – pelo edital do certame, pois a lei, em si, não fixa o peso dos títulos – **a que a aprovação em concurso público de ingresso nos serviços de notas e de registros tenha maior peso que a aprovação para as demais carreiras jurídicas**.

A suspensão da eficácia do inciso V, portanto, é absolutamente pertinente, mas, contudo, não deve justificar a plana rejeição das aprovações para ingresso nos serviços de notas e de registros, quando precedidas de regular seleção pública, situação na qual hão de ser equiparadas à aprovação para as carreiras jurídicas.

(Fls. 233-234. Grifos nossos.)

Tocando à Corte, enquanto guardiã da Constituição da República, evitar todo discrímen ilegítimo ou arbitrário, percebe-se que os fundamentos da decisão exarada na **ADI 3.522** (Rel. Min. **Marco Aurélio**) não podem ser transpostos, de maneira integral, ao caso, sob pena de violação do princípio da isonomia por modo inverso.

É que, ali, a exclusão do título de aprovação em concurso para atividades notariais e de registro se deu em razão específica da supervalorização desarrazoada desse critério perante o da aprovação em concursos jurídicos, qual seja, atribuição do triplo de pontos, que redundava em evidente tratamento anti-isonômico. Afirmou, ao propósito, o Ministro **Gilmar Mendes**:

> (...) tenho a impressão de que a sobrevaloração emprestada à atividade notarial [**embora talvez até pudesse ser valorizada juntamente com outras atividades**] é que leva a um juízo de discriminação, talvez, arbitrária e, quem sabe, determine, então, a declaração de inconstitucionalidade.
>
> (**ADI 3.522**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 12-5-2006. Grifos nossos.)

Não vejo nada capaz de apontar que o critério de aprovação em concurso de ingresso no serviço notarial e de registro, como título suscetível de valoração,

carregue, por si só, o mesmo vício de inconstitucionalidade declarado no julgamento da **ADI 3.522** – o que, saliente-se mais uma vez, se deu por razão particular, que se não reproduz neste caso. Antes, o que se não tolera é a sobrevalorização ou a subvalorização arbitrária de critérios similares, afrontosos ao art. 5º, *caput,* da Constituição Federal, e ao postulado da razoabilidade.

É, aliás, o que tem a Corte reafirmado em julgados recentes (**Rcl 4.426**, Rel Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 3-6-2009; **Rcl 4.507**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 4-9-2006; e **Rcl 4.463**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 4-3-2008, onde se assentou, categoricamente, ao julgar improcedente a reclamação: *"*o ato reclamado tão somente possibilitou o aproveitamento da aprovação em concurso público para atividade notarial e de registro em igualdade de condições com as aprovações em outros concursos para as carreiras jurídicas, observadas as condições do edital").

5. É mister lembrar, porém, que a delegação do exercício do serviço notarial e de registro não configura, como também já decidiu a Corte, preenchimento de cargo público, próprio da estrutura de autêntica "carreira" (cf. **ADI 2.602**, Rel. p/ ac. Min. **Eros Grau**, julgamento em 24-11-2005). E, *a fortiori*, tampouco me parece possa definir-se como "carreira jurídica", já que, excepcionalmente aberta a não bacharéis em direito que cumpram o requisito de exercício prévio de serviço na atividade, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei 8.935/1994, não é privativa de bacharel em direito. Isso não significa, contudo, que o conhecimento jurídico seja de todo prescindível ao eficiente desempenho daquelas funções, para efeito de justificar-lhes desvalorização absoluta dos títulos.

Em suma, se, de um lado, é legítimo reputar a aprovação em concurso de ingresso no serviço notarial e de registro como título passível de ser valorado na prova de títulos, desde que não sobrevalorizado arbitrariamente, de modo a favorecer quem já integre o serviço, de outro não me parece adequado equipará-la, para esse efeito, à aprovação nos demais concursos para carreira jurídica.

Assim, a aprovação em concurso de ingresso, prevista no inciso V do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, deve receber interpretação conforme a Constituição, para ser aceita como título válido, de valor não superior nem igual ao correspondente às aprovações em concursos para cargos de carreira jurídica.

6. Quanto aos incisos II e III, que atribuem pontos à apresentação de teses em congressos ligados à área notarial e de registro e à participação em encontros, simpósios e congressos sobre temas ligados a tais serviços, mediante apresentação de certificado de aproveitamento, está correta a liminar.

Em que pese a manifestação do douto Procurador-Geral e dos *amici curiae* no sentido de que se exclua apenas a expressão "ligados aos serviços notariais ou de registro", objeto do inciso III, mantendo-se a previsão de valoração de títulos baseados nas duas hipóteses do inciso II, vislumbro risco de tratamento gravoso aos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

A subsistência de ambos os incisos pode levar ao favorecimento dos candidatos já envolvidos com os serviços notariais e de registro, até porque hipotético acervo de conhecimento e de experiência, pressuposto à participação em eventos e à apresentação de teses a respeito, deve ser demonstrado no teor das provas, objetivas ou discursivas, preordenadas, que são, a avaliá-lo.

E a mera supressão da expressão "ligados aos serviços notariais ou de registro", mantida a valoração de títulos de participação em encontros, simpósios e congressos, pode originar óbvias situações de impertinência, senão de completa incongruência entre a natureza do evento considerado e a especial qualificação exigida ao candidato, além de abstrair diferenças substantivas nos graus de importância e relevância acadêmico-profissional.

7. O requisito do *periculum in mora* vem manifesto à necessidade de definição dos resultados do concurso já terminado.

8. Do exposto, voto por referendar a decisão liminar, inclusive quanto à distinção entre os concursos de ingresso e de remoção, com a ressalva de que, no tocante ao de ingresso no serviço notarial e de registro, a aprovação em concurso de ingresso prevista no inciso V do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás, deve ser interpretada conforme a Constituição, no sentido de constituir título válido, **desde que não sobrevalorizado nem equiparado ao das aprovações em concurso para cargos de carreira jurídica**.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, lembrando apenas que é válido valorar títulos em concurso público, porque a própria Constituição diz que o concurso poderá ser para serventia extrajudicial, para notário, portanto, de provas e títulos. As provas se destinam a aferir o conhecimento do candidato, por isso só a prova é que aprova ou reprova o candidato. Título não é prova, é um outro tipo de competição.

A competição mediante apresentação de títulos não visa a demonstrar o conhecimento do concorrente, mas a sua experiência, ou, no máximo, no plano formal, a sua ilustração mental. Então, nesse caso, parece-me que o critério apontado pelo eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, é absolutamente coerente, Vossa Excelência está valorizando a aprovação em concurso anterior. Isso é um título, um título de merecimento demonstrativo de ilustração mental ou da experiência do candidato em concursos anteriores.

Agora, Vossa Excelência faz a ponderação absolutamente necessária para que não se viole o princípio da razoabilidade na matéria. Estou de pleno acordo.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, só para deixar claro: como não há nenhuma restrição e os efeitos da decisão de Vossa

Excelência são *ex nunc*, aplica-se a concurso já homologado, cuja classificação tem de ser revista.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, nessa classificação, que se seguirá ao que o advogado chamou atenção – foi homologado agora em janeiro de 2010 –, a fixação desse critério haverá de ser adotada inclusive se já tiver sido feito, com o eventual refazimento.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Desfazer a homologação e refazer toda...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A homologação é do resultado; isso aqui conta para fins de classificação. Logo, haverá de ser refeita a classificação e uma nova homologação. Este efeito não é *ex nunc* somente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É para obedecer a esses critérios da classificação.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Agora, nós vamos nos preparar para receber reclamações.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A titulação pura.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia apenas para divergir quanto à observância, no tempo, da liminar. Entendo que concurso homologado somente pode ser afastado do cenário jurídico mediante ação própria, e, logicamente, o processo objetivo não é a ação própria para tanto. Não decido, no processo objetivo, as situações concretas, mas pronuncio-me considerada a harmonia, ou não, do preceito atacado com a Constituição Federal.

Vossa Excelência, ao prolatar a decisão, consignou que a eficácia seria a partir do momento da própria decisão, e o que formalizado em data anterior, em termos de homologação do concurso, segundo...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, a homologação é posterior à decisão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, se a homologação é posterior à decisão, evidentemente que, ante o pronunciamento, ela se tornou insubsistente. Agora, não adentro, porque não tenho, inclusive, em mesa os casos concretos, as situações constituídas. Simplesmente referendo a decisão prolatada por Vossa Excelência.

DEBATE

O Sr. Advogado: Ministro, apenas um... Pode ser? Talvez fosse interessante e eu gostaria de sugerir à Corte que definisse, para evitar futuras divergências quanto à não equiparação, um parâmetro de proporcionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Acho difícil, obrigado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Isso a Comissão é que vai estabelecer. Não somos nós que vamos dizer qual é o valor que deve dar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não podemos substituir a comissão julgadora.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu acho que o edital vai ter de ser refeito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O próprio edital deverá estabelecer a pontuação para esse tipo de título: aprovação em concurso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Para adequar à decisão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): No caso concreto, o que vai acontecer é que a aprovação em concurso vai ficar um degrau abaixo da aprovação em carreira jurídica.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, pode haver alteração na ordem de classificação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sim, é na ordem, porque é por ordem.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque, se for para fins de edital...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Aliás, a serventia dos títulos é no plano da classificação, não no plano da aprovação no concurso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sim, nós já temos muito trabalho para fazer essas coisas também.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, com esse acréscimo na interpretação conforme do art. 16, inciso V, foi referendada a liminar, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio que a referendava integralmente, sem qualquer ressalva.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.178-MC-REF/GO — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de Goiás e Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Interessadas: Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios – ANDECC (Advogados: Hector Ribeiro Freitas e outro) e Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR (Advogados: Walter Costa Porto e outros).

Decisão: O Tribunal, nos termos do voto do Relator, referendou a decisão liminar, inclusive quanto à distinção entre os concursos de ingresso e de remoção, com a ressalva de que, no tocante ao de ingresso no serviço notarial e de registro, a aprovação em concurso de ingresso prevista no inciso V do art. 16 da Lei 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás, deve ser interpretada conforme a Constituição, no sentido de constituir título válido, desde que não sobrevalorizado nem equiparado ao das aprovações em concurso para cargos de carreira jurídica, vencido no ponto o Ministro Marco Aurélio, que a referendava integralmente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie

e o Ministro Eros Grau. Falou pelo *amicus curiae*, Associação Nacional dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR, o Dr. Marcelo Casseb.

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

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

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.401 — MG

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Requerente: Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas – TELCOMP — Requeridos: Governador do Estado de Minas Gerais e Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 18.721/2010 do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre o fornecimento de informações por concessionária de telefonia fixa e móvel para fins de segurança pública. 3. Competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Violação ao art. 22, IV, da Constituição. Precedentes. 4. Medida cautelar deferida para suspender a vigência da Lei 18.721/2010 do Estado de Minas Gerais.

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, conceder a liminar, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de junho de 2010 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (TELCOMP) contra os arts. 1º a 4º da Lei estadual 18.721, de 13 de janeiro de 2010, do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre o fornecimento de informações por concessionária de telefonia fixa e móvel para fins de segurança pública.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

> Art. 1º Fica a empresa concessionária de serviços de telefonia celular obrigada a fornecer informações sobre a localização de aparelhos de clientes à polícia judiciária do Estado, mediante solicitação, ressalvado o sigilo do conteúdo das ligações telefônicas.
>
> § 1º As informações a que se refere o *caput* serão prestadas imediatamente, mediante requisição fundamentada e vinculada a inquérito policial, e a concessionária responderá por danos decorrentes do atraso no fornecimento dos dados.
>
> § 2º A concessionária encaminhará ao Ministério Público, no prazo de quarenta e oito horas, relatório circunstanciado das informações solicitadas, para fins de acompanhamento e controle.

§ 3º O cumprimento do disposto neste artigo não implicará custo adicional para o usuário.

Art. 2º O cliente do serviço de telefonia móvel poderá, mediante declaração formal e expressa, firmada perante a concessionária a que se refere o art. 1º, desautorizar que sejam fornecidas à polícia judiciária as informações de que trata esta Lei.

Parágrafo único. A concessionária a que se refere o art. 1º fornecerá a seus clientes, novos e antigos, formulário solicitando a manifestação de vontade a que se refere o *caput* deste artigo.

Art. 3º Na hipótese de o usuário de serviço de telefonia fixa ou móvel acionar os números de emergência, a concessionária informará automaticamente às autoridades competentes, pelo meio tecnológico disponível, a localização do telefone.

Art. 4º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo de responsabilização civil e criminal, ou de responsabilidade administrativa da autoridade da polícia judiciária, assegurado o devido processo administrativo:

I – retardar a entrega de informação à polícia judiciária: multa de 10.000 Ufemgs (dez mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais);

II – deixar de repassar informação à autoridade da polícia judiciária: multa de 20.000 (vinte mil) Ufemgs;

III – deixar de oferecer ao cliente a opção a que se refere o parágrafo único do art. 2º: multa de 20.000 (vinte mil) Ufemgs;

IV – fornecer informação não autorizada: multa de 20.000 (vinte mil) Ufemgs;

V – fornecer informação a terceiros: multa de 20.000 (vinte mil) Ufemgs.

Parágrafo único. As penalidades previstas no *caput* serão aplicadas em dobro no caso de reincidência.

Inicialmente, a Telcomp informa que, em 25 de março de 2010, o texto original da lei impugnada foi modificado por meio de Retificação, publicada na Imprensa Oficial Estadual, nos seguintes termos:

Retificação:

Onde se lê:

Art. 2º A concessionária a que se refere o art. 1º fornecerá a seus clientes, novos e antigos, formulário solicitando autorização para o fornecimento à polícia judiciária das informações de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O cliente do serviço de telefonia móvel poderá, mediante declaração formal e expressa, firmada perante a concessionária, desautorizar que sejam fornecidas à polícia judiciária as informações de que trata esta Lei.

Leia-se:

Art. 2º O cliente do serviço de telefonia móvel poderá, mediante declaração formal e expressa, firmada perante a concessionária a que se refere o art. 1º, desautorizar que sejam fornecidas à polícia judiciária as informações de que trata esta Lei.

Parágrafo único. A concessionária a que se refere o art. 1º fornecerá a seus clientes, novos e antigos, formulário solicitando a manifestação de vontade a que se refere o *caput* deste artigo.

Assevera, entretanto, que a referida retificação não operou modificação na essência dos dispositivos questionados.

No mérito, a requerente sustenta, em síntese, que a norma impugnada violaria o disposto no art. 22, IV, da Constituição da República.

Nesse sentido, assevera que a lei estadual impugnada, ao dispor sobre o fornecimento de informações por concessionária de telefonia fixa e móvel para fins de segurança pública, teria usurpado a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Ressalta que "não existe no ordenamento a lei complementar a que se refere o parágrafo único do art. 22 da CF" (fl. 11).

Acrescenta, ainda, que "seja por força do art. 22, IV, seja por força da conjugação dos arts. 21, XI, e 175, parágrafo único, I e II, da CF, acima transcritos, somente a União, que é o poder concedente ou autorizador dos serviços de telecomunicações, pode estabelecer obrigações relacionadas à atividade objeto de delegação, bem como sanções correlatas" (fl. 13).

Ademais, a requerente alega que a lei questionada é também materialmente inconstitucional, por violação ao disposto nos arts. 5º, X, XII e LIV, da Constituição.

Em relação à urgência da pretensão cautelar, aduz o seguinte:

> O perigo na demora, por seu turno, é patente e reside no risco de ineficácia da medida, já que a permanecer o atual quadro fático subjacente, as empresas prestadoras do SMP, SME e do STFC haverão de se submeter, até o final do julgamento da ação direta, às obrigações impostas por uma lei que desde já se sabe nula.
>
> Ressalte-se, de outro lado, que a própria lei reconhece que o cumprimento das obrigações nela impostas gerará ônus imediato para as empresas associadas da autora. Entretanto, de forma inacreditável, o ato impugnado ainda determinou que as prestadoras não os repassem aos usuários, a conferir:
>
> > "Art. 1º (...) § 3º O cumprimento do disposto neste artigo não implicará custo adicional para o usuário."
>
> O mais grave, todavia, é que as empresas associadas da autora, nos termos do art. 4º da Lei mineira, poderão ser sancionadas caso não cumpram os dispositivos ora impugnados (art. 1º, § 1º, e 4º, da Lei atacada), "sem prejuízo de responsabilização civil e criminal, ou de responsabilidade administrativa da autoridade da polícia judiciária" (art. 4º, *caput*). Eis aí outra situação que aponta claro perigo da demora. (Fls. 27 e 28.)

Por fim, requer a concessão de medida cautelar "para o fim de determinar a imediata suspensão dos efeitos dos arts. 1º a 4º da Lei n. 18.721, de 13-1-2010, do Estado de Minas Gerais, até o julgamento final da ação" (fl. 29).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Em um exame sumário dos autos, a requerente parece ser legitimada para a propositura desta ação. Da leitura do

estatuto social, verifica-se que constitui associação de abrangência nacional que representa as empresas privadas delegatárias de serviços de telecomunicações, constando, entre as suas associadas, empresas que prestam serviço em todo o território brasileiro. Presente também a pertinência temática entre a atividade da requerente e o objeto desta ação.

Ademais, verifico a regularidade dos demais requisitos para a admissibilidade desta ação direta: a autora indicou a lei sobre a qual versa a ação (Lei 18.721/2010 do Estado de Minas Gerais), bem como os fundamentos jurídicos do pedido (violação aos arts. 5º, X, XII e LIV; 21, XI; 22, IV; e 175, todos da Constituição da República). Ademais, apresentou, juntamente com a petição inicial, cópia da norma impugnada e procuração com poderes específicos para a propositura da ação.

É firme na jurisprudência desta Corte o entendimento segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações, por força do que dispõe o inciso IV do art. 22 da Constituição.

Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados:

> *Inconstitucionalidade. Ação direta*. Lei distrital 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos arts. 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, I, II e III, da CF. Liminar concedida. Precedentes. Votos vencidos. Aparenta inconstitucionalidade a lei distrital que, regulando a prestação do serviço correspondente, imponha a concessionárias de telefonia fixa obrigações na confecção das faturas e disponha sobre unidade de tarifação, ônus da prova, termo de adequação às suas normas e aplicação de multas.
> (ADI 3.322-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 19-12-2006.)

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da Lei distrital 3.596. Imposição, às empresas de telefonia fixa que operam no Distrito Federal, de instalação de contadores de pulso em cada ponto de consumo. Violação do art. 22, IV, da Constituição do Brasil*. 1. A Lei distrital 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa – art. 22, IV, da Constituição do Brasil. 2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital 3.596/2005.
> (ADI 3.533, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 6-10-2006.)

> *Constitucional. Projeto de lei estadual de origem parlamentar. Veto total. Promulgação da lei pela Assembleia. Norma que disciplina forma e condições de cobrança pelas empresas de telecomunicações. Matéria privativa da União. Ofensa ao art. 21, XI, da CF. Liminar deferida*.
> (ADI 2.615-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 6-12-2002.)

Citem-se, ainda, as medidas cautelares deferidas, *ad referendum* do Plenário, pela Presidência desta Corte na ADI 3.847-MC, *DJ* de 5-2-2007, e ADI 4.369-MC, *DJE* 20, divulgado em 2-2-2010.

Nesse sentido, a lei estadual, ao determinar o fornecimento de informações por concessionária de telefonia fixa e móvel à polícia judiciária do Estado de Minas Gerais para fins de segurança pública, dispôs sobre matéria de competência privativa da União.

Está presente, portanto, a plausibilidade jurídica do pedido, consistente na violação do art. 22, IV, da Constituição da República.

Vislumbro também a urgência da pretensão cautelar, na medida em que, conforme aduzido na inicial, a lei impugnada entrou em vigor em 13 de janeiro de 2010 e sua execução pode acarretar situações irreversíveis, danosas para as prestadoras dos serviços de telecomunicações no Estado de Minas Gerais.

Essas razões são suficientes para o deferimento da medida cautelar pleiteada, não havendo necessidade, nesse juízo sumário, de analisar as alegações quanto à inconstitucionalidade material dos dispositivos questionados.

Ante o exposto, defiro o pedido de medida cautelar para suspender a vigência da Lei estadual 18.721, de 13 de janeiro de 2010, do Estado de Minas Gerais.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu devia ter feito ressalva na outra e não fiz. Eu acompanho, para homenagear a opinião majoritária da Corte, mas tenho pessoalmente ponto de vista contrário.

Então, ressalvo o meu ponto de vista contrário, porém acompanho o Relator, assim como na anterior.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.401-MC/MG — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas – TELCOMP (Advogados: Luiz Alberto Bettiol e outros). Requeridos: Governador do Estado de Minas Gerais e Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, concedeu a liminar. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, 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.

———

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 6.735 — SP

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Agravante: Município de Guarulhos — Agravados: Irene Silvestre de Lima e outros — Interessado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Pedido de Sequestro 126.696.0/4)

Agravo regimental em reclamação. Sequestro de verbas municipais para pagamento de crédito decorrente de desapropriação. Dívida de natureza não alimentar. Art. 78, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000. Moratória constitucional. Alegação de afronta à autoridade das decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das ADI 1.662/SP, ADI 1.689/PE e ADI 3.401/SP, e pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADPF 114-MC/PI. Inocorrência.

1. Necessidade de máximo rigor na verificação dos pressupostos específicos da reclamação constitucional, sob pena de seu desvirtuamento.

2. Os atos questionados em reclamação precisam se ajustar, com exatidão, aos julgados-paradigmas proferidos em controle abstrato de constitucionalidade.

3. Inexistência de afronta à autoridade da decisão proferida no julgamento da ADI 1.662/SP, porquanto a questão da possibilidade de deferimento de pedido de sequestro decorrente do descumprimento do parcelamento constitucional previsto no art. 78 do ADCT não foi apreciada naquela ocasião.

4. No julgamento da ADI 1.662/SP, esta Suprema Corte tratou, especificamente, dos precatórios previstos no art. 100 da Constituição Federal, sendo certo que, no presente caso, o débito do Município não possui natureza alimentícia.

5. Ausência de identidade entre a matéria tratada na presente reclamação e aquela examinada no julgamento da ADI 1.662/SP.

6. Existência de precedentes do Plenário: Rcl 2.009-AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 10-12-2004; Rcl 2.253-AgR/RS e Rcl 3.084/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 23-2-2007 e 1º-7-2009; Rcl 2.513/SP e Rcl 2.899/SP, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 9-6-2006 e 2-12-2005; Rcl 3.197/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 20-4-2007; Rcl 3.293-AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 13-4-2007; Rcl 5.928/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 11-9-2009; Rcl 3.844-AgR/SP e Rcl 3.970-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 30-6-2006 e 23-10-2009; Rcl 6.800-AgR/SP e Rcl 3.435-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* de

29-10-2009 e 26-3-2010; e Rcl 5.661-AgR/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, 23-6-2010.

7. Inocorrência de ofensa à autoridade da decisão proferida no julgamento da ADI 1.689/PE, porquanto naquela ocasião o Plenário desta Corte decidiu que a vedação prevista no art. 167, IV, da Constituição Federal somente poderia ser afastada nas hipóteses elencadas nos arts. 198, § 2º (sistema único de saúde), e 212 (manutenção e desenvolvimento do ensino) da mesma Carta, não no caso de programas de assistência integral à criança e ao adolescente, hipótese diversa da tratada nos presentes autos.

8. Inexistência de afronta à autoridade da decisão proferida no julgamento da ADI 3.401/SP, porque essa ação teve por objeto resolução editada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que alterara os percentuais de destinação de emolumentos relativos a atos praticados pelos serviços notariais e de registros, em detrimento do Poder Executivo estadual, sendo certo que se discutiu nesse julgamento a necessidade ou não de prévia autorização legislativa para a alteração da destinação vinculada do produto da arrecadação de emolumentos extrajudiciais, não tendo havido naquela ocasião debate específico em relação a remanejamento de verbas de rubricas orçamentárias em razão de sequestro de rendas públicas.

9. Inocorrência de ofensa à autoridade da decisão proferida na ADPF 114-MC/PI, que tem por objeto decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região que determinaram o bloqueio, a penhora e a liberação de valores oriundos de convênios, depositados em contas bancárias específicas, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados de sociedade de economia mista estadual, caso diverso do presente, em que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou o sequestro de recursos do Município de Guarulhos com fundamento no art. 78, § 4º, do ADCT.

10. 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 unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da Relatora.

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

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Município de Guarulhos, com fundamento nos arts. 102, I, *l*, da Constituição Federal; 13 da Lei 8.038/1990; e 156 e seguintes do RISTF, contra a decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferida no Processo 126.696.0/4, que determinou o bloqueio de verbas públicas municipais no montante de R$ 20.159.603,93 (vinte milhões, cento e cinquenta e nove mil, seiscentos e três reais e noventa e três centavos).

A decisão impugnada deferiu pedido de sequestro de verbas municipais, com fundamento no art. 78, § 4º, do ADCT, para a satisfação de débitos referentes à primeira, segunda, terceira, quarta, quinta e sexta parcelas da moratória constitucional prevista nesse artigo (fls. 353-360).

O reclamante alega que a decisão impugnada, ao deferir o pedido de sequestro de forma indiscriminada e sem resguardar a intangibilidade das receitas vinculadas à saúde e à educação (arts. 198, § 2º, III; e 212 da Constituição), bem como os valores recebidos em razão de convênio, ofendeu a autoridade das decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADI 1.689/PE, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 2-5-2003, e pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADPF 114-MC/PI, *DJ* de 27-6-2007. Nesse sentido, assevera que as únicas exceções ao princípio da não vinculação das receitas tributárias (art. 167, IV, da Constituição) são aquelas referentes à saúde e à educação, jamais o pagamento de condenações judiciais.

Ademais, o Ministro Joaquim Barbosa, ao apreciar a ADPF 114-MC/PI, teria determinado a imediata suspensão do bloqueio de valores oriundos de repasses de recursos federais para a execução de convênios com o Estado do Piauí. Assim, segundo o reclamante, essa decisão deixaria evidente que a constrição dos valores recebidos em razão de convênios jamais se destina a pagamentos de precatórios, mas apenas à finalidade para a qual foram firmados.

Argumenta, também, que houve afronta à autoridade da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.401/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 23-2-2007, porquanto o remanejamento de verba orçamentária depende de prévia autorização legislativa (art. 167, VI, da Constituição), daí "a impossibilidade de que o remanejamento de rubricas ocorra em razão de sequestro de rendas públicas" (fl. 21).

Sustenta ainda a ocorrência de ofensa à autoridade da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.662/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-9-2003, ao se permitir o sequestro de rendas públicas fora das hipóteses estritamente previstas na Constituição Federal, sendo certo que não houve preterição dos credores e não venceu o prazo para pagamento da moratória constitucional.

Aduz que a constrição dessas verbas públicas poderá acarretar a paralisação de serviços municipais essenciais, como saúde e educação, em flagrante afronta aos princípios da indisponibilidade do interesse público, da continuidade dos serviços públicos, da reserva do possível e da razoabilidade.

Noticia o reclamante que a sua precária situação orçamentária, consubstanciada no fato de que, no mês de agosto, desconsiderando-se as despesas vinculadas a saúde e a educação, previu-se "o total de R$ 956.892.602,50 para despesas gerais, dentro do apertado orçamento de pouco mais de R$ 1,7 bilhão" (fl. 35), daí a impossibilidade de sujeitar-se a qualquer constrição de suas receitas. Além disso, "os valores consignados para investimentos são provenientes de recursos externos, diretamente vinculados aos projetos que originaram o repasse do valor" (fl. 36).

Enfatiza, também, que, caso se efetive o sequestro em comento, "tornar-se-á inviabilizada a disponibilização de recursos próprios da Prefeitura de Guarulhos para dar cumprimento à contrapartida dos recursos financeiros do Município em contratos e convênios celebrados junto ao Governo Federal e do Estado, obras estas executadas com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, com recursos do Orçamento Geral da União – OGU" (fl. 36).

Afirma, ainda, que as chamadas "contas movimento", destinadas ao pagamento de todos os credores e que não possuem qualquer destinação específica, perfazem o total de R$ 191.467,17 (correspondente a 0,05% do total disponível), enquanto todos os demais valores se encontram expressamente vinculados a obrigações constitucionais da municipalidade e não podem ser bloqueados.

Acrescenta que, caso ocorra o sequestro em apreço, o Município de Guarulhos não poderá cumprir o que dispõe o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Defende a impossibilidade do levantamento da quantia eventualmente sequestrada, sob pena de se configurar flagrante violação ao princípio da ordem cronológica (art. 100, *caput*, da Constituição), dada a existência de outros credores com precatórios anteriores na mesma situação.

Destaca, por fim, a existência de precedentes favoráveis à sua tese em casos semelhantes (Rcl 5.596-MC/RO e Rcl 5.719-MC/SP, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 7-11-2007 e 19-12-2007; e Rcl 6.734-MC/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 15-10-2008).

2. Requisitaram-se informações (fl. 316), que foram devidamente prestadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 339-347).

3. Irene Silvestre de Lima se manifestou no sentido do não conhecimento da presente reclamação (fls. 364-387).

Diz a interessada que tem mais de 87 (oitenta e sete) anos e que o Município de Guarulhos protela, desde 1990, o pagamento da indenização pela desapropriação de seu imóvel, objeto de imissão na posse em 4-3-1991, quando iniciou o

reclamante as obras do Novo Paço Municipal, "estando concluído o edifício do novo Fórum de Guarulhos, cuja destinação inicial foi transmudada para Centro Comunitário de Saúde, como parte do conjunto de prédios previstos para todas as Secretarias Municipais, a Polícia Militar, as empresas de economia mista (ProGuaru) e outras repartições que para este local serão transferidas" (fl. 366).

Aduz que os precedentes citados pelo reclamante dizem respeito a casos que não se equiparam ao presente, motivo por que não podem ser adotados como parâmetro.

Salienta, além disso, que o art. 78, § 4º, do ADCT "é expresso no sentido de conceder o sequestro face à inadimplência do devedor de precatório judicial a cada parcela" (fl. 371).

Sustenta, ademais, a ocorrência de afronta aos arts. 1º, § 1º, e 2º, § 4º, da EC 30/2000, dado que, decorridos dezoito anos da propositura do processo expropriatório e onze anos da expedição do precatório, "nenhuma previsão orçamentária foi realizada pelo reclamante para reservar as verbas destinadas ao pagamento deste seu débito" (fl. 376).

Argumenta que as receitas apontadas pelo reclamante não condizem com a realidade oficial do Município de Guarulhos, na medida em que o seu próprio sítio na internet demonstra que houve no exercício de 2007 o superávit de R$ 35.715.490,30. Ademais, o parecer da auditoria econômico-financeira realizada pelo perito-contador Luiz Alexandre Tumolo constatou a ocorrência de superávits nos exercícios de 2002 a 2007, "cobrindo assim todo o último período de inadimplências das parcelas da EC 30 relativas a este caso" (fl. 377).

Enfatiza que não há possibilidade de descontinuidade dos serviços públicos municipais, porquanto, "em um único dia, a ordem de sequestro reuniu mais de R$ 1.800.000,00 (dia 29/9), verificando-se a plena reconstituição do caixa no dia subsequente que se apresentava com valor superior a R$ 2.600.000,00 (dia 30/9)" (fl. 377).

Destaca a interessada, por fim, que o Município de Guarulhos "pagou integralmente o outro corréu da mesma ação expropriatória, Benedito Rodrigues da Costa Júnior, logo ao dar início ao feito" (fl. 381), via acordo judicial, em flagrante violação ao princípio da isonomia.

4. Neguei seguimento à presente reclamação (fls. 539-556).

5. Daí o presente agravo regimental interposto pelo Município de Guarulhos (fls. 567-587), em que se requer a reconsideração dessa decisão ou a imediata submissão do recurso ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, ratificando o agravante as razões externadas na petição inicial da presente reclamação em relação à ocorrência de afronta à autoridade das decisões proferidas nos julgamentos das ADI 1.662/SP, ADI 1.689/PE e ADI 3.401/SP, e da ADPF 114-MC/PI.

Alega que a decisão agravada nega maior eficácia e relevância às decisões desta Corte, ao limitar a vinculação das decisões proferidas em controle concentrado apenas à parte dispositiva, olvidando-se de seus motivos determinantes,

e ao não reconhecer que os reflexos provocados pela decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo devem ser apreciados com o objetivo de preservar a autoridade das decisões desta Corte.

Entende o reclamante, dessa forma, que "tudo aquilo que foi objeto de discussão quando do julgamento da medida judicial submetida a exame por este Tribunal deve ser levado em consideração para fins de eventual afronta as suas decisões" (fl. 575).

Defende, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.662/SP decidiu que as hipóteses de sequestro devem ser interpretadas restritivamente, razão pela qual não se pode aplicar tal medida constritiva no caso de falta de pagamento de parcela da moratória prevista no art. 78 do ADCT, antes do vencimento do prazo de 10 (dez) anos.

Argumenta, ademais, que nesse sentido foi o voto proferido pelo Ministro Eros Grau no julgamento da Rcl 3.293-AgR/SP.

6. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 592-595).

7. Em 21-6-2010, Irene Silvestre de Lima, por intermédio da petição 35.713/2010 (fls. 601-603), noticiou que houve a confissão do interesse do reclamante quanto à desapropriação do terreno em comento para utilizá-lo também no projeto de construção de casas populares "*Minha Casa Minha Vida*", razão pela qual o Município de Guarulhos requereu a desistência da AR 284.395.5/2, proposta com o objetivo de desconstituir o crédito ora exigido.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A decisão agravada não merece qualquer reforma, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

No presente agravo regimental, o Município de Guarulhos reitera as razões insertas na petição inicial da presente reclamação, sustentando, em síntese, a ocorrência de afronta à autoridade das decisões proferidas nos julgamentos das ADI 1.662/SP, ADI 1.689/PE e ADI 3.401/SP, e da ADPF 114-MC/PI.

2. A via estreita da reclamação (Constituição, art. 102, I, *l*) pressupõe a ocorrência de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, a desobediência a súmula vinculante ou o descumprimento de decisão desta Corte proferida no exercício de controle abstrato de constitucionalidade ou em controle difuso, desde que neste último caso cuide-se da mesma relação jurídica em apreço na reclamação e das mesmas partes.

Logo, seu objeto é e só pode ser a verificação de uma dessas estritas hipóteses, razão pela qual considero necessário o máximo rigor na verificação dos pressupostos específicos da reclamação constitucional, sob pena de seu desvirtuamento.

Nesse sentido se manifestou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Rcl 6.534-AgR/MA, Rel. Min. Celso de Mello, em acórdão cuja ementa resume com precisão o pensamento da Corte em relação às alegações de desrespeito à autoridade das decisões proferidas em controle normativo abstrato de constitucionalidade, da qual destaco o seguinte excerto:

> (...)
> – **Os atos questionados em qualquer reclamação** – nos casos em que se sustenta **desrespeito** à **autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal** – **hão de se ajustar, com exatidão e pertinência, aos julgamentos desta Suprema Corte invocados como paradigmas de confronto**, em ordem a permitir, pela análise comparativa, a verificação da conformidade, ou não, da deliberação estatal impugnada em relação ao parâmetro de controle emanado deste Tribunal. Precedentes.
> (...)
> (*DJ* de 17-10-2008, destaquei.)

3. O reclamante sustenta a ocorrência de ofensa à autoridade do acórdão proferido no julgamento da ADI 1.662/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, *DJ* de 19-9-2003. Todavia, o pedido de sequestro de verbas públicas formulado perante a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não deriva de crédito de natureza alimentar, objeto da ADI 1.662/SP.

O Plenário desta Suprema Corte já consolidou o entendimento em sentido oposto ao defendido pelo reclamante, em acórdãos que portam as seguintes ementas:

> *Reclamação. Sequestro de verba pública. Não pagamento de crédito submetido ao art. 78 do ADCT. Violação à autoridade da ADI 1.662. Decisão concessiva de liminar. Agravo. Julgamento do mérito. Prejuízo do recurso.*
> Não se conhece de reclamação fundada em precedentes sem eficácia geral e vinculantes, de cuja relação processual a reclamante e a interessada não fizeram parte.
> **Por ocasião do julgamento da ADI 1.662** (Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-9-2003), **a Corte afirmou que o não pagamento ou a não inclusão do pagamento em previsão orçamentária não poderiam ser equiparados à quebra de ordem cronológica**.
> **A hipótese de sequestro de verbas públicas pelo não pagamento de créditos submetidos ao segundo parcelamento constitucional não foi apreciada naquela assentada (art. 78 e § 4º do ADCT)**.
> **Violação à autoridade da ADI 1.662 não configurada**.
> Reclamação conhecida parcialmente, e, na parte conhecida, julgada improcedente. Agravo regimental prejudicado.
> (Rcl 3.197/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 20-4-2007, destaquei.)

> *Reclamação – Sequestro – Parcelamento de débito – Atraso – Art. 78 do ADCT – Matéria estranha ao que decidido na ADI 1.662-7/SP*. **No julgamento da ADI 1.662-7/SP, não houve emissão de entendimento quanto à legitimidade do § 4º do art. 78 do ADCT, decorrente da EC 30/2000**, ficando afastada a adequa-

ção de medida reclamatória formalizada a pretexto de se ter respeitada a autoridade do acórdão proferido.
(Rcl 3.293-AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 13-4-2007, destaquei.)

Agravo regimental em reclamação. **Precatório não alimentar. Alegação de desrespeito à decisão proferida na ADI 1.662/SP. Improvimento**.

I – Atraso no pagamento de precatório originado de dívida não alimentar.

II – Decisão do Tribunal de Justiça que deferiu ordem de sequestro. Possibilidade.

III – Ausência de afronta ao decidido na ADI 1.662/SP. Precedentes.

IV – Agravo regimental improvido.
(Rcl 2.253-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 23-2-2007, destaquei.)

Agravo regimental em reclamação. 2. Sequestro de rendas públicas para a satisfação de precatório. **Alegada violação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.662/SP**. 3. **Hipótese diversa. Sequestro fundado no art. 78, § 4º, do ADCT**. Ofensa não configurada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
(Rcl 3.844-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 30-6-2006, destaquei.)

Constitucional. Reclamação. Deferimento de sequestro de verbas públicas com fundamento no § 4º do art. 78 do ADCT. Alegado desrespeito à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.662. Tese que não merece acolhida. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade invocada esta Suprema Corte não examinou a possibilidade do deferimento de pedido de sequestro com base no § 4º do art. 78 do ADCT. O que ali se impugnava era um ato normativo que disciplinava a expedição de precatórios de caráter alimentar. Não é o caso dos autos.

Reclamação que se julga improcedente.
(Rcl 2.513/SP, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 9-6-2006, destaquei.)

Constitucional. Reclamação. Deferimento de sequestração de verbas públicas com fundamento no § 4º do art. 78 do ADCT. Alegado desrespeito à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.662.

– **No julgamento da ADI 1.662, este Supremo Tribunal Federal tratou, especificamente, dos precatórios e os pedidos de sequestro que têm o seu regime jurídico previsto no art. 100 da Constituição Federal de 1988**. Naquela oportunidade, **esta Suprema Corte não examinou a possibilidade de ocorrer o deferimento de pedido de sequestro com base no § 4º do art. 78 do ADCT**.

– Por outro lado, no precedente invocado pelo reclamante, o que se discutiu foi a constitucionalidade de um ato normativo que disciplinava a expedição de precatórios de caráter alimentar. **No caso em foco**, porém, **o débito da Fazenda Pública Municipal não possui natureza alimentícia**.

– Reclamação julgada improcedente.
(Rcl 2.899/SP, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 2-12-2005, destaquei.)

Ressalte-se que, no julgamento da Rcl 3.293-AgR/SP, o eminente Ministro Eros Grau proferiu voto-vista no qual se manifestou no sentido de "as

possibilidades de sequestro para cumprimento das obrigações enumeradas no art. 78 do ADCT terem sido discutidas no exame da preliminar suscitada pelo Procurador-Geral da República na ADI 1.662" (*DJ* de 13-4-2007). Entretanto, Sua Excelência ficou vencido, razão por que entendo não serem procedentes as razões externadas pelo Município de Guarulhos.

Ao votar no julgamento da Rcl 3.293-AgR/SP, o eminente Ministro Celso de Mello, decano desta Suprema Corte, enfatizou:

> (...) **o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 1.662/SP, sequer discutiu a questão pertinente ao art. 78 do ADCT, na redação dada pela EC 30/2000**, pois o objeto do referido processo de fiscalização abstrata cingiu-se, unicamente, ao exame de determinada instrução normativa do TST que se limitou a dispor sobre precatórios trabalhistas consubstanciadores de créditos de caráter eminentemente alimentar.
>
> Vê-se, portanto, que **não há qualquer relação de identidade entre a matéria versada na presente reclamação (que trata de precatório desvestido de caráter alimentar) e aquela examinada, pelo Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido na ADI 1.662/SP (que cuidou, exclusivamente, de precatórios de natureza alimentícia)**, circunstância esta que expõe a evidente falta de pertinência na invocação, como paradigma, do julgamento plenário da referida ADI 1.662/SP.
>
> (...)
>
> O fato relevante, Senhora Presidente, é que **o paradigma ora invocado (ADI 1.662/SP) sequer tangenciou o exame do tema referente ao art. 78 do ADCT, na redação que lhe deu a EC 30/2000**, não cabendo sustentar, por isso mesmo – como o faz, sem razão, o Município ora agravante –, que a decisão proferida no julgamento da ADI 1.662/SP (que somente cuidou de precatórios trabalhistas de natureza alimentar) foi desrespeitada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se limitou a ordenar o sequestro em causa, em razão de o próprio Município de Diadema/SP não haver liquidado os valores – de que é devedor – concernentes ao parcelamento previsto no já mencionado art. 78 do ADCT.
>
> **O exame do acórdão plenário proferido na ADI 1.662/SP torna claro**, a meu juízo, ao contrário do que pareceu ao eminente Ministro *Eros Grau*, **que esta Suprema Corte**, naquele julgamento, **não apoiou a sua decisão em premissas** (nela sequer consideradas), que, **decorrentes da análise** (que não houve) **do art. 78 do ADCT**, poderiam justificar, então, se efetivamente discutidas (e não o foram), a útil invocação do efeito transcendente dos motivos determinantes.
>
> (*DJ* de 13-4-2007, destaquei.)

Saliente-se, por oportuno, que a petição inicial da ADI 1.662/SP teve por objeto exclusivamente o sequestro previsto no art. 100, § 2º, da Constituição Federal e foi ajuizada em 28-8-1997, ou seja, em data anterior à EC 30, de 13 de setembro de 2000.

Destaque-se, além disso, que o próprio Relator da ADI 1.662/SP, Ministro Maurício Corrêa, ao julgar a Rcl 2.009/DF, expressamente consignou:

> 8. Na presente reclamação **alega-se desrespeito à autoridade das decisões proferidas nas ADI 1.098** (Marco Aurélio, j. 11-9-1996) **e ADI 1.662**

(Maurício Corrêa, j. 30-8-2001). Na primeira, esta Corte, ao analisar dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consagrou entendimento de que o procedimento destinado a viabilizar o pagamento de precatório tem natureza administrativa, vinculando-se sempre a uma sentença exequenda. Assentou, ademais, que a previsão regimental de requisição de complemento de depósitos insuficientes estava limitada às hipóteses de apurações de diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos, não podendo relacionar-se ao critério de cálculo ou índice de atualização adotados, salvo na hipótese de substituição deste por força de lei. Na segunda, examinando o item VIII, alínea *b*, da Instrução Normativa 11/97, do Tribunal Superior do Trabalho, ratificou tal exegese dando-lhe interpretação conforme a Constituição.

(...)

14. Por outro lado, **a questão específica da possibilidade de incidência do parcelamento autorizado pela EC 30/2000 nos precatórios já expedidos e incluídos no orçamento não foi objeto de exame nas ações diretas invocadas como supedâneo para o presente procedimento, não cabendo a adoção de tese sobre o tema nesta via processual**.

(*DJ* de 6-2-2002, destaquei.)

Posteriormente, no julgamento do agravo regimental interposto dessa decisão, o Plenário do STF lhe negou provimento, em acórdão assim ementado:

Reclamação – ADI 1.098-1/SP e ADI 1.662-7/SP – Definição de precatórios pendentes – Art. 78 do Ato das Disposições Transitórias – Constituição Federal de 1988. Descabe vislumbrar desacerto em decisão do Relator – Ministro Maurício Corrêa – no sentido de não se haver versado, nos acórdãos proferidos nas ADI 1.098-1/SP e ADI 1.662-7/SP, sobre a definição do que se entende como precatórios pendentes para efeito de incidência da norma do art. 78 do ADCT. Inviabilidade da sequência da reclamação.

(Rcl 2.009-AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 10-12-2004.)

Assevere-se, por fim, que, recentemente, ao julgar diversas reclamações, o Plenário desta Suprema Corte confirmou esse entendimento, em acórdãos assim ementados:

Reclamação. Sequestro de verbas públicas. **Precatório não alimentar. Alegação de desrespeito à decisão proferida na ADI 1.662/SP e a decisões proferidas em reclamações das quais o reclamante não participou**. Liminar concedida. Agravo. Julgamento do mérito. Recurso prejudicado.

I – Precatório originado de dívida não alimentar.

II – **Decisão do Tribunal de Justiça que deferiu ordem de sequestro, fundamentada no art. 78, § 4º, do ADCT. Possibilidade.**

III – Não se conhece de reclamação fundada em desrespeito a precedentes sem eficácia geral e vinculante, dos quais a reclamante e a interessada não foram parte.

IV – **Ausência de afronta ao decidido na ADI 1.662/SP.** Jurisprudência.

V – Reclamação conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada improcedente. Agravo regimental prejudicado.

(Rcl 3.084/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 1º-7-2009, destaquei.)

Reclamação. Precatório decorrente de indenização expropriatória. Não pagamento. Sequestro de verbas públicas. Alegado descumprimento ao que decidido na ADI 1.662/DF. Descumprimento não configurado. Reclamação julgada improcedente.

1. **A decisão proferida na ADI 1.662/DF versou sobre a satisfação de precatórios e ofícios requisitórios decorrentes de créditos de natureza alimentar**, nos termos do art. 100, § 2º, da Constituição da República.

2. **Decisão reclamada que tem origem em ação de desapropriação e ordem de sequestro fundamentada no art. 78, § 4º, do ADCT**.

3. **Ausência de identidade material entre a decisão reclamada e o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ação paradigma**.

4. Reclamação julgada improcedente, cassada a liminar deferida e prejudicado o exame do agravo regimental.

(Rcl 5.928/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 11-9-2009, destaquei.)

Agravo regimental em reclamação. 2. **Sequestro de rendas públicas para a satisfação de precatório**. Alegada violação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na **ADI 1.662/**SP. 3. **Hipótese diversa**. **Sequestro fundado no art. 78, § 4º, do ADCT**. Ofensa não configurada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 3.970-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 23-10-2009, destaquei.)

Sequestro de rendas públicas. Fazenda Pública municipal. Precatório não alimentar. Pagamento de prestações. Prazo vencido. Art. 78, § 4º, do ADCT. Ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI 1.662. Inexistência. Seguimento negado à reclamação. Agravo desprovido. A reclamação não pode ser usada como sucedâneo de recurso, nem de ação rescisória. **Não ofende o acórdão proferido na ADI 1.662 a decisão que determina sequestro de recursos públicos ante o atraso no pagamento de parcela de precatório originado de dívida não alimentar, nos termos do art. 78, § 4º, do ADCT**.

(Rcl 6.800-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* de 29-10-2009, destaquei.)

Reclamação. Inadmissibilidade. Propositura contra decisão que determinou sequestro de verba pública. Hipótese de aplicação do **art. 78, § 4º, do ADCT**. **Ofensa ao acórdão proferido na ADI 1.662. Não ocorrência**. Processo extinto, sem julgamento de mérito. Agravo improvido. Precedentes. Contra decisão que aplica o art. 78, § 4º, do ADCT da vigente Constituição da República, e não a regra prevista no seu art. 100, § 2º, não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADI 1.662.

(Rcl 3.435-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* de 26-3-2010, destaquei.)

No mesmo sentido foi o acórdão proferido, em 23-6-2010, no julgamento da Rcl 5.661-AgR/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.689/PE, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 2-5-2003, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 227 da Constituição do Estado de Pernambuco, que preconizava:

> Art. 227. O Estado e os Municípios promoverão programas de assistência integral à criança e ao adolescente, com a participação deliberativa e operacional de entidades não governamentais, através das seguintes ações estratégicas:
>
> (...)
>
> Parágrafo único. Para o atendimento e desenvolvimento dos programas e ações explicitados neste artigo, o Estado e os Municípios aplicarão anualmente, no mínimo, o percentual de um por cento dos seus respectivos orçamentos gerais.

Decidiu-se naquela ocasião que a vedação prevista no art. 167, IV, da Constituição Federal somente poderia ser afastada nas hipóteses elencadas nos arts. 198, § 2º (sistema único de saúde), e 212 (manutenção e desenvolvimento do ensino) da mesma Carta, não no caso de programas de assistência integral à criança e ao adolescente, hipótese diversa da tratada nos presentes autos, dado que não houve manifestação desta Corte em relação à ausência de pagamento de parcelas da moratória constitucional disciplinada no art. 78 do ADCT.

5. Quanto à alegada afronta à autoridade da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.401/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 23-2-2007, verifico que essa ação teve por objeto resolução editada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que alterara os percentuais de destinação de emolumentos relativos a atos praticados pelos serviços notariais e de registros, em detrimento do Poder Executivo estadual.

Discutiu-se nesse julgamento a necessidade ou não de prévia autorização legislativa para a alteração da destinação vinculada do produto da arrecadação de emolumentos extrajudiciais.

Não houve naquela ocasião debate específico em relação a remanejamento de verbas de rubricas orçamentárias em razão de sequestro de rendas públicas determinado com base no art. 78, § 4º, do ADCT.

6. A ADPF 114/PI tem por objeto decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região que determinaram o bloqueio, a penhora e a liberação de valores oriundos de convênios, depositados em contas bancárias específicas, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados de sociedade de economia mista estadual, caso diverso do presente, em que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou o sequestro de recursos do Município de Guarulhos com fundamento no art. 78, § 4º, do ADCT.

É dizer, o Relator da ADPF 114/PI, Ministro Joaquim Barbosa, ao deferir o pedido de liminar (*DJ* de 27-6-2007), não enfrentou a questão específica da ausência de pagamento de parcelas da moratória constitucional prevista pela EC 30, de 13 de setembro de 2000.

7. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo do Município de Guarulhos.

EXTRATO DA ATA

Rcl 6.735-AgR/SP — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Agravante: Município de Guarulhos (Advogados: Sebastião Botto de Barros Tojal e outros). Agravados: Irene Silvestre de Lima e outros (Advogados: Silvestre de Lima Neto e outros). Interessado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Pedido de Sequestro 126.696.0/4).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, licenciados, os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, e, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

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

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.283 — DF

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Agravante: União — Agravado: Centro Cultural Brasil Estados Unidos – CCBEU

Constitucional. Imunidade tributária. Instituição de ensino. Ensino de língua estrangeira (inglês). Caracterização.

Processual civil. Agravo regimental.

1. O ensino de línguas estrangeiras caracteriza-se como atividade educacional para aplicação da imunidade tributária (art. 150, VI, *c*, da Constituição).

2. A distinção relevante para fins de aplicação da imunidade tributária é o conceito de "atividade assistencial", isto é, a intensidade e a abrangência da prestação gratuita ou altamente subsidiada do ensino da língua inglesa a quem necessitar.

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, 21 de setembro de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de agravo regimental interposto de decisão cuja fundamenta e parte dispositiva têm o seguinte teor:

> Decido.
>
> De fato, o recurso ordinário merece provimento.
>
> O ato coator fundamenta-se **exclusivamente** na descaracterização do ensino de língua inglesa como atividade educacional, posto que cultural (fls. 38-41). Conforme raciocínio nele subjacente, a imunidade somente pode ser conferida às entidades educacionais devidamente reconhecidas pelos órgãos competentes, de modo que a ora recorrente não teria direito ao benefício.
>
> Contudo, o Superior Tribunal de Justiça considerou ausente a apresentação de prova pré-constituída do exercício de atividades filantrópicas, nos termos do art. 55, II, da Lei 8.212/1991. A rigor, a conclusão deveria ser a da impropriedade da via processual eleita, e não de denegação, pura e simples, da segurança. Mas

o exame do quadro probatório era, como ainda é, desnecessário para o desate da controvérsia.

A orientação desta Corte adverte que o livre-convencimento do magistrado não é absoluto, pois ele **não** pode "abstrair (...) certas regras que compõem o sistema das provas" (HC 40.609, Rel. Min. Evandro Lins, Pleno, *DJ* de 3-9-1964). A premissa, plenamente aplicável ao campo cível, implica o dever do juiz de não exigir a produção de provas impossíveis, de dificílima obtenção ("ordálias" ou "provas perversas") ou impertinentes à definição de fatos relevantes para o julgamento. Especialmente nas hipóteses em que a atuação do Estado é plenamente vinculada, como as tributárias, o controle jurisdicional deve ter por balizas a motivação do ato tido por inválido.

Como dito, a negativa de renovação do Cebas limitou-se a dissociar atividade cultural da atividade de ensino, descaracterizando o ensino da língua inglesa como atuação merecedora da salvaguarda constitucional. O objeto do mandado de segurança não é suprir omissão integral do poder público, mas, tão somente, afastar a coação. Portanto, ao exigir a comprovação de requisitos que nem sequer foram considerados como motivação do ato coator, o acórdão recorrido impôs ônus processual indevido à parte. Por razões semelhantes, é desnecessário abrir instrução probatória adicional para discutir a questão de direito que é o único ponto controverso em exame, a caracterização do ensino de língua inglesa como atividade de educação.

Mesmo que assim não fosse, o acórdão recorrido aplicou norma cuja aplicabilidade estava suspensa (ADI 2.028-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-12-1996).

Em uma série de precedentes, esta Corte tem assegurado o benefício constitucional independentemente do valor cultural relativo do objeto de ensino. Basta que a educação tenha por centro conhecimento técnico ou acadêmico de induvidosa seriedade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação da imunidade à Sociedade Brasileira de Cultura Inglesa (RE 249.980-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJ* de 14-6-2002; RE 183.216-AgR-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, *DJ* de 2-6-2000; e AI 38.802, Rel. Min. Evandro Lins, Primeira Turma, *DJ* de 16-3-1967), ao Conselho Cultural Thomas Jefferson (RE 354.988-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 20-4-2006), à Associação Salgado de Oliveira de Educação e Cultura (ASOEC) (AI 437.780-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, *DJ* de 5-8-2005), à Fundação Cultural de Belo Horizonte (RE 97.797, Rel. Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, *DJ* de 11-11-1983), e à Associação de Cultura Franco-Brasileira (AI 76.422-AgR, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, *DJ* de 10-9-1979).

Dessas orientações **divergiu** o acórdão recorrido.

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário e dou-lhe provimento, para conceder a segurança pleiteada, por entender que a circunstância de a recorrente dedicar-se exclusivamente ao ensino da língua inglesa não representa, por si só, obstáculo à renovação do certificado necessário à fruição do direito à imunidade tributária (art. 195, § 7º, da Constituição).

Sem honorários (Súmula 512/STF). Custas pela recorrida.

Publique-se.

(Fls. 299-303.)

A União argumenta, em síntese, que o singelo ensino de língua estrangeira não se caracteriza como "ensino" (*sic*), pois:

1) O ensino de língua estrangeira é atividade meramente cultural, dado ser supérflua (não essencial);

2) As escolas de idiomas não se submetem à fiscalização do poder público e não podem ser consideradas entidades de ensino de primeiro, de segundo ou de terceiro grau;

3) Os precedentes invocados na decisão agravada versaram sobre situações fáticas diversas daquela enfrentada neste recurso ordinário;

4) O ato coator baseou-se em dispositivo que não foi afastado por esta Corte durante o julgamento da ADI 2.028-MC;

5) Há precedente da Segunda Turma desta Corte desfavorável à pretensão da parte agravada;

6) As "isenções" (*sic*) devem ser interpretadas literalmente (art. 111 do Código Tributário Nacional).

Ante o exposto, pede-se a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Sem razão a parte agravante.

O único fundamento utilizado para motivar o ato coator foi a suposta dissociação da atividade de ensino de língua estrangeira da atividade de ensino assistencial.

As razões de agravo regimental insistem na tese, como se lê literalmente à fl. 327:

> O ensino de idiomas estrangeiros, única e exclusivamente, não é capaz de caracterizar nenhuma entidade como de ensino. O impetrante não expede diplomas de 1º, 2º ou 3º graus. Sua grade curricular não é submetida à fiscalização dos Poderes Públicos.
>
> Assim, resta claro que o impetrante não se enquadra como entidade educacional, em virtude de suas finalidades precipuamente culturais, fugindo, portanto, do caráter de essencialidade que reveste aquele tipo de entidade e não podendo ser enquadrada no perfil das entidades de cunho assistencial.

A argumentação comete equívoco por usar de modo ambíguo a palavra "ensino" (*o ensino de idiomas estrangeiros não é ensino*) e por apartar o objeto da atividade educacional (ensino de língua estrangeira) da ideia de essencialidade.

Por oportuno, recordo que a relevância do ensino de língua estrangeira está positivada na seara do Direito Público:

1) O ensino de **ao menos uma** língua estrangeira faz parte da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 26, § 5º, da Lei 9.394/1996);

2) O domínio de língua estrangeira é de vital importância para a Educação de Jovens Adultos, conforme constatado pelo Conselho Nacional da Educação em 2000[1];

3) Conhecimento de língua estrangeira faz parte das provas para acesso a certos cargos públicos (*e.g.*, cargos de consultor legislativo e de consultor de orçamento do Senado Federal – Edital 1/2000).

Por tais razões, o ensino de língua estrangeira é essencial e plenamente compatível com a atividade educacional assistencial protegida pela Constituição.

Ademais, o fato de o ensino de língua estrangeira estar destacado do currículo completo não transmuda sua natureza ou importância.

De fato, a circunstância de a parte agravada não expedir diplomas de ensino básico, médio ou superior, bem como a inexistência de fiscalização da grade curricular pelo poder público são irrelevantes. Desnecessária é a caracterização da postulante como entidade integral de ensino em qualquer dos graus, dado que cada elemento da grade curricular é relevante em si mesmo para aumentar a abrangência da educação, a quem dela necessitar. Por outro lado, a ausência de fiscalização direta do poder público é opção política que em nada desmerece o ensino de línguas estrangeiras como atividade educacional.

Quanto ao precedente invocado pela parte agravante, ele não se aplica ao caso (RMS 23.729, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 10-3-2006). Conforme se lê no voto da eminente Ministra Relatora, os objetivos principais da parte ali recorrente era "o estreitamento das relações culturais recíprocas entre o Brasil e os Estados Unidos da América do Norte" e que, "para atingir este fim, o Centro promoverá por todos os meios adequados, entre outras atividades as seguintes: a) recepção de personalidades norte-americanas que vierem ao Brasil, facilitando-lhes o pleno conhecimento do meio, do homem e Institutos de Cultura Geral; b) concessão e encaminhamento de bolsas de estudos, visitas de intercâmbio, viagens de estudos e facilidades para transportes e hospedagens para associados".

Em sentido diverso, neste recurso ordinário lê-se que a entidade agravada é pessoa jurídica "de caráter educacional e cultural tendo por objeto principal o ensino da língua inglesa", e que, para tanto, promoverá, entre outros pontos, a "realização de cursos, conferências, palestras, reuniões e atividades sociais, inclusive o ensino das línguas portuguesas e inglesas e literatura brasileira e norte-americana" (fl. 23).

---

[1] Trecho do Parecer CNE/CEB 11/2000: "Seja pela necessidade contemporânea do domínio de uma língua estrangeira, seja pela 'nacionalização' deste imperativo, seja pela compreensão abrangente dos pareceres citados, seja para que a igualdade de oportunidades no prosseguimento de estudos regulares não venha, de novo, a faltar aos concluintes do ensino fundamental da EJA, o § 5º do art. 26 é componente obrigatório dos conteúdos curriculares desta modalidade de ensino. 70 A escolha de qual língua, esta sim, é uma opção da rede ou da escola nos seus projetos pedagógicos. Entretanto, a prestação de exames supletivos de língua estrangeira deve ser de oferta obrigatória e de inscrição facultativa pelo aluno" (Despacho do Ministro em 7-6-2000, publicado no *DOU* de 9-6-2000, Seção 1e, p. 15).

Quanto ao art. 111 do CTN, ainda que ele pudesse condicionar a interpretação constitucional, observo que a norma se refere ao fenômeno da "isenção" (exoneração infraconstitucional), diverso do conceito de "imunidade" (negativa de competência que, por óbvio, tem alçada constitucional). Interpretando-se literalmente o art. 111, ele é inaplicável ao caso.

Por fim, considero que a parte agravante compreendeu mal o sentido da palavra "assistencial", caracterizadora da imunidade tributária. A questão não está em se discutir o mérito do que é ensinado, desde que se trate de conhecimento técnico ou acadêmico sério e idôneo. Como critério para aplicação da imunidade tributária, "assistencial" refere-se à **intensidade** e à **abrangência** das atividades gratuitas ou altamente subsidiadas desenvolvidas pelas instituições de ensino e de saúde, respeitados os limites constitucionais.

Ocorre que este ponto, imanente à composição da norma imunizadora, está ausente tanto do ato coator como das razões recursais da União.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RMS 24.283-AgR-segundo/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Agravante: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Agravado: Centro Cultural Brasil Estados Unidos – CCBEU (Advogado: Carlos José Gueiros).

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 21 de setembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

MANDADO DE SEGURANÇA 25.823 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Carlos Britto

Impetrante: Luiza de Barros Gomes, representada por sua mãe, Anna Christina de Barros Couto — Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal

Mandado de segurança. Ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal, que extinguiu pagamento de pensão a neta de ex-servidora.

1. O menor que, na data do óbito do servidor, esteja sob a guarda deste último tem direito à pensão temporária até completar vinte e um anos de idade (alínea *b* do inciso II do art. 217 da Lei 8.112/1990). Irrelevante o fato de a guarda ser provisória ou definitiva.

2. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conceder o mandado de segurança, o que fazem por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos a Ministra Cármen Lúcia (Relatora) e o Ministro Ricardo Lewandowski. O Presidente votou na assentada anterior (29-6-2007).

Brasília, 25 junho de 2008 — Carlos Ayres Britto, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado neste Supremo Tribunal Federal por Luíza de Barros Gomes, menor absolutamente incapaz, representada por sua mãe, contra ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal consubstanciado na Portaria 163, de 14 de novembro de 2005, que revogou a pensão temporária que vinha sendo recebida pela impetrante. A revogação daquela pensão foi justificada "Em razão do término do prazo da guarda concedida pelo Juízo de Direito da Segunda Vara da Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, na Ação Cautelar 2000.01.1.040970-2" (fl. 110).

A Portaria 163, agora questionada, foi assinada pelo então Presidente deste Supremo Tribunal, o eminente Ministro Nelson Jobim, e publicada no Diário Oficial da União em 17 de novembro de 2005 (fl. 111).

2. Em 12 de dezembro de 2000, o Juiz de Direito da Segunda Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília concedera a guarda da menor Luíza de Barros Gomes, ora impetrante, à sua avó materna, servidora deste Supremo Tribunal, Sônia Maria de Carvalho Barros, pelo período de cinco anos (fls. 20-21).

Morrendo aquela servidora em 2 de fevereiro de 2001 (fl. 18), instaurou-se, neste Supremo Tribunal, procedimento administrativo no qual se fez processar requerimento formulado em benefício da ora impetrante, para que a ela fosse concedida pensão civil em seu benefício (Procedimento Administrativo 313.554/2001, fls. 22-28).

3. Em 19 de fevereiro de 2001, este Tribunal editou a Portaria 9, na qual, com base no § 2º do art. 216, alínea *b*, do inciso II do art. 217 e no § 3º do art. 218 da Lei 8.112/1990, se deferiu pensão temporária à impetrante, a partir da data da morte da ex-servidora (fl. 29).

Em 6 de outubro de 2005, a mãe da impetrante requereu, ainda neste Supremo Tribunal, a continuidade da pensão paga à menor, bem como a não retirada dos "benefícios previdenciários, plano de saúde e odontológico deixados (deixada pela) avó" (fls. 69-70).

A Assessoria Jurídica deste Supremo Tribunal, no Parecer 229, de 19 de outubro de 2005, entendeu que

> (...) o fim da guarda faz cessar os direitos da menor Luísa de Barros Gomes à pensão e demais benefícios concedidos com a morte da ex-servidora Sônia Maria de Carvalho Barros, restando à requerente [representante legal da impetrante] pleitear sua pretensão na via judicial (...).
> (Fls. 106-107.)

4. Em consequência, o então Presidente deste Supremo Tribunal editou a Portaria 163, de 14 de novembro de 2005, pela qual foi revogada a Portaria 9/2001, que deferira a pensão temporária à impetrante, a partir de 22 de outubro de 2005 (fl. 110).

É contra aquela Portaria 163, de 14 de novembro de 2005, que se insurge a impetrante na presente ação de mandado de segurança, apontando-se aquele provimento como o ato coator fustigado.

5. Alega a impetrante afronta a direito que – afirma – seria líquido e certo, pois assevera que a pensão somente se extinguiria com a morte ou a maioridade da beneficiária (impetrante), nos termos dos arts. 216, § 2º, e 222 da Lei 8.112/1990.

Argumenta ela que o legislador distinguiu

> (...) as pensões quanto ao prazo de extinção do benefício, [isto é] a vitalícia, apenas termina com a morte do beneficiário; enquanto a pensão temporária pode se extinguir por motivo de morte, cessação de invalidez ou maioridade do beneficiário. Logo, uma vez instituída a temporária, somente terá cabo se o beneficiário

experimentar o advento da condição morte ou cessação de invalidez, ou o termo maioridade.

A única hipótese legal de limitação temporal da pensão permitida (diferente das duas espécies supramencionadas) é a pensão provisória por morte presumida do servidor (regulando situação de ausência, art. 22 do Código Civil), antevista no art. 221 da Lei n. 8.112/1990. Em caso de eventual reaparecimento do servidor (instituidor da pensão), e apenas para este caso, o benefício será automaticamente cancelado (parágrafo único do art. 221).

Ainda acerca de cancelamento ou extinção do benefício (através da perda da qualidade do beneficiário), estão elas arroladas taxativamente no rol do art. 222 da Lei 8.112/1990, *in verbis*:

"Art. 222. Acarreta perda da qualidade de beneficiário:

I – o seu falecimento;

II – a anulação do casamento, quando a decisão ocorrer após a concessão da pensão ao cônjuge;

III – a cessação de invalidez, em se tratando de beneficiário inválido;

IV – a maioridade de filho, irmão órfão ou pessoa designada, aos 21 (vinte e um) anos de idade;

V – a acumulação de pensão na forma do art. 225;

VI – a renúncia expressa."

(Fls. 6-7.)

Sustenta a impetrante não existir lei, no ordenamento jurídico, que determine, nos termos do parecer da Assessoria Jurídica deste Supremo Tribunal, "que a pensão deverá ser 'mantida até o prazo em que duraria (se viva fosse a detentora) a pensão'" (fl. 7).

Reafirma a distinção entre guarda temporária e pensão temporária. Para a impetrante, "esta última (...) diz respeito à duração da pensão em si (temporária ou vitalícia). Já a guarda temporária, instituto da família substituta prescrita pela Lei Federal 8.609, de 13 de julho de 1990, cuida da obrigação de prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (redação do art. 33 do referido diploma)."

Assevera que o deferimento da guarda à ex-servidora, sob termo, ou seja, com lapso temporal, não afeta a constituição de posterior benefício previdenciário.

A eminente Ministra Ellen Gracie, Relatora deste mandado de segurança, em 3 de março de 2006, indeferiu a liminar, por entender que "o ato impugnado, Portaria 163/2005 (fl. 110), baseou-se no entendimento de que o termo final da guarda faria cessar os direitos da menor, ficando-lhe aberta a possibilidade de pleitear sua pretensão na via judicial (parecer administrativo de fls. 106-107). O fato incontroverso é que a guarda da menor foi deferida provisoriamente pelo período de cinco anos a contar de 22-10-2000 (fls. 20-21), razão por que não [vislumbrou] a ocorrência do *fumus boni juris*" (fls. 194-195).

Houve pedido de reconsideração por parte da impetrante (fls. 199), o que foi indeferido, mantendo-se a liminar por seus próprios fundamentos, em 8 de março de 2006 (fl. 197).

O Procurador-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Luiza de Barros Gomes, representada por sua mãe, Anna Christina de Barros Couto, sendo a impetrante neta de servidora já falecida deste Supremo Tribunal Federal, cuja guarda lhe havia sido atribuída, e, em razão dessa mesma guarda, obteve a menor o benefício de pensão no período de 2-2-2001 (data do óbito da servidora) a 22-10-2005 (data do término da guarda fixada pelo magistrado).

Como acentuado no voto da eminente Ministra Ellen Gracie, no julgamento da liminar,

> (...) o ato impugnado, Portaria 163/2005 (fl. 110), baseou-se no entendimento de que o termo final da guarda faria cessar os direitos da menor, ficando-lhe aberta a possibilidade de pleitear sua pretensão na via judicial (parecer administrativo de fls. 106-107). O fato incontroverso é que a guarda da menor foi deferida provisoriamente pelo período de cinco anos a contar de 22-10-2000 (fls. 20-21), razão por que não vislumbro a ocorrência do *fumus boni juris*.
> (Fl. 194.)

2. A impetrante não titulariza direito líquido e certo, condição exigida para que o mandado de segurança seja devidamente processado e julgado com o êxito do pleito formulado.

3. Se é certo que a Lei 8.213/1991, na sua redação originária, enquadrava o menor sob guarda no conjunto dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social (§ 2º do art. 16), esse dispositivo foi alterado pela nova norma introduzida no sistema pela Lei 9.528, de 10-12-1997, que excluiu o menor sob guarda daquele rol.

4. O Juiz de Direito da 2ª Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, na Ação Cautelar de Guarda 2000.01.1.040970-2, deferiu, em 12 de dezembro de 2000, a "guarda provisória da menor *Luíza de Barros Gomes* à primeira requerente, avó materna, *Sônia Maria de Carvalho Barros*, pelo *período de 05 (cinco) anos* a contar desta decisão" (grifo no original, fls. 20-21).

5. Suscita-se, aqui, questão quanto ao alcance da guarda provisória e seu reflexo previdenciário.

A jurisprudência vem entendendo que a carência de recursos financeiros ou materiais não é fundamento para a perda ou a suspensão do que hoje o Código Civil denomina poder familiar, no qual se inclui a guarda.

Tanto o é que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

> Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.
>
> Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

6. Na espécie, à época da concessão da guarda provisória, o Juiz da Segunda Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília decidiu por fixar um prazo certo à ex-servidora deste Tribunal para a guarda de sua neta: cinco anos, em face de informações contidas na petição inicial, no sentido de que: 1) "O genitor da menor é músico e não exerce atividade regular remunerada, sendo dependente de seus pais, com quem reside, não possuindo, dessarte, condições de prover sua filha"; 2) "baixa remuneração [da genitora], sendo-lhe penosa a própria mantença" (fl. 85).

Entendeu o magistrado não aplicar à genitora a medida drástica e excepcional da destituição do poder familiar, decretando, por isso mesmo, apenas a guarda provisória da ora impetrante em favor da avó materna, mas definindo o prazo de sua duração, a saber, cinco anos.

Ao fixar a guarda, dotando-a de caráter temporário, transitório, o juiz entendeu serem cinco anos tempo suficiente para que a genitora, por encontrar-se viva e saudável, não obstante a carência de recursos materiais, pudesse retomar seu poder familiar, pois não se enquadrava ela nas hipóteses enumeradas por Pontes de Miranda, nas quais os pais são incapazes de reger suas pessoas ou seus bens ou estão ausentes (*Tratado de Direito de Família*. V. III, São Paulo: Bookseller, 2001, p. 183).

Agiu o magistrado nos termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins a que ela se dirige e às exigências do bem comum", no caso, atendeu ao bem-estar da criança.

Ao decidir o Juiz da Segunda Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília pela guarda provisória da criança em favor de sua avó materna, fê-lo obedecendo ao que dispõe o art. 167 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo procedido a estudo social, que lhe subsidiou a decisão.

Deu-se, assim, naquele momento (2000) solução jurídica satisfatória à provisória situação de escassez de recursos materiais dos genitores, amparando-se a criança, sem que, com isso, se alterasse sua condição, nem deixando a responsabilidade de seu prover pelos próprios pais.

Conforme Roberto João Elias, a guarda provisória é "uma medida cautelar, preparatória ou incidental, para regularizar a guarda de fato ou *atender casos urgentes*. Em virtude de seu caráter transitório, a medida terá prazo fixo de duração (...) e, findo o lapso, dever-se-á requerer sua prorrogação ou, então, outra forma de colocação em lar substituto. *Pode suceder, contudo, que, resolvido o problema do menor (...), já não haja necessidade de requerer a prorrogação*" (*Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), editado para dar proteção integral à criança e ao adolescente, dispôs sobre a guarda permanente (art. 33 da Lei 8.069/1990) e a temporária ou provisória (art. 167 da Lei 8.069/1990), sendo que essa última finda pelo implemento do marco ou da circunstância que lhe foi fixado.

Nas palavras de Mário Romera, a guarda provisória pode "ser liminar, para regularizar situação de posse de fato, ou seja, guarda de fato de criança ou de adolescente pura e simples, com vistas a uma situação jurídica futura. Ou pode ser incidental, nos procedimentos de tutela e adoção, também para regularizar posse de fato ou com vistas a uma situação jurídica futura" (Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Instituto da Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: www.mp.rs.gov.br/infância/doutrina).

7. Observe-se que a guarda mencionada no art. 33 da Lei 8.069/1990 objetiva proteger a criança ou o adolescente que se encontra em situação irregular e incerta.

Situação diversa do instituto da guarda, contido no Estatuto da Criança e do Adolescente, é a que se põe nos casos firmados pelo Direito Previdenciário.

O § 2º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a excepcionalidade dos casos, fora da tutela e da adoção, nos quais se concederá a guarda, ou seja, quando se tratar de "situações peculiares ou [para] suprir a falta eventual dos pais ou responsável", situações particulares essas que podem ser compreendidas nos quadros de abandono pelo qual passa a criança ou de irregularidades cometidas no exercício do hoje definido pelo Código Civil, poder familiar (arts. 1.630 a 1.638, na redação da Lei 10.406/2002).

Já o § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

> Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
>
> (...)
>
> § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Para Mauro Ribeiro Borges,

> No campo doutrinário, a análise de questões relativas à relação de dependência previdenciária tem como premissa o fato de que esta não pode ser confundida com a relação de dependência civil ou mesmo tributária. Rememorando, um regime de previdência tem por objetivo repor renda em face da perda da capacidade produtiva do segurado ou, em outras palavras, manter o padrão de vida dele e de seus dependentes, daí se concluir que a expressão "e dependentes" esculpida no inciso V do art. 201 da Constituição Federal possa ser entendida como adjetivando qualquer dos componentes da entidade familiar da qual o segurado seja provedor. Este é o referencial para o conceito de dependência econômica com fins previdenciários. Todavia, há que se observar que, para o Direito Previdenciário, o conceito de en-

tidade familiar deve ser mais amplo, não guardando simetria com aquele adotado pelo Direito Civil.

Evidentemente que, a despeito da inexistência de simetria, a conceituação de dependência econômica previdenciária tende a uma proximidade com os conceitos de dependência civil ou tributária e, na maioria das vezes, o dependente previdenciário confunde-se com o dependente civil ou tributário, todavia, reitera-se não há vinculação entre um e outro, ou seja, o fato de que determinada pessoa tenha sido reconhecida como dependente civil ou tributária não significa, necessariamente, que ela deva ou possa ser havida como dependente previdenciário.

(Fl. 185.)

(...)

Observe-se que a existência de previsão legal indicando este ou aquele dependente, não vincula o Regime Previdenciário à concessão do benefício. A função da Lei é (i) delimitar aqueles que, potencialmente, poderão ser elegíveis à fruição do benefício; e (ii) oferecer elementos objetivos para a realização do estudo atuarial.

De qualquer modo, para que se efetive a concessão do benefício, é necessária a comprovação, quando do evento gerador do benefício, de que o indicado além de atender os requisitos estabelecidos em lei, mantém relação de dependência com o segurado, com o que deve ser havido como beneficiário do Regime Previdenciário.

(Grifo nosso, p. 187.)

(...)

O cotidiano das relações familiares propicia situações que podem resultar, ou não, em uma relação de dependência previdenciária. Não são poucos os segurados que obtêm tutelas, curatelas, e, mesmo, a posse e guarda de menores ou, então, têm a responsabilidade de prover o sustento de pais e irmãos.

Há os que defendem que a mera existência dos institutos da Tutela, Curatela e Guarda obrigue, automaticamente, os Regimes Previdenciários. Esta conclusão simplista não se afigura como correta. Para que tal ocorra, destes institutos deve resultar, necessariamente, uma relação direta de dependência, e somente diante desta condição é que poderá haver reconhecimento para efeitos previdenciários.

Em outras palavras, para que se insira o tutelado, o curatelado, ou o menor sob guarda no rol de dependentes do segurado, há que se comprovar que o interessado se encontra numa situação na qual, para sua subsistência, não pode se socorrer de seu provedor natural – pai ou mãe – ou de seu patrimônio.

(Fl. 207.)

(...) a previsibilidade, contida no § 3º do art. 33 da Lei 8.069, de 13-7-1990, de que a guarda outorga a condição de dependente para fins previdenciários deve ser havida como exequível apenas nos casos caracterizados como de caráter liminar ou incidental para fins de tutela ou adoção ou naqueles de excepcionalidade em face do abandono ou irregularidade no exercício do poder de família.

Em síntese, o Regime Previdenciário só estará obrigado a inscrever o menor que esteja sob guarda do segurado, se restar comprovado que: (i) este detém a posse do menor como instrumento liminar ou incidental de um processo em que pretenda alcançar sua tutela ou adoção; (ii) caso a posse tenha sido deferida para corrigir excepcional situação de irregularidade no exercício do Poder Familiar ou de abandono, em que os pais naturais não possuam condições de prover o sustento do menor.

Inobstante isso, não são poucos os casos em que segurados, com fulcro na literalidade do que dispõe o § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, no intuito de transformar um benefício previdenciário em herança, postulam e obtêm a guarda de netos ou mesmo outros menores que, a rigor, jamais se encontraram sob sua posse fática, como tal requisitado pelo *caput* daquele dispositivo e, muito menos, em uma situação em que se configurasse a ausência dos pais ou responsável e nem, tampouco, de abandono do menor.

(Fl. 209.)

Basta que se dê uma olhada nos cadastros dos órgãos de gestão previdenciária dos Regimes Próprios, para aferir quão expressivo é o número de segurados que inscrevem "menores sob guarda", sem embargo de que este menor possui pai e mãe, e mais, que muitas vezes, esse pai ou mãe é, até mesmo, servidor do respectivo ente federado, portanto, segurado do mesmo Regime Próprio ao qual está vinculado o servidor "detentor da guarda".

Evidentemente que o instituto da Guarda possui um inquestionável fim social no amparo de menores que se encontram em verdadeira situação de abandono, todavia não se pode admitir que, no alcance dessa finalidade e apoiando-se na literalidade da lei, se promova o desvirtuamento de princípios, tanto do Direito Previdenciário quanto do Direito do Menor. Incumbe ao gestor previdenciário e ao Judiciário velar para que tal não ocorra, permitindo que apenas e tão somente o menor que esteja em verdadeiro abandono ou cujos pais não reúnam efetivas condições de prover sua subsistência, seja alçado à condição de dependente do segurado.

Ressalte-se que a inscrição desse dependente tende a onerar o Regime Previdenciário, atentando contra o princípio da solidariedade, segundo o qual o custeio do Regime Previdenciário deve ser distribuído equitativamente entre os seus participantes, e, como a guarda não extingue o Poder Familiar, subsiste a obrigação de os provedores naturais concorrerem para o sustento do menor e, por decorrência, mantê-lo como dependente do Regime Previdenciário a que estejam vinculados.

Com isso, apenas na hipótese de que os provedores naturais – os pais – não reúnam condições de sustento do menor é que se poderá transferir a vinculação previdenciária para o detentor da guarda.

Em conclusão, se o segurado, suprindo a obrigação dos provedores naturais, assume encargo de sustentar um menor, é admissível supor que, na sua falta, o Regime Previdenciário cumpra o seu papel de repor a renda em favor daquele menor. O que não se pode admitir é que se pretenda desvirtuar mecanismos de proteção social, transformando-os em instrumento de retenção de renda e enriquecimento sem causa, como ocorre nas hipóteses em que se concede uma pensão ao menor cujos provedores naturais detêm renda suficiente para manutenção de sua subsistência.

Frise-se, por fim, e reitere-se uma vez mais, o Regime Previdenciário, por sua natureza securitária, tem um espaço bem delineado no espectro de Proteção Social a ser oferecido pelo Estado e nesse espaço não há lugar para o atendimento assistencial, que deve ser preenchido pela Assistência Social.

(Fls. 210-211.) (*Previdência funcional.* Teoria geral e critérios de elegibilidade aos benefícios previdenciários à luz das reformas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006, p. 185-211.)

Ainda, segundo o Autor acima citado, ao se versar sobre o tema dos critérios de concessão e manutenção dos benefícios das aposentadorias, é necessário

"distinguir-se a data de concessão do benefício daquela em que se consolidou o seu *evento gerador.* Essa distinção torna-se mais assente quando tratar-se da pensão previdenciária; ... No caso da pensão, essa distinção impõe-se, também, para aferir se o pretendente ao benefício efetivamente figurava, quando da ocorrência do *evento gerador* do benefício, na condição de dependente do segurado. Em outras palavras, verificar se o postulante, quando da superveniência do *evento gerador do benefício,* atendia aos requisitos estabelecidos na legislação vigente, para figurar na condição de dependente do segurado, se ele efetivamente reunia os elementos constitutivos da condição de dependente do segurado e, com eles, o direito de perceber o benefício (grifos no original, obra citada, p. 299).

8. É o que se deu na espécie ora apreciada.

O Juiz de Direito da Segunda Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília deferiu a guarda provisória à ex-servidora deste Supremo Tribunal por cinco anos, e, em razão do superveniente óbito dessa ex-servidora, este Tribunal editou a Portaria 9, de 19 de fevereiro de 2001, que concedeu o benefício de pensão temporária à neta da ex-servidora, tornando-a beneficiária de sua avó materna. Portanto, não há falar que este Supremo Tribunal descumpriu o que decidido no Termo de Guarda e Responsabilidade, que teve fim quando completados os cinco anos fixados em juízo.

Se viva fosse a ex-servidora deste Supremo Tribunal Federal, o efetivo exercício de sua guarda teria prazo certo, qual seja, cinco anos, nos termos em que deferida judicialmente. Se ela entendesse de buscar obter a extensão dessa guarda, teria que demonstrar as condições legais para o prosseguimento daquela proteção, e, em sua sequência, o benefício neste Supremo Tribunal Federal.

9. Extinto o prazo da guarda judicialmente concedida, não mais subsiste a determinação judicial que ensejou a manutenção, por parte deste Supremo Tribunal, de pensão provisória à menor impetrante, pois não mais perdura a situação prevista no art. 217, inciso II, alínea *b*, da Lei 8.112/1990, restando à impetrante pleitear sua pretensão em outra via judicial, uma vez que o ato denominado coator, a Portaria 163/2005, não se reveste da alegada ilegalidade ou inconstitucionalidade.

A se pretender a permanência da situação de desprovimento dos pais da ora impetrante, tanto terá de ser comprovado por meios que não são próprios de se produzirem em mandado de segurança, no qual não há dilação probatória.

Por todo o exposto, **voto no sentido de ser denegada a ordem.**

DEBATE

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permite, quero fazer algumas perguntas cujas respostas talvez sirvam para orientar os votos de todos nós.

Eminente Ministra Relatora, efetivamente, de quem a menor era materialmente dependente?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Durante o período da guarda, era da avó.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Inclusive materialmente?

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

O Sr. Ministro Carlos Britto: Porque pode haver outorga de guarda?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se considerarmos apenas a guarda que, realmente, foi balizada no tempo, numa cautelar, foi provisória durante cinco anos, concluiremos que a satisfação da pensão deveria ter cessado com a morte, aos dois meses.

Mas cumpre perquirir se, à época da morte da servidora, a beneficiária da pensão era, realmente, dependente e, portanto, tinha jus a essa pensão, ou seja, se dependia dos proventos da servidora para a própria subsistência. Pelo que percebi, os pais da menor são separados, não são? Tinham vida conturbada, sob o ângulo econômico-financeiro e, também, quanto ao relacionamento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não sei se são separados. Não tenho esse dado aqui.

Em 2000, há sete anos, quando a avó fez o requerimento, o pedido judicial, o que se demonstrou e o que consta neste processo, é que, primeiro, a mãe provia a sua própria subsistência com dificuldade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A própria subsistência, a da genitora. Ela não teria condições de prover a subsistência da filha?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): A filha da ex-servidora do Supremo. O pai era músico e vivia com a ajuda, também, dos próprios pais, razão pela qual a avó assumiu, naquele momento, essa situação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Essa dependência econômica é estreme de dúvidas. E haveria, também, a necessidade da guarda quanto à boa formação da menor. Por isso, o magistrado deferiu-a por cinco anos, uma provisoriedade que não é bem uma provisoriedade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Pelo período de cinco anos, para que, durante esse tempo, eles melhorassem de situação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Peço à Ministra Relatora para esclarecer se o pai ou a mãe são ou foram servidores nossos.

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

O Sr. Ministro Carlos Britto: Fiz essa pergunta porque o critério que a Constituição adota para a concessão da pensão é exatamente a dependência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso – Em outras palavras, a pensão é decorrente da condição funcional da avó que faleceu.

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

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E que tinha, à época do falecimento, a guarda da menor, por cinco anos, projetada no tempo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Então a Presidência do Supremo Tribunal Federal fez um estudo e concluiu por manter pelo período fixado pelo Juízo aquela dependência, em razão de ter sido a guarda concedida em dezembro de 2000, e a morte da servidora ter ocorrido em fevereiro de 2001.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministra, a guarda cessou, na verdade, com a morte, no segundo mês do deferimento e se admitiu a satisfação da pensão durante cinco anos!

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E não deveria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E por que não? A meu ver, congelado o quadro, quando do falecimento, haver-se-ia de observar a alínea *b* do inciso II do art. 217 da Lei 8.112, a revelar que tem direito à pensão o menor sob guarda; e ela estava sob a guarda da avó quando da morte.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Era guarda de servidor, Ministro, que justifica a pensão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, era a avó.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas, ao morrer, desapareceu a guarda.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A guarda, sim. No entanto, precisamos também perquirir se, à época, a neta era dependente da avó.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É pensão por morte; se não tivesse morrido, não discutiríamos a questão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Os pais reassumiram a guarda.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência mesma admite que a genitora não tinha condições sequer de prover a própria subsistência, e assim também o pai.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Em 2000, muito provavelmente, por isso a avó pediu apenas a guarda provisória, de modo a dar tempo para que os pais mantivessem o poder familiar, aprumassem a situação, para poderem manter a menor.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministra Relatora, fiz a pergunta sobre a dependência material ou não da menor quanto à titular da guarda, porque a Constituição – art. 201, inciso V – faz da dependência o requisito para a aquisição desse direito à pensão por morte.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há a menor dúvida de que, quando da morte da servidora, a menor era dependente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: No caso, não é caso de pensão por morte, mas pensão por guarda.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É pensão por morte de quem detinha a guarda e era provedor das necessidades materiais da criança.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não podemos imaginar que, passados os cinco anos e tendo em conta a situação dos pais, não haveria a projeção dessa guarda.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): No caso, então, não seria no mandado de segurança, porque é preciso provar essas condições.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eu sei, Excelência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Na verdade, a prova, no mandado de segurança, tem de vir pré-constituída: se há dependência econômica, se os pais têm ou não condição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há a menor dúvida a respeito. A Relatora consignou, em voto, que a genitora não tinha condições de prover sequer a própria subsistência, e o pai era um músico, sem emprego.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Essa era a situação em dezembro de 2000. Por isso, a avó pediu a guarda apenas provisória.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Claro, é possível até se acertar na loteria e se passar a ter uma situação esplendorosa, mas não podemos julgar a partir de suposições.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): É possível que a pessoa trabalhe, como fazem todos quando adultos, e assuma seu filho. Por isso, disse que precisa haver a prova, e esta se produz em outro tipo de ação, como registrou a Ministra Ellen Gracie quando da liminar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Esse é o marco.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Precisamos considerar o quadro à época da morte da servidora: a menor estava sob a guarda e sob a dependência da avó-servidora. A guarda teria sido motivada principalmente pela falta de condições dos pais para manterem a menor.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Exatamente. Diz o Estatuto dos Servidores Públicos – a lei do Regime Jurídico –, no art. 217, que são beneficiários da pensão por morte "o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade". A pensão é temporária, mas até os vinte e um anos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É pensão temporária.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tenho certeza de que, considerado o que constatamos, a coisa pública, neste caso, se deferida a ordem, não será maltratada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro Carlos Britto, o dispositivo refere-se a pensão temporária, que foi a concedida. Não é pensão por morte, mas pensão temporária pela guarda.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É pensão por morte; os seus efeitos é que são temporários. Não é pensão vitalícia, mas temporária, por ser concedida até o beneficiário alcançar vinte e um anos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A mim, parece-me que, no caso, a morte é juridicamente irrelevante, porque se trata de uma pensão por guarda, não por morte. O Ministro Cezar Peluso faz uma distinção correta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A morte gera o direito à pensão. Como, então, é irrelevante? Tanto não se mostrou irrelevante que o Supremo satisfez a pensão durante mais quatro anos. A morte ocorreu no segundo mês após o deferimento da guarda.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): A lei de regência da guarda é o Estatuto da Criança e do Adolescente; a da pensão é a lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A pensão por morte é aquela não paga em vida do defunto; ela só é paga após a morte do defunto servidor. Essa é a pensão por morte. No caso, não. A pensão era paga em vida do servidor; portanto, não era pensão por morte, mas por guarda.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Decorrente de determinação judicial.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, excelência. Na minha opinião, interessa o seguinte: essa pensão se deu por morte do provedor.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A pensão não era paga em vida da servidora?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, foi paga em vida da servidora.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Acho que, falecida a servidora, passou-se a pagar a pensão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. Foi concedida por cinco anos.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não, a guarda foi concedida por cinco anos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Porque juízo de família concedeu a guarda por cinco anos. O Supremo Tribunal, então, interpretou que a pensão em forma de auxílio seria paga durante cinco anos da guarda da servidora.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Numa esperança de que os pais se recompusessem financeiramente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Porque era o período em que ela seria dependente, o que eu disse no voto. Aludiu a Ministra Ellen Gracie, quando cuidou da liminar, que, para se provar que essa situação continuaria, há que haver uma via judicial que permita prova. Mandado de segurança não a permite. Ficaremos, aqui, todo o tempo a imaginar coisas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Com o devido respeito, creio até que – perdoem-me – o Supremo Tribunal Federal foi generoso. Porque, extinta a guarda com a morte da servidora, cuja condição funcional era título a justificar a concessão da pensão – esta era da Previdência, não do Regime Geral, isto é, era preciso que houvesse um servidor para justificar que a Administração Pública pagasse a pensão –, cessaram a guarda e o título jurídico da concessão da pensão.

No entanto, o Supremo Tribunal continuou a pagá-la pelo tempo residual da guarda deferida pelo Juiz de Família, que já estava extinta.

A meu ver, o Supremo Tribunal, a rigor, deveria ter cessado o pagamento da pensão na data da morte da servidora porque, nesse momento, desapareceu a relação de guarda entre o servidor e o dependente, que justificava a concessão da pensão. No entanto, o Supremo Tribunal a pagou durante cinco anos. Depois desse período, a pergunta é: qual relação jurídica da menor com a Administração Pública que justifique a concessão de uma pensão? Nenhuma.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Interessa a condição de provedora do *de cujus*.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ministro Cezar Peluso, quero ler, exatamente em reforço ao que agora disse Vossa Excelência, a Portaria 9. Ela não é a questionada, mas a Portaria 163, que a revogou.

Diz a Portaria 9, de 19-2-2001, do então Ministro Presidente Carlos Velloso, nos termos seguintes:

> *O Presidente do Supremo Tribunal Federal, considerando o disposto no art. 36 do Regulamento da Secretaria e o que consta do processo 313.554/2001,*
>
> Resolve
>
> Conceder, com fundamento no § 2º do art. 216, alínea *b* do inciso II do art. 217 e § 3º do art. 218 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, **pensão temporária** para **Luíza de Barros Gomes**, menor sob guarda [provisória] da ex-servidora **Sônia Maria de Carvalho Barros**, falecida em 2 de fevereiro de 2001, observado o § 1º do art. 185 e o art. 215 da mesma Lei, a partir da data do óbito.

Diz-se expressamente que a pensão seria temporária, em razão de uma guarda provisória. Essa é a primeira portaria.

O Sr. Ministro Eros Grau: Quando foi concedida, a servidora já havia falecido?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Sim. A pensão já havia sido concedida, quando a servidora faleceu.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Havia a guarda.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não havia guarda nenhuma. A guardiã tinha morrido: que guarda havia?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim, mas no curso da guarda, deu-se o falecimento do provedor da criança, a qual há de ser contemplada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Desaparecida a guarda, qual é o título jurídico da pensão?

O Sr. Ministro Carlos Britto: O título jurídico não é a guarda, é a condição de provedor. Se não houvesse condições de prover, não haveria guarda. A condição de provedor é fundamental, porque somente se concedeu a guarda porque havia condições de prover as necessidades da menor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É condição de provedor porque está sob a guarda. Quando morre o guardião, alguém, no mundo jurídico, assume essa guarda.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Somente se tornou guardião porque podia prover. O requisito fundamental, no caso, é a capacidade de prover.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Explico: alguém, no mundo jurídico, assume a guarda e, por conseguinte, a condição de provedor.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não. Se o provedor gerava o direito à pensão aos seus dependentes, continuava ele durante o período da guarda provisória.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ela era dependente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Se me permitem, tenho uma pergunta. No caso, há duas questões fundamentais. Essa pensão foi concedida em regime de direito público, e não no Regime da Previdência Geral. É o primeiro ponto.

O Sr. Minstro Cezar Peluso: Não é o Regime Geral da Previdência; foi baseada na Lei 8.112.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Cito a Lei 8.112.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Sim, conforme consta da Portaria.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu gostaria apenas de continuar, se me permitirem.

Conforme vi, e me pareceu extremamente importante, quando concedida a pensão, a servidora não exercia mais a guarda, porque já havia morrido.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, ela morreu no curso da guarda.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): O Ministro Eros Grau reforça o que disse o Ministro Cezar Peluso: ela detinha a guarda. Com a morte, cessa a guarda, evidentemente, até porque o Juiz de Direito de Família não havia tirado o poder familiar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Cessa a guarda, mas não as consequências da morte: pensão para o dependente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Cessou a guarda. Ministro Carlos Britto, é a mesma coisa de o Supremo Tribunal conceder pensão para alguém que é guardião, mas não é funcionário deste Tribunal. Concede pensão a menor tutelado ou curatelado de quem não é funcionário.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O art. 217 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União estabelece o seguinte:

> Art. 217. São beneficiários das pensões:
> (...)
> II – temporária:
> (...)
> b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;

É pensão *post mortem*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, porque com 21 anos cessava a guarda e a tutela no código anterior.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Carlos Ayres Britto, Vossa Excelência quer perceber a flexibilidade da lei. É possível, inclusive, o servidor designar pessoa – e temos com maior razão o parente consanguíneo – que viva na respectiva dependência econômica.

O Sr. Ministro Eros Grau: Esse dado é muito importante.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Até pessoa designada pode ser.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A neta vivia, à época da morte, sob a dependência econômica da servidora-avó.

O Sr. Ministro Eros Grau: Perdão, mas aqui há um dado muito importante a ser considerado: quando a pensão foi concedida, a ex-servidora já havia falecido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não.

O Sr. Ministro Eros Grau: Sim, está escrito aqui.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A pensão só é devida porque faleceu.

O Sr. Ministro Eros Grau: Está aqui na Portaria de 2001.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Eros, é que se estendeu a pensão até o termo final dos cinco anos alusivos à guarda, mas, tão logo deferida a guarda, passou a menor a estar sob a dependência da servidora, pois os pais não tinham condições – como acredito que não tenham até hoje – de prover a subsistência da menor.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não, houve dois meses – esclarece aqui. Entre a concessão da guarda provisória e a morte da servidora passaram-se dois meses. Então, a guarda provisória foi concedida a uma servidora. A morte da servidora gera direito à pensão, que se concedeu por uma portaria do ex-Presidente do Supremo, enquanto durasse o período da guarda provisória.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Foi em dezembro de 2000 e fevereiro de 2001.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Guarda provisória que cessou com a morte.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Houve dois meses. Cessou com a morte, e esta gerou o direito à pensão para a menor sob sua guarda. O que se discute é a continuidade – pelo que entendi do relatório – da pensão, cessados os cinco anos da guarda provisória.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Só que a dependência é pelo período. Exatamente. Os cinco anos, porque a dependência voltaria para os pais dela, e – reitero –, conforme afirma a Ministra Ellen Gracie, se ela estivesse viva, ela poderia provar, eventualmente. Não há mais chance.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A pensão pressupõe a morte.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que só detinha a guarda porque tinha capacidade de prover.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Perdão. A morte dela não podia ter gerado direito nenhum.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Há uma diferença entre os efeitos da guarda e os efeitos previdenciários. É isso que precisamos distinguir. Os efeitos da guarda levaram o Supremo a manter a pensão até a Portaria 163. Os efeitos previdenciários não aconteceriam até a maioridade simplesmente porque, cessada a guarda da avó, voltou para os pais – aliás, o Ministério Público realçou muito isso em seu parecer. A meu ver, elas podem continuar provando que haveria dependência, mas não em um mandado de segurança.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Baseio-me muito no art. 227 da Constituição, que dispõe alto e bom som:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, [vejam a expressão radical do texto magno] com absoluta prioridade, o direito à vida (...)

Há uma criança aí.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Se a guarda fosse definitiva, não haveria dúvida de que a pensão permaneceria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Sim, se fosse definitiva, não haveria problema algum. Se tivesse transferido o poder familiar, não haveria problema algum.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O único problema aqui é que a guarda era temporária. Tudo isso é plausível de discutir.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Era.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Os pais vivos, e o poder familiar não foi retirado deles.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Agora, gerou direito à pensão, sim, porque a servidora faleceu no período da guarda, quando essa guarda era a termo, por cinco anos.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não é bem assim. A servidora faleceu antes de ter sido concedida a pensão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, então não estou entendendo o relatório.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, claro, Ministro, porque o fato gerador da pensão é a morte.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Pelo que entendi, concedida a guarda provisória, dois meses depois, a avó, guardiã, morre.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É que o fato gerador é a morte.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, sem morte não há pensão para dependentes.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É pensão *mortis causa*.

O Sr. Ministro Eros Grau: É pensão *mortis causa*.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: *Data venia*, não. É pensão decorrente de guarda.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Isso é essencial para o meu raciocínio.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não tem fundamento legal.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A informação que eu colhi é que, concedida a guarda provisória, a avó estava viva, até porque não se concede – nem que o município seja extinto – guarda a defunto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No além, não há guarda!

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Então, concedeu-se guarda a uma servidora viva, que morreu dois meses depois. Aí, me parece que o direito a pensão durante o tempo da guarda provisória é líquido e certo, e foi concedido. Agora, vamos discutir é se, falecida, ou melhor, findo o termo da guarda provisória, permanece o direito ou se essa continuidade do direito depende de uma sentença do juízo cível competente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência me permite?

A dificuldade é a seguinte, e essa redação tem explicação: a pensão deste caso, do fundamento legal invocado, é uma pensão concedida a menor sob guarda, durante a guarda. Esse "sob guarda" significa durante a guarda. Não é a qualquer menor que esteve sob guarda, mas a menor que esteja sob guarda. E o quê? Durante a guarda, até vinte um anos. Ela já não estava sob guarda.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não houve concessão de pensão enquanto viva a servidora, Excelência.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Estava sob guarda.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A guardiã estava morta quando foi concedida.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, ela estava sob guarda quando se deu a morte da guardiã.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A pensão somente surgiu no mundo jurídico e fático com a morte.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, mas não é pensão por morte, é pensão para guarda.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, é por morte.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Claro que é.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Entre os direitos da guardada, está a pensão por morte da guardiã.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas pelo tempo em que foi concedida a guarda; cessada a guarda, cessou o direito à pensão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, esse é outro problema. Concede-se a guarda ao homem mais rico do Brasil, porque os pais são miseráveis. Durante essa guarda – se ela fosse definitiva –, é manifesto que se incorpora o direito à pensão do milionário. O problema aqui é que a guarda era cautelar e provisória.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Era provisória.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Era mais que isso, Ministro.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Daqui a pouco, vamos penhorar essa menor para que ela devolva os cinco anos em que recebeu a pensão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, Ministro, isso não está nem em discussão. A Portaria 9 não está em discussão. Só quero chamar a atenção para duas coisas. Primeiro, tem razão Vossa Excelência, a guarda era provisória, e o que estamos discutindo é a Portaria 163. Por quê? Findo o termo fixado pelo juiz, se a avó comprovasse que não se passou o poder familiar para ela, se os pais já tivessem condições, portanto, a menor deixaria de ser dependente; se não tivesse, a situação seria outra. Qual é o ponto aqui para mim? É que tudo isso deveria ser demonstrado por provas que não podem ser produzidas em mandado de segurança.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Por juízo competente. Como não foi revogada essa guarda...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Por isso, no final do meu voto, estou dizendo, não vejo nem a ilegalidade, nem abuso de poder, não vejo direito líquido e certo. Razão pela qual, se ela quiser discutir, será em outras vias, não no mandado de segurança. É isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Pertence, Vossa Excelência, como sempre, fez uma indagação absolutamente procedente. Quanto aos cinco anos de duração da pensão, não há dúvida, para corresponder aos cinco anos em que deveria durar a guarda provisória. Acontece que há um pressuposto da lei para obtenção do ganho pensional – vamos chamar assim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O mandado de segurança não é uma ação de mão dupla: não podemos condenar a impetrante a devolver a pensão considerados os cinco anos, ou melhor, o que sobejou deles tendo como termo inicial a morte.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Mas isso não está em discussão. Não colocamos isso em hora alguma aqui.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Marco Aurélio, olha o pressuposto da lei para que o menor obtenha o ganho pensional: "o menor sob guarda ou tutela". Não diz o prazo, se é sobre guarda permanente ou transitória. É o menor sob guarda quando do óbito do provedor. Não está dizendo guarda provisória ou guarda permanente. A lei não fez essa distinção.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Indago: quando da morte, a beneficiária estava sob a guarda? A resposta é positiva.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O problema é sentimentalmente dramático. Essa é a minha indagação: será que essa pensão subsistiria ao tempo em que cessados os cinco anos da guarda provisória? Se, por acaso, esse músico desempregado se tornasse um Paulo Moura?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pois é. Um grande saxofonista.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É interessante a matéria.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Essa é a indagação. Agora, não estou querendo discutir esses cinco anos. A meu ver, o direito à guarda provisória da avó envolve todo o patrimônio jurídico da avó, inclusive a de gerar pensão pelo tempo da guarda. Só que a guarda era provisória e a termo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Ministra Cármen Lúcia, eu fico muito confortada que este Tribunal, que, neste ano, julgou 92.632 (noventa e dois mil, seiscentos e trinta e dois) processos, e só em decisões colegiadas, 13.422 (treze mil, quatrocentos e vinte e dois), continua na sua última sessão do semestre com o mesmo empenho e vigor para discutir as questões. Dou os meus cumprimentos aos Colegas.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Senhora Presidente, quero apenas realçar um ponto do meu voto – que é, aliás, uma citação de um estudioso da questão do direito do menor e da previdência –, chamar a atenção para um ponto relevado e que, no meio do voto, acaba não sendo devidamente enfatizado.

É o seguinte – estou citando, neste caso, Mauro Ribeiro Borges:

> (...)
> O cotidiano das relações familiares propicia situações que podem resultar, ou não, em uma relação de dependência previdenciária. Não são poucos os segurados que obtêm tutelas, curatelas, e, mesmo, a posse e guarda de menores ou, então, têm a responsabilidade de prover o sustento de pais e irmãos.
> Há os que defendem que a mera existência dos institutos da Tutela, Curatela e Guarda obrigue, automaticamente, os Regimes Previdenciários. Esta conclusão simplista não se afigura como correta. Para que tal ocorra, destes institutos deve resultar, necessariamente, uma relação direta de dependência, e somente diante desta condição é que poderá haver reconhecimento para efeitos previdenciários.
> Em outras palavras, para que se insira o tutelado, o curatelado, ou o menor sob guarda no rol de dependentes do segurado, há que se comprovar que o interes-

> sado se encontra numa situação na qual, para sua subsistência, não pode se socorrer de seu provedor natural – pai ou mãe – ou de seu patrimônio. (fl. 207)
>
> (...) a previsibilidade, contida no § 3º do art. 33 da Lei 8.069, de 13-7-1990, de que a guarda outorga a condição de dependente para fins previdenciários deve ser havida como exequível apenas nos casos caracterizados como de caráter liminar ou incidental para fins de tutela ou adoção ou naqueles de excepcionalidade em face do abandono ou irregularidade no exercício do poder de família.

O poder de família aqui não estava em jogo, porque, mesmo na primeira decisão do Juiz da Vara Judiciária de Brasília, ficou claro que a ex-servidora não estava afastando o poder familiar, mas dando condições de provisão para essa menor.

Só queria chamar a atenção de novo, porque no meio da leitura de um longo voto...

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, eu ultimo minha participação dizendo o seguinte: no caso, a menor, infelicitada pela morte de sua avó e provedora, ainda se vê ameaçada de perder o seu único sustento certo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, Ministro. Não há prova disso. Sete anos depois, essa criança tem um pai e uma mãe que estão trabalhando. Vossa Excelência está presumindo uma coisa que não há comprovação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Há responsáveis legais pela subsistência dela, e não o Estado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, estou trabalhando com fatos. A criança vivia unicamente...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministra Cármen Lúcia, Vossa Excelência tem dúvida de que, se persistisse a servidora viva e também a moldura fática que ditara essa guarda, o Juiz acabaria por implementá-la de forma definitiva, considerada a situação dos pais?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Tenho dúvidas até se essa avó continuaria pedindo, pois não sei se já teria mudado a situação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não tenho a menor dúvida, porque presumo o que normalmente ocorre, não o extravagante, o teratológico.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Temos uma dúvida: os pais recuperaram ou não a sua capacidade de prover o sustento dos filhos?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Se o pai estivesse morto, com condição econômica, ou fosse servidor público, essa menor teria direito à pensão por morte do pai.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Teria.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Independente de estar ou não sob a guarda dele.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro, como há uma dúvida, vamos resolver a dúvida em benefício da menor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, alguém é responsável pela subsistência biológica dessa criança. Sim, pela lei; não é o Estado. É alguém: ou o pai, ou a mãe, ou ambos, ou os avós. Isto é, todos os devedores previstos na lei civil como devedores de alimentos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas o Estado também é responsável.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. A menor não é funcionária do Estado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A menor não, mas a provedora era.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A avó, sob cuja dependência vivia, era servidora.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se a tese que está sendo esboçada for acolhida, significa que a Administração Pública vai ter de conceder pensão a quem não guarde nenhuma relação jurídica com ela. A título de quê?

O Sr. Ministro Carlos Britto: O caso dos autos é peculiar, em que os pais não tinham condições de prover o sustento da filha.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não há nada de peculiar, Ministro. Isso acontece todos os dias na experiência forense.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Pensão por morte é obviamente dada a quem não tem nenhuma relação funcional com o Estado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É, não pode ser diferente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, mas é uma pensão dada a quem, nos termos da lei, se considera credor de uma pensão do servidor falecido. Não é hipótese. Isso está aqui.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É. O servidor falecido era o provedor da menor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, temos de pegar as hipóteses da lei. As hipóteses da lei são distintas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vamos às hipóteses da lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Está aqui. Art. 217.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pronto. Vamos lá. Pensão temporária: menor sob guarda. Não sob guarda temporária ou definitiva.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É durante a guarda. Ministro, se não está sob guarda, não cabe a pensão.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas estava sob guarda quando do óbito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas morreu, acabou a guarda, Ministro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Acabou a guarda porque morreu.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É ao menor sob guarda.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Se a guarda fosse definitiva, não haveria a menor dúvida de que a pensão subsistiria até a maioridade, independentemente

de, obviamente, não haver mais guarda, num sentido substancial, da menor pela avó. Se a pensão fosse definitiva, isso me pareceria absolutamente indiscutível.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Se os pais estivessem mortos, por exemplo, o juiz teria concedido a guarda à avó. Morta a avó, gera-se, aí, um direito de crédito contra a Administração para haver a pensão até a maioridade. Então, não depende nada da existência ou inexistência de relação entre o menor pensionista e a Administração Pública. A relação era de quem lhe detinha a guarda. O problema é que estamos diante da hipótese de uma guarda provisória.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente por isso. A hipótese desta pensão é que ela está destinada a auxiliar o servidor responsável a manter a sobrevivência biológica e cultural da pessoa que está sob sua guarda. Auxiliar quem? A responsabilidade do servidor. Quando o servidor falece, desaparece a razão da pensão porque o servidor deixou de ser responsável pela subsistência da menor.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, o patrimônio jurídico do servidor que justifica a guarda a ele concedida compreende esse direito à pensão se morrer.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Morreu, a responsabilidade pela subsistência do menor passa a outra pessoa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Para isso é que contribui. O servidor contribui previdenciariamente para assegurar aos seus dependentes a continuidade da renda a que os dependentes estavam habituados. É para isso que se contribui previdenciariamente.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Quanto a isso, é preciso raciocinar. Se os pais morressem, e o único devedor de alimentos fosse a avó, então, não seria definitiva se a avó morre? Sim. Gerando a pensão; a pensão é substitutiva da fonte de renda da qual a avó teria de haurir os recursos para a guarda e sustentação da menor.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A pensão é por morte. Está no art. 215: "Pensão por morte do servidor".

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Tem direito à pensão até a maioridade. O que faz cessar o direito à pensão, esse direito derivado à pensão, é a maioridade do pensionista.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito, é a maioridade. É o termo, a partir do qual não há mais a pensão.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): A menos que seja uma guarda temporária. Se a avó, em vez de ter morrido dois meses após, morresse cinco anos e um dia após, haveria essa discussão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Teria de haver a transformação em guarda definitiva.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): A menor nasceu em 2000, e, naquele mesmo ano, a avó pediu a guarda provisória – estou aqui com o termo de compromisso –, e o ato do Ministro Carlos Velloso, a Portaria 9, concede, com base no § 2º do art. 216 da Lei 8.112, que estabelece:

> § 2º A pensão temporária [esta que foi concedida pelo Supremo] é composta de cota ou cotas que podem se extinguir ou reverter por motivo de morte, cessação de invalidez ou maioridade do beneficiário.

Houve a morte, foi isso que aconteceu.

O Sr. Ministro Eros Grau: Morte não do beneficiário.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Do beneficiante. Sim, se o beneficiário morre, é claro que não há mais pensão. Agora, se o beneficiário sobrevive, o termo final é a maioridade. Se a guarda é definitiva, quanto a isso não há dúvida.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, vou fazer uma proposta para a Corte, baseado na jurisprudência do Tribunal de São Paulo, em questão de previdência.

Estou absolutamente convencido de que a hipótese invocada na Portaria 9, art. 217, II, *b* – hipótese específica – me parece absolutamente clara e típica de que há uma pensão temporária destinada a viger durante a guarda, por isso é que se fala em menor sob guarda, é para esse efeito. Qual é a sua finalidade? Auxiliar o servidor guardião a manter a subsistência ou a prover a subsistência biológica e cultural do menor sob guarda ou sob tutela. Então, essa é uma hipótese específica. A rigor, não é o caso aqui, porque ela não foi concedida ao menor sob guarda porque, quando o foi, a guardiã já tinha falecido.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Estamos discutindo dois casos diversos. Fui informado que há um espaço de dois meses.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Já tinha falecido.

O Sr. Ministro Eros Grau: Estou tentando esclarecer isso há mais de meia hora e ninguém presta atenção.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Eu prestei atenção sim, tinha falecido.

O Sr. Ministro Eros Grau: No caso, estou querendo apenas esclarecer. Estamos discutindo hipóteses distintas, cada um está pensando numa hipótese distinta. Essa pensão foi concedida após a morte.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É da autora do ato coator. A decisão do juízo de família de Brasília foi dois meses antes da morte da avó.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, a guarda foi concedida em 2000, e a pensão foi concedida depois, em 2001. Ela faleceu em janeiro e a pensão foi concedida em fevereiro, um ano depois; um ano depois da concessão da guarda e um mês após a morte da guardiã. Então, o fundamento legal desta pensão, embora

isso tenha sido invocado na Portaria, não é o 217, n. 2. Mas a mim, parece-me – por isso estou propondo isso à Corte – que o fundamento legal aqui é outro. Qual é o fundamento legal aqui? É a hipótese do art. 217, inciso II, letra *d:*

> Art. 217.
> (...)
> II – (...)
> (...)
> d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

Na designação, há duas hipóteses ou duas categorias possíveis: a designação formal – Vossa Excelência foi da seção de direito público e deve ter se defrontado com casos dessa hipótese –, aquela feita com os requisitos de declarações escritas, etc., e aquilo que a jurisprudência, tanto dos tribunais como administrativa, reconhece como a chamada "designação tácita". Isto é, é aquela pessoa que, por uma série de atos, é tida pela Administração Pública como designada, a despeito da inexistência de um documento formal de designação. Nos dois casos, tanto na designação formal, como na designação tácita, se reconhece a condição de dependente designado, e ele faz jus à pensão nos termos do art. 215:

> Art. 215. Por morte do servidor, os dependentes [isto é, os dependentes que o sejam *ex vilegis* ou os dependentes que o sejam por designação, não importa; nos dois casos] fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.

Ora, no caso, o que se sucedeu? Concedeu-se a pensão à menor, porque havia um documento formal que reconhecia que ela estava sob a dependência da servidora. Que documento formal foi esse? A sentença do juiz que deferiu a guarda à avó.

Portanto, há um documento público e oficial que, embora não corresponda à noção de designação formal, faz as vezes da designação formal, porque significa o reconhecimento de que aquela menor vivia sob a dependência da servidora. Desse modo, temos que considerar, com o devido respeito, que esta menor era designada tacitamente como dependente. Pela morte da servidora, ela passa a fazer jus a essa pensão até que termine a condição de menoridade nos termos do art. 215. Então, o fundamento legal é que, a meu ver, foi invocado com erro, mas ela tem direito a essa pensão até que complete a maioridade, porque ela era designada tacitamente como dependente da servidora falecida. Então, estou provando que o juiz acolheu o mandado de segurança para assegurar o pagamento da pensão à menor como designada. Noutras palavras: neste caso, aqui, estou aplicando outra norma jurídica para os fatos que estão claros, e os fatos são estes: a guarda foi concedida em 2000 pela sentença, a avó morreu em janeiro/2001 e, em fevereiro, foi concedida a pensão. Portanto, essa pensão não foi uma pensão para guarda, porque na guarda já não havia, mas foi uma pensão concedida por relação de dependência tácita, nos termos do art. 215, c/c o 217.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Relatora reajusta o voto para conceder a ordem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Com o devido respeito, concedo a ordem.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, eu não concedo basicamente pela ausência de provas. Vossa Excelência está dizendo que devo reajustar. Eu não reajusto porque não acho que o mandado de segurança tenha prova para isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência alterou o fundamento e mantém a conclusão. Eu entendo que a designação não é judicial, é administrativa. Ao passo que a guarda é judicial. Mas, se for para atingir o objetivo que é o de amparar a criança, concordo em mudar o fundamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Na verdade, nem precisava fazer uma designação de dependente, porque a sentença já o fazia.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ao tempo da morte, era dependente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pela sentença ela estava designada como dependente. Noutras palavras: se a Administração Pública fica obrigada a pagar pensão, se há uma designação voluntária do servidor, se ela fizesse a designação, a Administração tinha de pagar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Tinha. Não teria nem o que discutir.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por mera designação voluntária.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mera designação. Quanto mais que aqui foi judicial.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: No caso, aqui, nem voluntária foi; o juízo que determinou que ela ficasse sob condição de dependência.

Assim, parece-me que realmente atende aí aos objetivos, sobretudo por ter sete anos de idade.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não me oponho à mudança de fundamentos, contanto que o resultado seja amparar a criança.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Peço desculpas pelo equívoco em que me pus de início, mas é um caso que atende até ao requisito de justiça dessa menor.

Com o devido respeito à eminente Relatora, proponho conceder a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, a Relatora reajusta o voto?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Acho que não é o caso. Como eu disse, a minha questão ficou muito por conta de saber que eu não vislumbro direito líquido e certo porque não tenho provas dessas condições todas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas o juízo é que determinou, que reconheceu.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Era dependente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não acho que realmente haja direito líquido e certo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministra, se ela tivesse feito a designação formal, por escrito, teria direito, sem discussão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Independente de estar sob a guarda dela.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): E podendo fazê-lo por simples declaração, não o fez. Recebeu guarda temporária, por cinco anos.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Mas isso vale por designação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É como se fosse uma designação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Até por designação haveria o direito à pensão aos vinte e um anos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se fosse designação formal, voluntária, se ela fizesse uma mera declaração designando como dependente, a administração teria de pagar.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Há requisitos a serem seguidos para essa designação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas os requisitos do caso Vossa Excelência pode observar que estão todos presentes: relação de parentesco – neto –, a relação de dependência claríssima, pressuposta no deferimento da guarda, que, por sua vez, estava baseada no reconhecimento do fato de que os pais não tinham condição de fazê-lo. O que mais precisa para designação?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, também entendo que é extremamente engenhosa a saída dada pelo eminente Ministro Peluso, e, assim, compreendo que a pensão não decorre de morte, nem de guarda, mas por designação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, da morte.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Da morte, mas, enfim, há uma designação do juiz no sentido de entender que há uma dependência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aí cita o art. 215 da Lei.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas, não obstante essa engenhosidade, realmente essa criatividade que me parece extremamente positiva na busca de fazer justiça ao caso concreto, eu...

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas não é o problema de fazer justiça ao caso concreto, é o art. 215 (Lei 8.112/1990):

> Os dependentes do servidor fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da remuneração ou provento daquele, a partir da data do óbito do servidor.

Por morte do servidor, os dependentes – aqueles que o sejam por força direta da lei ou os que o sejam por designação – "fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente" (...) "a partir da data do óbito (...)."

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vou pedir vênia a Vossa Excelência e acompanhar a eminente Relatora, porque se trata de um mandado de segurança.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Peço vênia ao eminente Ministro Eros Grau para antecipar o meu voto, que coincide com o voto ainda não proferido pelo Ministro Peluso.

O problema do ato administrativo da concessão da pensão ter sido posterior à morte me parece óbvio, senão é como – e quanta gente vive essa situação – ver discutido a sua sucessão enquanto vivo. É óbvio que a portaria de concessão de pensão por morte é posterior à morte, é um ato declaratório de um direito que surgiu com a morte. O que perguntei é se a morte da servidora foi posterior à concessão da guarda.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Dois meses após.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Exato, isso é um fato!

Agora, Ministro do Supremo, a não ser em situações muito especiais, não discute herança de pessoa viva nem pensão de servidor vivo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Pertence, não há pensão estatutária nem previdenciária, senão *mortis causa*.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): É óbvio que a portaria de deferimento da pensão tinha de ser posterior à morte, afinal de contas se trata de pensão por morte.

O Sr. Ministro Eros Grau: Isso é óbvio, Ministro.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Exato! É o óbvio e eu não sei por que estamos discutindo. Vossa Excelência insiste em que a portaria que deferiu pensão à menor por morte da sua avó, servidora, foi posterior à morte.

O que perguntei foi a relação cronológica entre a sentença de guarda e a morte.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Nelson Rodrigues disse que passou a vida inteira procurando mostrar o óbvio. Se ele tivesse algum merecimento para entrar no céu, seria esse: esse é o óbvio que precisa ser demonstrado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quem?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Exatamente, é pensão por morte.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inclusive Vossa Excelência!

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: *Data venia*.

Nomeação para sucessão na aposentadoria, antes da aposentadoria, é que é contra o óbvio.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, eu proponho a concessão da liminar para que a criança não se prive desse sustento enquanto o julgamento não é concluído.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Está suspensa, Ministra Relatora?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, Vossa Excelência indeferiu a liminar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Então está suspensa. Vamos conceder a liminar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Endosso a proposta do Ministro Carlos Ayres Britto.

Estamos a discutir alimentos, estamos a discutir subsistência. Ante o pedido de vista, cabe implementar a providência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Quanto à liminar, apesar de ter sido o ato da Ministra, mas, como sou Relatora agora...

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Concede a liminar até que o Ministro Eros Grau traga e o Tribunal conclua o julgamento.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vou pedir vênia para, além de conceder a liminar, antecipar o meu voto.

Para mim, está claríssima a informação do ato do Diretor-Geral: Em 19-2-2001, foi deferida pensão temporária com fundamento no art. 217, II, *b*, para Luísa de Barros, menor sob a guarda da ex-servidora Sônia Maria de Carvalho Barros, falecida em 2-2-2001. Ocorre que, segundo consta dos autos, o juiz deferiu a guarda provisória para a menor pelo prazo de cinco anos, a contar de 22-10-2000.

Portanto, a guarda foi deferida em 2000; a pensão concedida em 19-2-2001, um ano depois; e a avó já havia falecido no dia 2-2-2001; ou seja, dezessete dias depois da morte. Logo, o que está, a meu ver, equivocado é a invocação do fundamento legal, que não é a do art. 217, *b*, mas é a letra *c*, que diz respeito aos designados.

O caso é pensão por morte e, nos termos do art. 217, II, *c*, c/c o art. 215, a meu ver, é devida porque se trata de designação de dependência e designação por força de uma sentença judicial.

De modo que, com o devido respeito, concedo a segurança, para assegurar à menor, sem interrupção, esta pensão até que complete a maioridade.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu também, Excelência, vou conceder a segurança, com todas as vênias. Agora, invoco como fundamento o art. 217, II, *b*, da Lei 8.112.

Concedo a ordem.

EXTRATO DA ATA

MS 25.823/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Impetrante: Luiza de Barros Gomes, representada por sua mãe, Anna Christina de Barros Couto (Advogados: Marcio Cruz Nunes de Carvalho e outros). Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Decisão: Após os votos da Ministra Cármen Lúcia (Relatora) e do Ministro Ricardo Lewandowski, denegando a segurança, e dos votos dos Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, concedendo-a, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau. Em seguida, o Tribunal deliberou, por unanimidade, deferir liminar que assegure a continuidade dos pagamentos até a conclusão desse julgamento. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Presidência da Ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 29 de junho de 2007 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: A sessão do dia 29-6-2007 ensejou aceso debate a propósito do caráter jurídico do benefício concedido à impetrante.

2. A análise da cronologia dos fatos e do conteúdo dos atos administrativos editados pelo Supremo, à luz dos preceitos legais aplicáveis ao caso, extirpa dúvidas.

3. A menor nasceu em 30-3-2000 (fl. 19). O Juiz de Direito da Segunda Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília deferiu a guarda provisória à servidora Sônia Maria de Carvalho Barros, sua avó, em 22-10-2000. O magistrado anotou no termo de compromisso o caráter provisório da medida, que tinha prazo determinado de cinco anos, expirando em 22-10-2005.

4. A servidora faleceu em 2-2-2001. O formulário que instrumentou a solicitação de pensão, apresentado à Secretaria de Recursos Humanos do Tribunal, data de 9-2-2001. Indica-se, no campo "grau de parentesco", "menor sob guarda" (fl. 16).

5. A Portaria 9, de 19 de fevereiro de 2001, concedeu o benefício, "com fundamento no § 2º do art. 216, alínea *b* do inciso II do art. 217 e § 3º do art. 218 da Lei 8.112/1990" (fl. 29). Mais de quatro anos após a concessão do benefício, sobreveio o ato coator, a Portaria 163/2005, que cancelou o benefício previdenciário em razão do decurso de prazo da guarda provisória deferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família do Distrito Federal e Territórios.

6. A pensão prevista na Lei 8.112/1990 consubstancia benefício mensal pago, em razão da morte do servidor, aos dependentes que a ele façam jus. O texto legal distingue duas espécies: a pensão vitalícia e a temporária (art. 216, *caput*), a última extinguindo-se apenas "por motivo de morte, cessação de invalidez ou maioridade do beneficiário" (art. 216, § 2º). As hipóteses de pensão da Lei 8.112/1990 decorrem, à luz do que dispõe o preceito do art. 215, do evento *morte*.

7. No que tange à pensão temporária, são beneficiários (art. 217, II, da Lei 8.112/1990):

> a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;
>
> b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;
>
> c) o irmão órfão, até 21 (vinte e um) anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependência econômica do servidor;
>
> d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

8. Não se deve confundir a pensão por morte decorrente de relação estatutária com aquela prevista no Regime Geral de Previdência Social, Lei 8.213/1991. Nesse regime a reforma promovida pela Lei 9.528/1997 excluiu a equiparação do menor sob guarda judicial aos dependentes do segurado (art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991). Não houve alteração, no entanto, quanto aos menores sob guarda no regime previdenciário dos servidores públicos da União.

9. Nenhum dos regimes faz menção ao caráter da guarda, se definitiva ou provisória. Não cabe a esta Corte fazer essa distinção, perquirindo as razões pelas quais deferida a guarda. A questão não diz com o direito de família ou com o estatuto da criança e do adolescente, mas com o direito previdenciário dos servidores públicos, única e exclusivamente.

10. Os requisitos para a concessão do benefício da pensão previdenciária são aferidos objetivamente, no momento da morte do servidor, nos termos da lei vigente naquela data. Nesse sentido o voto vencido dos Ministros *Cezar Peluso* e *Marco Aurélio* nos autos do MS 25.409, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 15-3-2007.

11. Naquele julgamento, o Tribunal entendeu, não obstante, que há plausibilidade na tese que exige "a comprovação da dependência econômica para recebimento da pensão temporária prevista na letra *b* do inciso II do art. 217 da Lei 8.112/1990" pelo Tribunal de Contas da União quando do exame da legalidade da concessão do benefício. (MS 25.409, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 15-3-2007).

12. A Ministra Relatora esclarece, no presente caso, que a discussão deve ater-se ao fato de que a guarda era provisória, daí porque a edição do ato coator para extinguir o pagamento da pensão. Leio no registro dos debates da sessão de 29-6-2007, "[f]indo o termo fixado pelo juiz, *se* a avó comprovasse que não se passou o poder familiar para ela, *se* os pais já tivessem condições, portanto, ela deixaria de ser dependente; *se* não tivesse, a situação *seria* outra" (grifei). Com fundamento nessas conjecturas, afirma que o mandado de segurança não seria a via adequada para discussão da pensão.

13. Discordo desse entendimento, com as vênias de estilo. Justamente por se tratar de situações hipotéticas é que o ato coator não possui substrato. Não vejo como fazer-se prova de conjecturas.

Concedo a ordem para anular a Portaria 163/2005, da Presidência do Supremo Tribunal Federal, acompanhando os Ministros *Sepúlveda Pertence*, *Cezar Peluso* e *Carlos Britto.*

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, segundo o art. 227 da Carta da República:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O pronunciamento do Supremo, como guarda maior da Constituição, não pode implicar o afastamento desse preceito-princípio.

Situação concreta: a guarda provisória da menor – reconheço que seria uma guarda provisória – foi alcançada pela avó em dezembro de 2000, já que os pais não tinham condições de mantê-la. A guarda foi alcançada mediante crivo judiciário, mediante decisão da 2ª Vara de Família do Distrito Federal. Realmente se assentou o prazo de cinco anos para essa guarda.

O que ocorreu, então? Em 2001, ainda não exaurido o prazo de cinco anos – portanto a guarda não retornou aos genitores –, faleceu a avó, servidora desta Corte. Então, implementou-se a satisfação da pensão, mas comunicou-se à genitora – já que, com a morte da avó, os pais passaram a ter condições financeiras para assumir a guarda da menor – que, exaurido o período de cinco anos da guarda anterior, cessaria a satisfação da parcela.

Ora, no caso, cumpre perquirir se, quando da morte da servidora, a menor era dependente dela, servidora. A Lei 8.112/1990 é categórica ao revelar que, por morte do servidor, os dependentes têm jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração. O art. 215 é explícito a esse respeito. Mais ainda: o art. 217 revela, no inciso II, alínea *b*, que entre os beneficiários da pensão está "o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade".

Cumpre saber se, à época do falecimento, estava ou não a beneficiária da pensão submetida à guarda da servidora. A resposta é desenganadamente positiva. Não vejo como deixar de conceder esta ordem, reconhecendo que o setor administrativo do Supremo também erra.

Acompanho, assim, a divergência daqueles que entenderam haver o direito à continuidade do recebimento da pensão até que a beneficiária alcance os vinte e um anos de idade.

EXTRATO DA ATA

MS 25.823/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Relator para o acórdão: Ministro Carlos Britto. Impetrante: Luiza de Barros Gomes, representada por sua mãe, Anna Christina de Barros Couto (Advogados: Marcio Cruz Nunes de Carvalho e Walter José Faiad de Moura). Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, concedeu o mandado de segurança, vencidos a Ministra Cármen Lúcia (Relatora) e o Ministro Ricardo Lewandowski. Lavrará o acórdão o Ministro Carlos Britto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Celso de Mello, Ellen Gracie e Menezes Direito. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), com voto na assentada anterior.

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 25 de junho de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MANDADO DE SEGURANÇA 27.613 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Impetrante: Acir Marcos Gurgacz — Impetrada: Mesa do Senado Federal — Litisconsortes passivos: Expedito Gonçalves Ferreira Júnior, Elcide Alberto Lanzarin e Jabis Emerick Dutra

Mandado de segurança. Cassação de diploma de senador com fundamento no art. 41-A da Lei 9.504/1997. Recusa do Senado Federal em dar cumprimento à decisão da Justiça Eleitoral. Inadmissibilidade. Segurança concedida.

I – Cassado o mandato do parlamentar com fundamento no art. 41-A da Lei 9.504/1997, deve a decisão ser cumprida de imediato, salvo se atribuído efeito suspensivo a eventual recurso.

II – Comunicada a decisão à Mesa do Senado Federal, cabe a esta declarar a perda do mandato do parlamentar cassado, dando posse ao substituto legal.

III – Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, conceder a segurança para determinar à Mesa do Senado Federal que cumpra imediatamente a decisão da Justiça Eleitoral, dando posse ao impetrante Aci Marcos Gurgacz, na vaga do Senador Expedito Gonçalves Ferreira Júnior, cujo registro foi cassado pela Justiça Eleitoral, prejudicado o agravo regimental de fls. 267-278, vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferia a segurança. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, licenciado o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Ministro Carlos Britto.

Brasília, 28 de outubro de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Acir Marcos Gurgacz, contra ato tido como ilegal e abusivo, praticado pela Mesa do Senado Federal, que se negou a dar imediato cumprimento ao acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Rondônia nos autos da Representação 3.329.

Narra o impetrante, em síntese, que a Justiça Eleitoral, cassou o diploma de Expedito Gonçalves Ferreira Jr., Senador da República pelo Estado de Rondônia,

bem como dos respectivos suplentes, com fundamento no art. 41-A da Lei 9.504/1997.

Contra tal decisão, o referido Senador interpôs recurso ordinário perante o Tribunal Superior Eleitoral, ao qual não foi atribuído efeito suspensivo, prevalecendo, destarte, a decisão do TRE/RO, que determinou a cassação do diploma expedido ao parlamentar.

Irresignado, o Senador ajuizou a Ação Cautelar 2.729/RO buscando obter efeito suspensivo ao julgado da Corte local até que se julgasse o citado recurso ordinário.

O TSE, porém, indeferiu a cautelar, conforme consta às fls. 39-46.

Tal decisão foi comunicada ao Presidente do Senado Federal, segundo se observa à fl. 35.

A Mesa do Senado, no entanto, decidiu aguardar o trânsito em julgado do processo para declarar a perda do mandato do parlamentar, nos termos da ata de sua 6ª reunião, realizada em 9 de setembro de 2008 (fl. 34).

É contra esse ato que se insurge o impetrante por meio do presente *mandamus*.

Sustenta, em suma, que a decisão da Mesa do Senado viola não só a legislação eleitoral, mais precisamente o art. 41-A da Lei 9.504/1997 e o art. 257 do Código Eleitoral, como também afronta decisões proferidas por esta Suprema Corte em diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Aduz, ainda, que,

> como já exaustivamente exposto, o impetrante teve reconhecido e declarado pela Justiça Eleitoral o seu direito de assumir a vaga de Senador da República pelo Estado de Rondônia que está sendo indevidamente ocupada por Expedito Júnior.
>
> Todavia, esse seu direito vem sendo postergado pelo fato de o Sr. Expedito Júnior, em razão da deliberação atacada neste mandado de segurança, continuar ocupando irregularmente a cadeira que cabe ao impetrante.
>
> Seu prejuízo é manifesto e não tem como ser reparado, pois, por se tratar de mandato com prazo certo (Constituição, art. 46, § 1º), cada dia que permanecer fora do cargo não há como ser reposto.
>
> A demora na prestação jurisdicional implicará, portanto, na ineficácia da medida em relação aos dias que o mandato for exercido por aquele que ocupa indevidamente a cadeira de Senador da República.
>
> Essa circunstância, aliada às razões expostas no curso desta petição inicial, confirma a efetiva presença dos dois pressupostos necessários à concessão de medida liminar.
>
> (Fl. 19.)

Pugna, assim, pelo deferimento da medida liminar, para determinar à Mesa do Senado que cumpra, imediatamente, o decidido pelo TRE/RO, nos autos da Representação 3.329, pugnando, no mérito, pela concessão definitiva da segurança.

Às fls. 260-262 indeferi o pedido de medida liminar. Contra tal decisão o impetrante interpôs o agravo regimental de fls. 267-278, ainda não apreciado.

O Presidente do Congresso Nacional, por meio da Advocacia do Senado, prestou informações e alegou, em resumo, o quanto segue:

> parece-nos temerário que a Mesa do Senado afaste parlamentar empossado em razão de cassação de seu diploma por RE e, por conseguinte, dê posse ao segundo colocado no pleito, diante da possibilidade de que o provimento de recurso contra referida cassação venha torná-la sem efeito, fazendo com que o parlamentar afastado retorne ao exercício do mandato, irremediavelmente prejudicado pelo decurso do tempo de afastamento, e ainda tendo de corrigir in concreto os atos praticados pelo substituto cujo mandato seria tornado sem efeito *ex tunc*.
> (Fl. 286.)

Contestando a pretensão de Acir Marcos Gurgacz, Expedito Gonçalves Ferreira Júnior consigna, em síntese, às fls. 553-574, que o ato impetrado está em conformidade com o quanto decidido na AC 509-MC/AP, Rel. Min. Eros Grau, cuja ementa vai abaixo transcrita:

> *Ação cautelar. Concessão de efeito suspensivo a recurso da competência da Corte. Medida liminar. Deferimento. Presença dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora. Mandato eletivo. Cassação. LC 64/1990. Controvérsia a respeito da exigência do trânsito em julgado para a sua execução. Relevância da matéria*. 1. Medida liminar para conferir efeito suspensivo a recurso da competência do Supremo Tribunal Federal. Não obstante a dicção das Súmulas 635 e 634, subsiste a excepcionalidade prevista no art. 21, IV, do RISTF, que, ante a iminência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, permite ao magistrado o deferimento da pretensão cautelar para manter-se com plena eficácia o *status quo* da lide. 2. Suposta prática de captação de votos, ocorrida entre a data do registro da candidatura até o dia da eleição. Representação eleitoral julgada procedente após a eleição, diplomação e posse do candidato. Mandato eletivo. Cassação. Observância do disposto no art. 15 e nos incisos XIV e XV do art. 22 da LC 64/1990. Plausibilidade da tese jurídica sustentada e viabilidade do recurso extraordinário. Medida liminar deferida e referendada pelo Pleno da Corte.

Diz, ainda, que, como a decisão do TRE/RO baseou-se nos arts. 41-A da Lei 9.504/1997 (para cassar o seu mandato) e 22 da LC 64/1990 (para declarar a sua inelegibilidade), a atribuição de efeito suspensivo ao recurso ordinário seria de rigor, pois,

> enquanto a decisão judicial eleitoral que, com base no art. 41-A da Lei 9.504/1997, cassa o diploma do candidato impugnado, reveste-se de exequibilidade imediata, possuindo, por isso mesmo, o recurso a ela inerente apenas efeito devolutivo – a que declara a inelegibilidade do postulante a mandato eletivo, com fundamento no art. 22 LC 64/1990 (abuso do poder econômico ou do poder de autoridade), tem a execução condicionada ao seu trânsito em julgado, pelo que eventual impugnação recursal a ela possui eficácia suspensiva.
> (Fl. 561.)

Dessa forma, afirma que a concentração em um só processo de ambas as apurações (art. 41-A da Lei 9.504/1997 e art. 22 da LC 64/1990) acabou "por impregnar, cumulativamente, de eficácia devolutiva e suspensiva o único – por incabível mais de um contra a mesma decisão – recurso ordinário" (fl. 570).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da segurança, em parecer assim ementado:

> *Mandado de segurança. Decisão da Justiça Eleitoral que cassou o diploma de Senador da República por prática de captação ilícita de votos. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Declaração da perda do mandato parlamentar pela Mesa do Senado Federal. Ato meramente declaratório. Imediato afastamento do Senador cassado e posse do substituto. Precedentes.*
> (Fl. 578.)

Às fls. 593-596, o impetrante informa que o Tribunal Superior Eleitoral, em sessão de 16-6-2009, desproveu, por unanimidade, o RO 2.098/RO, Rel. Min. Arnaldo Versiani, interposto pelo Senador Expedito Gonçalves Ferreira Júnior.

O litisconsorte passivo peticionou, às fls. 602-622, alegando a perda superveniente do objeto deste *mandamus*, em razão daquele julgado.

É o relatório.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, ficamos sem *quorum* para matéria constitucional. O Ministro Carlos Ayres Britto estava no Plenário, mas se ausentou.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ele não pode participar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Presidente, é matéria fundamentalmente, salvo melhor juízo, de caráter infraconstitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Peço a Vossa Excelência, tendo em conta a responsabilidade da toga, que submeta a matéria à discussão, porque, a meu ver, está em jogo o art. 55, V, da Carta da República. Teremos que adotar entendimento quanto ao alcance desse preceito. O tema é constitucional. E o Regimento prevê explicitamente que, em se tratando de matéria constitucional, o Tribunal só pode deliberar com a presença de oito dos integrantes.

O Ministro Celso de Mello está chegando, fomos salvos, novamente, pelo gongo!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer sorte, penso que a exigência do *quorum* constitucional é para a declaração de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não é o que está no Regimento. O Regimento prevê explicitamente que, em se tratando de matéria constitucional, pouco importa que haja, ou não, a atribuição da pecha de inconstitucional a uma lei, deve-se contar com a presença de oito integrantes. Então, cuidando-se de

tema constitucional, tem de haver, no Plenário – o que não é muito difícil, porque somos onze –, oito integrantes.

Agora, como estamos numa época de flexibilização geral, de abandono a princípios, de perda de parâmetros e de inversão de valores, quem sabe possamos até atuar com número mínimo de integrantes.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, em relação à questão suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, embora ela seja dispensável, eu gostaria de observar: o art. 143, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal fala que "o *quorum* para votação de matéria constitucional e para eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos Membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros". Eu acredito que, já há algum tempo, o Tribunal tem o entendimento, pacífico, no sentido de que aqui se trata de *quorum* para casos em que há necessidade de declaração de inconstitucionalidade.

É verdade que – em alguns casos por questão de política judiciária – o Tribunal tem deixado de julgar determinados temas em razão do baixo *quorum*, entendendo que a matéria é de singular relevância.

Todavia, parece-me que o entendimento assente do Tribunal é o de que o *quorum*, para matéria constitucional, significa a exigência de controle de constitucionalidade (que também tem respaldo no art. 97 da Constituição e nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999) e também se impõe, claro, no que diz respeito à repercussão geral, porque se trata de decisão que acaba por ser dotada de um especial efeito vinculante, tanto o é que nós não temos julgado os recursos extraordinários nos casos em que não há a presença de ao menos oito Ministros na sessão.

Mas, se interpretássemos a regra do parágrafo único do art. 143 do RISTF sem essa distinção, nós talvez chegássemos à conclusão de que a Turma – ou as Turmas –, por exemplo, não poderiam julgar matéria constitucional, porque, vejam, nas Turmas nós só julgamos com cinco Ministros, e às vezes até com três, porque também há nas Turmas a crise do *quorum* baixo.

Então, parece-me que essa é uma interpretação possível. É claro que, muitas vezes, dada a relevância do tema, temos feito essa opção, mas em razão de política judiciária, e não em razão da exigência constitucional, que essa é realmente para declaração de inconstitucionalidade.

Parece-me que essa é a orientação.

Porém, isso não é necessário que se decida agora.

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

Claro que a definição da matéria não se faz relevante para o caso que estamos a apreciar, porque já contamos no Plenário, a esta altura, com oito integrantes. Mesmo assim, creio que precisamos considerar o disposto, realmente, e o

que foi observado até aqui pela Corte – pelo menos é o que me lembro na atuação nesses dezenove anos –, no parágrafo único do art. 143 do Regimento Interno, o *quorum* para votação de matéria constitucional. Tem-se gênero e não espécie. Não é para deliberação no tocante a conflito de ato normativo abstrato autônomo com a Carta da República, e sim para votação de tema constitucional e para eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura, do Tribunal Superior Eleitoral.

Dirão que a Turma pode apreciar matéria constitucional com cinco integrantes e até mesmo com três integrantes, desde que observada a reserva de Plenário relativamente à declaração de inconstitucionalidade de lei. Nesse caso, precisamos ter presente que, decidindo a Turma, ainda há possibilidade, no julgamento do recurso extraordinário, de chegar-se ao Plenário, mediante embargos de divergência. Por isso a distinção feita pelo Regimento. Daí não haver, mesmo porque a Turma não é integrada de oito Ministros, regra semelhante à do Plenário quanto ao *quorum* para deliberação pelo órgão fracionado.

Continuarei, Presidente, com a devida vênia daqueles que entendem de forma, a meu ver, restritiva considerado o preceito, a sustentar, que, no Plenário, é exigível a presença de oito integrantes toda vez que, no conflito de interesse em apreciação, esteja envolvida matéria constitucional – gênero.

Compreendo que, na quadra vivida, tendo em conta as ausências, busque-se, a todo custo, a atividade do Tribunal, mas creio que a solução não é essa, não é fragilizar, mitigar, o que preconizado pelo Regimento Interno em termos de deliberação da Corte e que encerra uma certa segurança jurídica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, só um registro: Vossa Excelência não se encontrava presente, e a sessão foi presidida por mim.

Na ADI 3.154, essa matéria foi de certo modo aventada, e o Tribunal – é certo que contra os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto – decidiu exatamente no sentido da tese de Vossa Excelência, de que esse *quorum* especial só é exigido naquelas hipóteses em que a Constituição, ou a lei, exige especificamente *quorum* qualificado para determinado teor de decisão, como, por exemplo, declaração de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Bem, a questão, certamente, vai ser suscitada no momento oportuno, e nós vamos ter a oportunidade de discuti-la, só para que haja esse posicionamento porque, infelizmente, nós temos, como foi dito pelo Ministro Marco Aurélio, vivenciado essa situação de *quorum* abaixo do mínimo.

O ideal é que pudéssemos atuar com o *quorum* máximo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É, e não me vejo compelido a pedir desculpas pela ortodoxia na observância do Regimento Interno.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Inicialmente, registro que a alegação de perda de objeto deste mandado de segurança não merece ser acolhida.

É que não houve a substituição da decisão que fundamenta a causa de pedir da inicial, a qual corresponde à recusa da Mesa do Senado em cumprir a decisão da Justiça Eleitoral. Longe de perder o objeto, na verdade o pedido que consta da exordial viu-se reforçado, na medida em que o Tribunal Superior Eleitoral, em sessão plenária de 16-6-2009, ao apreciar o mérito do RO 2.098/RO, Rel. Min. Arnaldo Versiani, interposto pelo Senador Expedito Gonçalves Ferreira Júnior, negou provimento a ele, por unanimidade, mantendo a cassação de seu diploma.

Mostra-se evidente, pois, que esse fato, diversamente do afirmado, não tem o condão de prejudicar o presente *writ*, não só porque não houve a substituição do título judicial pelo julgamento do recurso ordinário, como também porque o improvimento do citado recurso ordinário não desconstituiu o ato coator sob exame.

Com efeito, o que se discute neste *mandamus* é saber se é lícito ou não à Mesa do Senado descumprir decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Roraima, que determinou a perda do mandato de Senador Expedito Gonçalves Ferreira Júnior. Ou, dito de outra maneira, se a Mesa do Senado poderia ou não aguardar o trânsito em julgado da ação, para dar cumprimento ao julgado.

Entendo que a resposta é negativa, como passarei a demonstrar.

No caso, como visto, a Justiça Eleitoral, com fundamento no art. 41-A da Lei 9.504/1997, cassou o diploma do Senador Expedito Gonçalves Ferreira Jr., bem como dos respectivos suplentes. O TRE/RO comunicou essa decisão à Mesa do Senado Federal.

Contra a mencionada decisão, o Senador interpôs o RO 2.098/RO, Rel. Min. Arnaldo Versiani, no Tribunal Superior Eleitoral, ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

Inconformado, o Senador ajuizou a Ação Cautelar 2.729/RO no TSE, buscando, mais uma vez, atribuir efeito suspensivo ao citado recurso ordinário.

O Tribunal Superior Eleitoral, todavia, indeferiu a medida cautelar, conforme consta às fls. 39-46, comunicando essa decisão ao Presidente do Senado.

A Mesa do Senado, mesmo após o recebimento das referidas comunicações, decidiu aguardar o trânsito em julgado do processo para declarar a perda do mandato do parlamentar, segundo consta da ata de sua 6ª reunião, realizada em 9 de setembro de 2008 (fl. 34).

Ora, a recusa da Mesa do Senado em cumprir a referida decisão consubstancia afronta ao princípio da separação dos Poderes.

Sim, porque a Constituição Federal, em seu art. 55, dispõe que:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
> (...)
> III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
> IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
> V – **quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição**;
> (...)
> § 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, **a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva**, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
> (Grifei.)

Assim, a atribuição da Mesa da Casa à qual pertence o parlamentar que incorreu nas hipóteses sancionatórias previstas nos incisos III a V do art. 55 da Carta Magna, circunscreve-se a **declarar** a perda do mandato, dando posse, em consequência, àquele que deve ocupar o cargo vago.

E circunscreve-se a **proclamar** a perda do mandato porque o registro do parlamentar já foi cassado pela Justiça Eleitoral e, assim, não pode subsistir o mandato eletivo.

Esta Suprema Corte, permito-me lembrar, decidiu nesse mesmo sentido, no julgamento do MS 25.458/DF, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, em decisão que porta a seguinte ementa:

> *Mandado de segurança. Suplente de deputado federal. Impetração contra omissão da Presidência da Câmara dos Deputados. Cumprimento de decisão da Justiça Eleitoral. Segurança concedida*.
> Rejeitadas, por unanimidade, as preliminares de prejudicialidade, de ilegitimidade passiva, de inépcia da inicial por falta de indicação do litisconsorte passivo e de decadência.
> Eficácia imediata das decisões da Justiça Eleitoral, salvo exceções previstas em lei. **Comunicada a decisão à Presidência da Câmara dos Deputados, cabe a esta dar posse imediata ao suplente do parlamentar que teve seu diploma cassado**.
> Segurança concedida.
> (Grifos meus.)

Registro, por oportuno, que a ampla defesa a que se refere a parte final do § 3º do art. 55 da Constituição Federal, não diz respeito a qualquer procedimento eventualmente instaurado no âmbito de uma das Casas Legislativas do Congresso Nacional, mas apenas àquela assegurada nos processos que tramitam na Justiça Eleitoral.

Não compete, ademais, à Mesa da Casa Legislativa à qual pertença o titular do mandato eletivo cassado, aferir a "justiça" ou "injustiça" das decisões ema-

nadas de pretórios eleitorais, nem estabelecer o momento que lhe pareça mais adequado para dar-lhes cumprimento.

Nessa linha de entendimento, o Ministro Cezar Peluso, no julgamento do mencionado MS 25.458/DF, consignou o seguinte:

> **a referência à ampla defesa, no § 3º, diz respeito às outras hipóteses, não à hipótese de cumprimento de decisão judicial.**
> (...)
> Porque me parece absolutamente incongruente com o exercício e o cumprimento da função jurisdicional submeter o cumprimento dos mandados judiciais a um outro processo para saber se haverá defesa ou não.
> (Grifos meus.)

O ato da Mesa do Senado ou da Câmara que dispõe sobre a perda do mandato do Parlamentar, no caso do inciso V do art. 55 da Constituição, tem natureza meramente declaratória, como deflui linearmente de seu próprio texto.

Essa é também a lição da doutrina, valendo citar, dentre outros, o ensinamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e outros, veiculado em sede acadêmica, abaixo explicitado:

> A perda do mandato deve ser votada pela Casa parlamentar nos casos compreendidos nos incisos I, II (falta de decoro) e VI (sentença criminal transitada em julgado) do art. 55 da CF. Nos casos de extinção do mandato (III – ausência, IV – perda ou suspensão dos direitos políticos, e **V – por decreto da justiça eleitoral**) **há apenas a declaração** do acontecimento pela Mesa.[1]

Destarte, como a decisão da Justiça Eleitoral não se viu dotada de efeito suspensivo, por tratar-se da perda de mandato decretada com base no art. 41-A da Lei 9.504/1997, à Mesa do Senado cabe, simplesmente, cumprir a decisão jurisdicional.

Não merece acolhida, outrossim, o argumento de que à decisão que lhe decretou a perda do mandato deveria ter sido atribuído efeito suspensivo, em razão do decidido na referida AC 509-MC/AP, Rel. Min. Eros Grau, em idêntica situação.

É que esse entendimento, datado de 2-12-2004, foi superado no julgamento da ADI 3.592/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 26-10-2006, no qual se assentou que

> a decisão fundada no art. 41-A da Lei 9.504/1997, que cassa o registro ou o diploma do candidato, **tem eficácia imediata**, não incidindo, na hipótese, o que previsto no art. 15 da LC 64/1990, que exige o trânsito em julgado da decisão para a declaração de inelegibilidade do candidato. Os recursos interpostos contra tais decisões são regidos pela regra geral do art. 257 do Código Eleitoral, segundo a qual os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo. Assim, não há necessidade de que seja

---

[1] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 857.

interposto recurso contra a diplomação ou ação de impugnação de mandato eletivo para o fim de cassar o diploma.
(Grifei.)

Não merece guarida, igualmente, o argumento segundo o qual deveria ter sido conferido efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto pelo Senador, ao argumento de que, no processo que resultou na cassação de seu mandato, bem como daquele pertencente aos respectivos suplentes, foram cumuladas pretensões fundadas tanto no art. 41-A da Lei 9.504/1997 como no art. 22 da LC 64/1990, sendo que a pena cominada neste último tem a execução condicionada ao trânsito em julgado.

É que a natureza das sanções previstas nos referidos dispositivos legais são distintas, ou seja, a baseada no art. 41-A da Lei 9.504/1997 redunda na cassação do mandato, ao passo que a amparada no art. 22 da LC 64/1990 resulta na inelegibilidade do mandatário. A primeira deve ser cumprida de imediato, sob pena de acarretar-se prejuízo de difícil reparação ao substituto legal, enquanto que a segunda admite, por atingir um bem jurídico personalíssimo, que se aguarde o trânsito em julgado da decisão.

Isso posto, **concedo a segurança** para determinar à Mesa do Senado Federal que cumpra imediatamente a decisão da Justiça Eleitoral, dando posse ao impetrante Acir Marcos Gurgacz, na vaga do Senador Expedito Gonçalves Ferreira Jr, cujo registro foi cassado pela Justiça Eleitoral, prejudicado o agravo regimental de fls. 267-278.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, em minha primeira participação no Plenário desta Corte, nesta histórica Sala de Sessões, gostaria de saudar a Vossa Excelência e a todos os nobres Pares e agradecer a receptividade e o carinho com que fui recebido nesta Casa, o que só faz a admiração, que já era grande por Vossas Excelências, aumentar a cada dia.

Cumprimento o Ministério Público, as Senhoras e os Senhores advogados, os servidores desta Casa e à imprensa e a todos que nos acompanham.

Quis o destino, Senhor Presidente, Senhor Relator, que a primeira causa que eu viesse a participar fosse de natureza eleitoral e que o primeiro advogado a ouvir fosse o ilustre ex-Ministro do Tribunal Eleitoral, que lá foi o primeiro Ministro que me recebeu e me atendeu no passado, **Fernando Neves**.

O ponto aqui colocado é, ao meu ver, bastante simples e singelo e está muito bem lançado pelo nobre Relator. É aquele relativo ao art. 55, inciso V, da Constituição Federal. Qual é o alcance que o Senado Federal tem na análise que faz ao receber uma ordem da Justiça Eleitoral? Dar ao parlamentar cassado pela Justiça Eleitoral o direito de ampla defesa. Ao meu sentir, isso foi bem

resolvido no MS 25.458, citado pelo ilustre Relator, do qual colho passagem do Excelentíssimo Ministro **Sepúlveda Pertence**.

Ao se referir ao dispositivo, disse Sua Excelência o Ministro **Sepúlveda Pertence**:

> Ampla defesa que só pode girar em torno da existência da eficácia do decreto da Justiça Eleitoral, nada mais. Não é para dizer se o deputado é inocente ou culpado, como da tribuna se cogitou.

Ora, a eficácia da decisão da Justiça Eleitoral que a Mesa do Senado Federal valorou, e não poderia, no meu entendimento, fazê-lo, ao exigir o trânsito em julgado, já foi tema de decisão desta Suprema Corte exatamente também na ação direta já referida, da qual foi Relator o Excelentíssimo Senhor Presidente **Gilmar Mendes**, ação direta essa proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, quando do julgamento do Caso Capiberibe, a cassação do Senador Capiberibe e da Deputada Janete Capiberibe, ADI 3.592, em que se discutia exatamente o alcance da eficácia do art. 41, *a*, se esta ação era ou não submetida ao art. 22 da LC 64/1990, que exige o trânsito em julgado. E a deliberação do Supremo Tribunal Federal foi exatamente no sentido da sua desnecessidade; a exigência de trânsito em julgado tem eficácia imediata.

Ora, essa questão já foi decidida em ação de controle abstrato com efeitos da declaração de constitucionalidade, no caso mantido o dispositivo do art. 41, *a*, com a sua eficácia imediata. A essa eficácia imediata já estabelecida por esta Corte, em uma decisão que não é legislativa, o Senado Federal negou efeitos.

Nesse sentido está correta, ao meu sentir, a decisão do voto do ilustre Relator no sentido de dar eficácia imediata.

Quanto à preliminar referida pelo nobre advogado, Dr. Adriano, da inexistência de interesse subjetivo do impetrante, direito líquido e certo, basta lembrar que quem propôs a ação que redundou na decisão da Justiça Eleitoral foi o impetrante. Ora, o impetrante é parte nas ações que levaram à cassação o Senador, o litisconsorte passivo. Nesse sentido, é evidente que ele tem interesse de agir, é evidente que tem interesse subjetivo de ver cumprida aquela decisão.

Nesse sentido, também eu, Senhor Presidente, acompanho o nobre Relator e concedo a segurança.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Também eu, Senhor Presidente, tal como bem posto no brilhante voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, a jurisprudência do Supremo já se assentou, embora majoritariamente, porque sei que houve votos vencidos nos precedentes, porém, de toda a sorte, ficou assentado exatamente que haveria eficácia imediata da decisão e, portanto, não caberia a uma das Casas do Congresso negar esse cumprimento, tal como pede o impetrante, razão pela qual eu acompanho o Relator, pelas razões e com os

precedentes citados por ele, na esteira da jurisprudência do Supremo, e concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a questão não se resolve na definição do efeito do recurso interposto – se, no caso, o recurso eleitoral tem efeito simplesmente devolutivo ou se tem também o efeito suspensivo.

Todos sabemos que os recursos eleitorais, tais como os trabalhistas, possuem somente eficácia devolutiva, ao contrário do que ocorre com os recursos em geral – estou aqui a me referir aos ordinários, não extraordinários –, previstos no Código de Processo Civil, em que a regra é o duplo efeito, consubstanciando exceção, principalmente se está em jogo prestação alimentícia, o efeito simplesmente devolutivo.

Na época do pronunciamento do Tribunal Regional Eleitoral, havia uma situação jurídica constituída e protegida pela Carta Federal. Interpreto tanto a LC 64/1990 quanto a Lei 9.504/1997 – e ninguém coloca em dúvida a valia do art. 41-A nela contido – à luz dessa mesma Carta Federal. O litisconsorte passivo, quando julgada a representação, já era Senador da República, já estava diplomado e penso que até já se encontrava no exercício do mandato.

Constatamos, Presidente, no art. 55 da Lei Maior que, por decisão judicial, podem o deputado ou o senador perder o mandato. Não há a menor dúvida sobre a previsão:

> Art.55. Perderá o mandato o deputado ou senador:
> (...)
> V – quando o decretar a Justiça Eleitoral [de uma forma abrangente, a ponto de, por exemplo, uma decisão de um Tribunal Regional Eleitoral fulminar o mandato de um senador, de um deputado federal? Não], nos casos previstos nesta Constituição.

Folheando a Carta Federal, notamos, num dos parágrafos do art. 14, que o mandato eletivo – há o reconhecimento de situação constituída – é passível de impugnação:

> Art. 14 (...)
> (...)
> § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Eis a situação jurídico-constitucional capaz de ensejar a perda do mandato por decisão judiciária.

Há mais.

Qual é a natureza da norma do art. 41-A da Lei 9.504/1997? A meu ver, é substancial e não instrumental. Nesse dispositivo, não existe a regra segundo a

qual, julgada procedente a ação, dá-se a cassação não só do diploma, mas, ainda, ultrapassada a fase de simples diplomação, do mandato que vem sendo exercido pelo parlamentar.

O mencionado art. 41-A remete ao procedimento versado no art. 22 da LC 64/1990, lei de envergadura maior, considerada a Lei 9.504/1997, que é ordinária. Se formos a esse último artigo, vamos ver que, julgada a representação após a eleição daquele que teve a caminhada impugnada, não se estabelece como efeito, nem mesmo presente a representação prevista na lei complementar, a cassação do mandato.

É muito categórica a norma, ao revelar que, se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato, não há a incidência do inciso XIV do art. 22:

> XIV – julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato (...)

O preceito não versa a cassação do mandato porque não existe, até então, situação aperfeiçoada. Vindo à balha essa situação, abre-se margem para a observação, porque há valor maior em jogo, maior do que o simples registro, que é o próprio mandato, e possível exercício desse mandato, do inciso XV:

> XV – se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral [é o caso contemplado de perda do mandato pelo senador ou deputado, conforme o inciso V do art. 55 da Constituição Federal], para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral.

Presidente, se julgada a representação – e a representação foi formalizada a partir não só da LC 64/1990, como também do art. 41-A da Lei 9.504/1997 – após a eleição e, no caso, após a diplomação e o início do exercício do mandato – não conheço as datas –, a decisão, nesse processo revelador da representação, da Justiça Eleitoral não é constitutiva negativa. É declaratória de que a caminhada foi viciada, servindo de base, em termos de prova, à impugnação que deve ser ajuizada no prazo exíguo de quinze dias, tal como previsto no § 10 do art. 14 do Diploma Maior.

Não posso, Presidente, interpretar o art. 41-A a ponto de nortear o alcance da Carta da República, no que voltada a preservar mandato dado ao parlamentar pelo povo. Devo interpretar a lei ordinária e também a complementar à luz da Constituição Federal. Fazendo-o, não tenho como concluir que a decisão do Regional Eleitoral – e talvez a demora na tramitação do processo haja ocasionado essa problemática maior – diga respeito não só ao registro, mas também ao resultado do certame, ao mandato parlamentar do litisconsorte passivo, ficando

o § 10 do art. 14 da Constituição Federal como algo inócuo, no que dispensada a ação de impugnação nele prevista.

Creio, Presidente – com a devida vênia daqueles que entendem de forma diversa, principalmente meus pares –, que a Mesa do Senado não claudicou na arte de proceder ao deixar de afastar, de imediato, o litisconsorte passivo, muito embora o tenha feito por motivação que não é a que acabei de lançar. No caso, pouco importa a inexistência do trânsito em julgado da ação na representação ajuizada, o trânsito em julgado do pronunciamento eleitoral.

Porque a representação – repito – foi julgada após a eleição, a porta ficaria aberta, isso sim, para a ação constitucional de impugnação ao mandato. E é nesse caso em que a decisão da Justiça Eleitoral, na impugnação ao mandato, implica, consoante disposto no inciso V do art. 55 da Constituição, a perda do mandato quer do senador, quer do deputado federal. O sistema consagra, ante fato novo – a eleição –, a almejada segurança jurídica. Sim, o mandato somente é fulminado mediante decisão na ação referida.

Peço vênia para deixar – pelo menos isso – de reconhecer direito líquido e certo – direito vislumbrado à primeira visão – do impetrante, porque não me consta que tenha sido ajuizada ação constitucional de impugnação ao mandato e que exista, no caso, decisão proferida, nessa ação, cassando o mandato de senador que – repito – foi outorgado, foi dado pelo povo.

Indefiro a ordem. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também vou pedir vênia à divergência levada a efeito durante o voto do Ministro Marco Aurélio e acompanhar o voto preciso e consistente do eminente Relator. Já me manifestei, também, nesse sentido, inclusive quando da ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o art. 41-A.

De modo que, com essas brevíssimas considerações, também acompanho o Relator.

EXTRATO DA ATA

MS 27.613/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Impetrante: Acir Marcos Gurgacz (Advogado: Fernando Neves da Silva). Impetrada: Mesa do Senado Federal. Litisconsortes passivos: Expedito Gonçalves Ferreira Júnior (Advogado: Adriano José Borges Silva), Elcide Alberto Lanzarin e Jabis Emerick Dutra.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para determinar à Mesa do Senado Federal que cumpra imediatamente a decisão da Justiça Eleitoral, dando posse ao impetrante Acir Marcos Gurgacz, na vaga do Senador Expedito Gonçalves Ferreira Júnior, cujo registro foi cassado pela

Justiça Eleitoral, prejudicado o agravo regimental de fls. 267-278, vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferia a segurança. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, licenciado o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Ministro Carlos Britto. Falaram, pelo impetrante, o Dr. Fernando Neves da Silva e, pelo litisconsorte passivo, Expedito Gonçalves Ferreira Júnior, o Dr. Adriano José Borges Silva.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 28 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA 27.656 — DF

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Agravante: Juliene Dabila de Araujo Lima da Silva (Representada por seu Tutor e Procurador José Dionizio Cosa da Silva) — Agravado: Presidente da República

Recurso. Agravo regimental. Concessão de liminar em processo de mandado de segurança. Inadmissibilidade. Aplicação da Súmula 622. Superveniência do art. 10, § 1º, da Lei 12.016/2009. Inaplicabilidade a decisão de data anterior ao início de sua vigência. Recurso não conhecido. Embora a lei processual incida de imediato, o regime de recorribilidade é o da lei vigente à data da prolação do ato decisório.

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 recurso de agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 9 de dezembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de agravo regimental contra decisão em que indeferi a liminar no mandado de segurança impetrado por Juliene Dabila de Araújo Lima da Silva, contra ato do Presidente da República que, nos termos do Decreto s/n., de 5-6-2008, criou o Parque Nacional Mapinguari, nos Municípios de Canutama e Lábrea, ambos do Estado do Amazonas. A decisão é do seguinte teor:

> **Decisão: 1**. Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por Juliene Dabila de Araújo Lima da Silva, contra ato do Presidente da República que, nos termos do Decreto s/n., de 5-6-2008, criou o Parque Nacional Mapinguari, nos Municípios de Canutama e Lábrea, ambos do Estado do Amazonas.
>
> Da longa inicial de cinquenta laudas, extraio que os argumentos da impetrante convergem, em síntese, para ilegalidade na instituição da unidade de conservação, pelas seguintes razões: (a) ausência de projeto específico para o Parque Mapinguari e de estudos técnicos adequados; (b) inexistência de consulta pública; (c) ausência de plano de manejo; e (d) inexistência de previsão orçamentária para eventuais desapropriações.

Sustenta que é proprietária de dois imóveis rurais nos limites do Parque e que está na *"iminência de ser desapropriada, arbitrariamente, de suas terras, (...) sem indenização"* (fl. 3), o que reclama a concessão de liminar, para suspensão dos efeitos do Decreto presidencial.

2. Não é caso de liminar.

Neste juízo prévio e sumário, não vislumbro razoabilidade jurídica à pretensão.

Colho das informações prestadas nos MS 27.622 e 27.623, por força dos quais este *writ* foi-me distribuído por prevenção, que a legislação aplicável, em especial a Lei 9.985/2000, parece observada em todos os seus requisitos.

Assim é que há projeto específico e área definida para o Parque Mapinguari, ao qual, inicialmente, havia sido atribuído o nome de Umari. Embora razões de conveniência administrativa, mais precisamente a junção dos Parques contíguos Umari e Coari, tenham determinado tal alteração, os perímetros traçados e discutidos nas consultas públicas foram mantidos.

Os estudos técnicos, que integram o Processo Administrativo 02001. 003552/2006-99, retratam a evolução da destinação da Área de Limitação Administrativa Provisória – ALAP-BR-319, e a eles se integram, além dos trabalhos de pesquisadores renomados, estudos de campo e vistorias, as Notas Técnicas e o Parecer Jurídico do Ministério do Meio Ambiente (fls. 1773/1774, 1975/1976, e 1984/1987), o Aviso do Ministério do Desenvolvimento Agrário (fls. 2030/2031), e a Nota Técnica do Ibama (fls. 1928/1933), esta última ratificada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

No que respeita ao plano de manejo, não é ele exigível neste momento, haja vista que o art. 27, § 3º, da Lei 9.985/2000 prevê prazo de até cinco anos, para sua elaboração, contados da criação da unidade, que, no caso, se deu em junho deste ano de 2008.

Já as consultas públicas foram realizadas no período de 19 a 28 de julho de 2006, nos Municípios de Tapauá, Canutuma, Lábrea, Humaitá, Manaus e Beruri, todos no Amazonas, com avisos previamente publicados no *DOU* e noticiados por diversos meios de comunicação local e regional, presentes representantes de vários Ministérios, de Governos estaduais e municipais, do Ministério Público, de associações civis, organizações não governamentais, e da população local, conforme atestam as matérias jornalísticas, as atas, listas de presença, fotos, *slides*, relatórios de consultas e propostas enviados por diversas entidades, todos juntados.

Tampouco se me afigura existir perigo de dano irreparável à conta de demora na eventual concessão da ordem. É que a implantação do Parque Nacional Mapiguari – assim como a de toda unidade de proteção integral – não se consuma com o simples decreto de criação, e, muito menos, a desapropriação, com a só declaração de utilidade pública das áreas privadas contidas no perímetro. Não custa, aliás, advertir que a criação dessas unidades pode significar tão só limitações administrativas que não impliquem transferência de domínio, nos casos em que não haja esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade. E, como essa poderá ser a hipótese, não há falar em previsão orçamentária para expropriação ainda não efetivada.

3. Do exposto, **indefiro a liminar**.

Colha-se o parecer da Procuradoria-Geral da República.

2. Os agravantes, inconformados, repisam exatamente os mesmos argumentos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Incognoscível o recurso.

É o que reza a **Súmula 622**:

> Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

No mesmo sentido os **MS 27.630; 27.631; 27.633; 27.637; 27.641 e 27.652**, Pleno, **todos de minha relatoria**, *DJ* de 27-2-2009.

Nem se alegue que a superveniência da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que dispõe sobre o mandado de segurança individual e coletivo, teria revogado tacitamente, nos termos dispostos no art. 10, § 1º, a orientação da súmula susorreferida.

É coisa indiscutível que, como qualquer outra, a lei processual incide de imediato, mas não apanha situações jurídico-processuais consolidadas sob o regime da lei velha, sobretudo em matéria de admissibilidade de recurso, a qual é submissa à lei vigente ao tempo da edição da decisão:

> Na esfera dos recursos, parece que realmente essa aplicação imediata não pode significar senão que o novo regime seja aplicável aos casos em que a decisão se tenha tornado recorrível já na vigência da nova lei. Assim, se a lei nova passa a vigorar, tendo sido já prolatada a decisão, ainda em curso prazo para a interposição do recurso, este deve ser interposto no antigo regime. **O recurso segue o regime da lei vigente à época da prolação da decisão. Assim, entendemos que o dia em que a decisão é proferida é o que determina a lei que deve incidir** (...) Há, portanto, identidade cronológica, entre o conhecimento do ato decisório (referindo-se ao primeiro grau) e sua publicidade; é a publicidade que revela o conteúdo do ato sentencial, que é escrito (...) Por isso, parece ressaltar evidente que os efeitos do julgamento (referindo-se aos tribunais) nascem e se exaurem no momento em que se realiza e termina o julgamento. O que se segue, como se disse, é mera e estrita documentação (...) **Transpondo-se este raciocínio para o plano do processo e especificamente dos recursos, pode-se dizer que quem interpôs certo recurso sob determinado procedimento tem a legítima expectativa de vê-lo julgado naquele regime.** Até porque o fato de se ter alterado o regime do recurso pode, por exemplo, fazer desaparecer o interesse de agir para tê-lo interposto (...) **Galeno Lacerda diz expressamente que "os recursos interpostos pela lei antiga e ainda não julgados, deverão sê-lo, consoante as regras desta, embora abolidas ou modificadas" pela nova lei** (*O novo direito processual civil*, p. 69) (...)[1]

Outra não é a lição de **Barbosa Moreira** sobre o tema:

---

[1] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro.* 4. ed. Ampliada de acordo com a Lei 11.187/2005, 2006. SP: RT. p. 617-625. Grifei.

> **O princípio fundamental, na matéria, é o de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que foi publicada a decisão***:* a norma processual superveniente respeita os atos já praticados e os respectivos efeitos já produzidos antes de sua vigência.[2]

É o que convém ao caso. Este agravo regimental, à época de sua interposição (11-11-2008), quando inexistente a nova legislação (de 7-8-2009), era incabível, nos termos da súmula, que ainda se mantinha hígida.

2. Do exposto, **não conheço** do agravo.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, já sustentava antes, e estou no Plenário, da edição de certo verbete, penso ser o de número 622, ser cabível o agravo contra decisão interlocutória, deferindo, ou não, liminar em mandado de segurança. Hoje a lei regedora do mandado de segurança, pedagogicamente, o prevê – art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009.

Peço vênia para ficar vencido.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu já tinha dito que também me filiava à corrente que Vossa Excelência está defendendo em razão da revisão do verbete. Mas, diante da mudança jurisprudencial e da manutenção do verbete, eu me afino então com a posição do Ministro Peluso.

EXTRATO DA ATA

MS 27.656-MC-AgR/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Agravante: Juliene Dabila de Araujo Lima da Silva (Representada por seu Tutor e Procurador José Dionizio Cosa da Silva) (Advogado: Jurandir Grossmann Anastácio). Agravado: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu do recurso do agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. 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, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 9 de dezembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

[2] *Comentários ao Código de Processo Civil.* 13. ed. RJ: Forense, 2006. v. V, p. 590. Grifei.

MANDADO DE SEGURANÇA 27.708 — BA

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Impetrante: Estado da Bahia — Impetrado: Relator do Procedimento de Controle Administrativo n. 200810000013000 do Conselho Nacional de Justiça — Litisconsortes passivos: Lívia Dannemann Goés de Araújo, Helena Borges Cohin Silva e o Espólio de Davina Andrade Muniz de Aragão (ou Davina Andrade Moniz de Aragão)

Conselho Nacional de Justiça – Atribuição – Acordo judicial – Intangibilidade. Detendo o Conselho Nacional de Justiça atribuições simplesmente administrativas, revela-se imprópria declaração a alcançar acordo judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conceder o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 29 de outubro de 2009 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

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

> Ao deferir o pedido de medida acauteladora, à fl. 35, Vossa Excelência assim fixou os parâmetros deste mandado de segurança:
>
> "1. Eis como a Assessoria retratou as balizas desta impetração:
>
> 'Com a inicial de fl. 2 a 24, o Estado da Bahia busca afastar do mundo jurídico o ato formalizado no Procedimento de Controle Administrativo CNJ 200810000013000, do Conselho Nacional de Justiça (fls. 60 a 65), por meio do qual lhe foi determinado o pagamento do Precatório 7173-0/2002, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, caso já satisfeitos os dezessete que o antecediam na ordem. Na decisão, o relator do processo, olvidando as informações prestadas, haveria levado em conta o desmembramento e a alteração cronológica do precatório referido, da 18ª para as 516ª, 518ª e 520ª posições (fls. 34 a 39). A mudança teria ocorrido no âmbito do programa de acordos judiciais para a liquidação dos precatórios do Estado, os quais tiveram êxito em relação a 517 credores (fls. 40 a 49), contando-se com a resistência de três, entre eles as litisconsortes passivas, requerentes do procedimento formulado perante o Conselho Nacional de Justiça.
>
> Alega a nulidade do processo administrativo ante a inobservância do devido processo legal, consideradas a ausência de oitiva do impetrante e a atuação monocrática do relator. A urgência da liminar

apresentar-se-ia em face das cobranças da autoridade apontada como coatora quanto ao pagamento imediato dos precatórios referidos, apesar da pendência dos dezessete primeiros. Alfim, requer o deferimento de medida acauteladora visando a determinar ao Conselho Nacional de Justiça que se abstenha de exigir qualquer providência contra o impetrante até o julgamento do mérito do presente pedido.

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 25 a 88.

(...)'"

A seguir, o Conselho Nacional de Justiça, à fl. 111 à 113, discorre sobre o trâmite do procedimento e junta cópia da decisão questionada.

As litisconsortes passivas, à fl. 121 à 136, alegam a inconstitucionalidade do ato do impetrante, tendo em conta configurar procedimento voltado a saldar débitos da Fazenda Pública à margem das hipóteses previstas no art. 100, § 1º, § 4º e § 6º, da Constituição Federal, o que ofenderia, por consequência, os incisos II e LIV do art. 5º do Diploma Maior. Evocam como precedente da Corte o acórdão da Reclamação 1.979/RN, Relator Ministro Maurício Corrêa, publicado no *Diário da Justiça* de 2 de agosto de 2002.

Afirmam não se oporem aos acordos, mas asseveram não serem obrigadas a aceitar o parcelamento e o deságio de 61,06% dos créditos, acrescendo que a legitimidade dos processos demandaria pacto administrativo direto com o Poder Executivo, sem prejudicá-las com a alteração da ordem de pagamento dos precatórios. Sustentam a legitimidade da intervenção do Conselho Nacional de Justiça, a teor do inciso XX do art. 19 do Regimento Interno do Órgão, porquanto o processo de pagamento de precatórios, conduzido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, possuiria natureza administrativa, não judicial, conforme consignado pelo Supremo no acórdão da ADI 1.098/SP, relatada por Vossa Excelência, publicado no *Diário da Justiça* de 25 de outubro de 1996. Asseguram não ter o ato atacado a finalidade de desconstituir os acordos firmados, mas tão somente a de restabelecer a ordem de precedência de precatórios, com a reinclusão das litisconsortes na posição originária. Ressaltam a inércia do impetrante em recorrer da decisão liminar a afastar a alegada ofensa ao contraditório. Aludem à ausência da plausibilidade do direito do impetrante e ao perigo inverso, tendo em conta a condição de octagenárias. Requerem seja indeferida a ordem.

O Procurador-Geral da República, à fl. 154, opina pela improcedência do pedido, anotando a legitimidade da atuação do Conselho Nacional de Justiça, considerada a natureza administrativa da tramitação de precatórios, conforme entendimento firmado pelo Supremo na ADI 1.098/SP. Diz da competência da autoridade impetrada para atuar na matéria, a teor do § 4º e inciso II do art. 103-B da Constituição Federal, apontado a atribuição do relator do processo administrativo como porta-voz do Colegiado. Acrescenta inexistir determinação para anular os acordos celebrados pelo Estado da Bahia a ensejar a intimação, pelo Conselho Nacional de Justiça, dos credores beneficiados com a quebra da ordem. Consigna tratar-se de questão exclusivamente de direito a prescindir da ampla defesa e alude à possibilidade de interpor-se recurso administrativo à decisão do relator.

À fl. 168, Vossa Excelência indeferiu o pedido, presente a liminar, de reconsideração formulado pelas litisconsortes.

(Fl. 184.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): As litisconsortes passivas ingressaram no Conselho Nacional de Justiça visando à instauração de procedimento de controle administrativo contra ato do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Núcleo Auxiliar de Conciliação de Precatórios. Na peça que se encontra à fl. 26 à 31, fizeram referência ao fato de terem sido convocadas, juntamente com outros credores titulares de parcelas de natureza alimentícia, a comparecer a audiências públicas "com vistas a conciliação a ser realizada mediante abatimento de certos e determinados percentuais, isto para efeito de pagamento". Recusaram-se a subscrever o "termo de conciliação e de compromisso judicial" de fl. 40 a 47, que contou com a participação do Estado, presentes o Governador e o Procurador-Geral, do Presidente do Tribunal de Justiça e do Juiz Auxiliar do Núcleo de Conciliação de Precatórios.

Esse termo mostrou-se abrangente, versando a primeira cláusula deságio consoante o valor do crédito – transação judicial – e a cláusula seguinte a obrigatoriedade de depósito das quantias pactuadas. O documento contém planilha discriminando credores e créditos conforme importâncias devidas bem como dados sobre honorários de sucumbência, afastamento de ressalvas no tocante a valores satisfeitos, despesas processuais, renúncia a sequestros, disciplina de aportes trimestrais de valores, datas de levantamentos, extinção de execuções originárias dos precatórios envolvidos, previsão quanto à habilitação de sucessores, convocação de credores ausentes para, querendo, aderir ao acordo.

O retrospecto do conteúdo do denominado "termo de conciliação e de compromisso judicial" objetiva estampar que o Conselho Nacional de Justiça não se defrontou com questão estritamente administrativa. Mesmo assim, o Órgão refutou articulação do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia de tratar-se, na espécie, de acordo judicial, vindo, a partir de interpretação emprestada ao art. 100 da Constituição Federal, a determinar, uma vez pagos certos precatórios, a satisfação, no valor integral, do precatório concernente às litisconsortes passivas – o 7173-0/2002 (fls. 60 a 67).

De início, em face de ato formalizado envolvendo Estado e credores, o Conselho Nacional de Justiça acabou por atuar sem a audição prévia dos interessados, modificando a estrutura do que ajustado. Por isso o Estado da Bahia articulou o comprometimento do acordo – a abranger a si próprio e 517 credores – sem que tivesse sido ouvido, fazendo-o quando já decidida a espécie e ciente do alcance da glosa implementada pelo órgão administrativo que é o Conselho (fls. 68 a 87). Conforme pronunciamentos do Tribunal, existente situação constituída, o desfazimento pressupõe a manifestação dos interessados e isso não ocorreu no caso, procedendo, assim, a primeira causa de pedir desta impetração.

Da mesma forma subsiste o que articulado sob o ângulo da atuação individual do conselheiro subscritor da decisão atacada. Ao deferir a liminar neste mandado de segurança, consignei fazer-se a atribuição do Conselho Nacional

de Justiça, de natureza constitucional, considerado o Colegiado e não a atuação individual deste ou daquele conselheiro. Daí o Regimento Interno do citado Conselho, em versão atualizada em 14 de novembro de 2008, anterior, portanto, à de 3 de março de 2009, não conferir ao Relator o julgamento de pedido formulado, revelando incumbir-lhe "proceder a instrução do processo, realizar atos ou diligências tidas por necessárias, inclusive pelo Plenário, bem como delegar competência a magistrado para colher provas" e "manifestar-se sobre as prescrições, decadências e intempestividades dos feitos que lhe forem distribuídos, mesmo assim para decisão do Plenário – respectivamente, incisos VIII e XI do art. 45. Somente lhe cabe, no campo individual, o arquivamento liminar do processo quando a matéria for flagrantemente estranha às finalidades do Conselho – inciso X do referido artigo – e determinar medidas urgentes *ad referendum* do Plenário – inciso XI. Ora, no caso, competia ao Colegiado enfrentar o que versado no processo administrativo em curso.

O tema de maior importância, que acaba por prejudicar tais vícios do processo administrativo, diz respeito à circunstância de o conselheiro haver atuado mediante ingresso no campo judicial e, digo mesmo, jurisdicional. Dúvidas não há sobre o preceito constitucional atinente à natureza do Conselho Nacional de Justiça. Apesar da impropriedade normativa do art. 92 da Carta da República, revelando-o órgão do Poder Judiciário junto aos tribunais, que, esses sim, compõem o citado Poder, nota-se a disposição expressa de competir ao Conselho "o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, seguindo-se enumeração de áreas e práticas que são afinadas com a atividade administrativa inicialmente prevista – art. 103-B, § 4º.

Mesmo assim, o conselheiro alterou termo de conciliação e de compromisso judicial abrangente que extravasou, em muito, os limites simplesmente administrativos, porquanto envolveu aspectos substanciais de execuções contra a Fazenda Pública, como anteriormente consignado. Descabia a atuação, sob pena de mesclagem indevida, de abrir-se margem a que se faça alargado o que previsto, com envergadura maior e de forma limitada, em termos de atribuição do Conselho Nacional de Justiça, pela Constituição Federal.

Concedo a ordem, assentando a impropriedade da atuação e declarando insubsistente o que decidido no procedimento administrativo instaurado, para determinar o arquivamento do aludido processo sem apreciação do mérito. É o voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, o pano de fundo é único: uma execução plúrima quanto à Fazenda, considerado o Estado da Bahia. Pelo que sustentado da tribuna – não está em jogo o mérito da questão, ou seja, a existência ou não, da preterição –, haveria campo para o sequestro, caso positiva a conclusão, caso configurada a preterição.

Examinarei o mandado de segurança tendo em conta as balizas objetivas desse mesmo mandado de segurança.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, também concedo a ordem nos termos do voto proferido pelo eminente Relator.

Ficou claro que houve invasão de relação jurídica já formatada; portanto, situação que não era da competência do Conselho Nacional de Justiça, muito menos através de uma atuação individual, de um único conselheiro. Assim, em virtude de atingir terceiros que sequer foram chamados ao processo administrativo, no Conselho Nacional de Justiça, entendo presentes as condições para conceder a segurança, não sem antes parabenizar a sustentação oral apresentada pela ilustre advogada que veio à tribuna, mas, como disse o eminente Relator, os pontos que estão colocados no mandado de segurança são outros. E essas questões colocadas da tribuna poderão ser objeto de análise da maneira adequada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência me permite? A não ser assim, em todo e qualquer caso de satisfação de precatório com preterição, atendendo-se credores mais antigos, abrir-se-á a porta para correção perante o Conselho, deixando o tema, quanto às consequências, de ser jurisdicional propriamente dito.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Também, Senhor Presidente, chamo apenas a atenção, tal como fez o Ministro Marco Aurélio no seu voto, de que a gravidade da situação, que eventualmente tenha acometido direitos, nenhum de nós desconhece, apenas não é objeto do mandado de segurança.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não examinei esse aspecto, porque não é objeto do mandado de segurança. Se configurada a preterição, a Carta dita a solução.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E mesmo ainda que aqui se estivesse diante de um caso, porque o impetrante é o Estado da Bahia, portanto, a atuação do próprio Estado, há outros caminhos, há outras vias que elas mesmas, como titulares de direito, se fosse preterido, teriam inclusive ido ao próprio Judiciário; não ao Conselho Nacional de Justiça, que não exerce atividade judicial, como disse Vossa Excelência muito bem, nem jurisdicional. Não diz o direito no caso concreto, menos ainda dizendo sobre algo que foi dito pelo próprio Poder Judiciário. Quer dizer, é um órgão administrativo desdizendo o Poder Judiciário, o que aí, realmente, a meu ver, tal como muito bem posto pelo Ministro Marco Aurélio, faz configurar plenamente um direito que tem liquidez e certeza em face da autonomia de que se dota aquela entidade.

Razão pela qual, Senhor Presidente, acompanho o Relator em todos os termos do seu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, com todas as vênias, com ressalva de alguns fundamentos lançados pelo eminente Relator, acompanho Sua Excelência.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Relator e aos Colegas que o acompanharam para, no caso, indeferir a ordem.

O procedimento, atribuído às presidências de tribunal, de classificação de precatórios é, segundo entendo, um procedimento meramente administrativo, não jurisdicional. Portanto estaria, sob esta ótica, dentro das atribuições do Conselho Nacional de Justiça apreciar o pedido que foi encaminhado pelas senhoras prejudicadas e tomar as providências devidas.

Creio que salta aos olhos de todos nós que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, efetivamente, cometeu um equívoco gravíssimo ao alterar a ordem de precedência após uma mera repartição dos créditos entre as três postulantes.

Portanto, com vênia dos Colegas que pensam de maneira diversa, estou indeferindo a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Realmente, além das preocupações do eminente Relator quanto à atuação do Conselho Nacional de Justiça em relação ao cumprimento de precatórios, de que se tornar como regra vai criar problemas graves, parece-me que, em primeiro lugar, os fatos são controvertidos, porque, segundo a informação que consta dos autos, aqui, do Tribunal de Justiça: "não desejando participar, como parece o caso da requerente, continuaram a figurar na lista, na posição em que se encontravam, aguardando oportunidade de pagamento".

Um pouco mais adiante: "Não houve violação da quebra", enfim, da ordem, tornou-se a afirmar, e, se a tivesse havido, bastaria o deferimento de pedido de sequestro. Mais do que isso, como notou o eminente Relator, o ato do Conselho, na verdade, interferiu – por suas consequências, se a hipótese fosse outra – em negócio jurídico celebrado judicialmente.

Na verdade, houve interferência direta no ato em relação a pessoas que não foram chamadas a se manifestar, inclusive na esfera administrativa.

De modo que peço vênia para divergir e acompanhar o eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

MS 27.708/BA — Relator: Ministro Marco Aurélio. Impetrante: Estado da Bahia (Advogado: PGE-BA – Roberto Lima Figueiredo). Impetrado: Relator do Procedimento de Controle Administrativo n. 200810000013000 do Conselho Nacional de Justiça. Litisconsortes passivos: Lívia Dannemann Goés de Araújo, Helena Borges Cohin Silva e o Espólio de Davina Andrade Muniz de Aragão (ou Davina Andrade Moniz de Aragão) (Advogados: Pedro Manso Cabral e Wesley Ricardo Bento).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, concedeu o mandado de segurança, vencidos a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Celso de Mello. Votou o Presidente. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Falou pelos litisconsortes passivos a Dra. Raquel Marques Fagundes. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, 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 96.328 — SP

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Fabiano Alves de Sousa — Impetrante: Lucy de Lima — Coator: Relator do HC 117.199 do Superior Tribunal de Justiça

Ação penal. Condenação. Execução. Prisão. Regime disciplinar diferenciado. Sanção disciplinar. Imposição. Repercussão no alcance dos benefícios de execução penal. Indispensabilidade de procedimento administrativo prévio. Não instauração. Violação ao devido processo legal. Ordem concedida de ofício para que a sanção já cumprida não produza efeitos na apreciação de benefícios na execução penal. O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar, e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar prejudicado o pedido e conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Ausentes justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Brasília, 2 de março de 2010 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de *Fabiano Alves de Sousa*, contra o relator do **HC 117.199** no Superior Tribunal de Justiça, Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, que lhe indeferiu a liminar.

O paciente encontrava-se recolhido na Penitenciária de Avaré/SP, em cumprimento de pena privativa de liberdade. Em janeiro de 2008, a Secretaria Estadual de Administração Penitenciária requereu ao juízo de execução a internação de dois custodiados no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), entre eles o paciente, por 360 dias, por integrarem organização criminosa, terem dado causa a rebeliões simultâneas no Estado e representarem alto risco para a segurança e disciplina da unidade prisional (fls. 12-17).

A internação foi cautelarmente deferida, por sessenta dias, ocasião em que se determinou à autoridade administrativa a comprovação dos fatos, por meio de sindicância (fl. 115).

O pedido definitivo, no entanto, foi ulteriormente indeferido pelo juízo de primeiro grau, diante da não comprovação legal das hipóteses justificadoras do RDD. Segundo a decisão, a inexistência de procedimento administrativo – não obstante determinação judicial para a efetivação de sindicância – inviabiliza a sanção disciplinar, sob pena de ofensa ao devido processo legal (fls. 25-29).

O Ministério Público interpôs agravo em execução, sustentando que a defesa se manifestou após a decretação da internação cautelar do sentenciado, bem como foram solicitadas informações à Secretaria de Administração Penitenciária, que as prestou, efetivando-se o contraditório. Alegou, ainda, haver prova documental da participação do sentenciado no desencadeamento de rebeliões simultâneas nas penitenciárias do Estado de São Paulo, nos dias seguintes à sua transferência de unidade prisional, configurando-se as hipóteses previstas pelo art. 52, § 1º e § 2º, da LEP (fls. 34-40).

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao agravo de execução, determinando a imediata internação do ora paciente no RDD (fls. 65-69). O mesmo Tribunal, ao julgar o agravo interposto com relação ao outro custodiado, acolheu as razões da defesa e denegou o pedido ministerial com relação a ele (fls. 50-55).

Contra a decisão, impetrou-se *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça. O Ministro relator denegou a liminar (fls. 63-34), decisão aqui reputada configuradora de constrangimento ilegal, *verbis*:

> 5. Na hipótese vertente, a despeito da argumentação defensiva, tais circunstâncias não restaram evidenciadas de plano. De certo, o benefício alcançado pelo corréu, em uma situação que, em princípio, parece idêntica à dos autos, num primeiro momento conduziria ao raciocínio lógico de que tal benefício deveria ser estendido ao paciente. Entretanto, ao menos neste momento de cognição sumária, não me afigura plausível a concessão da medida emergencial apenas com base num silogismo. É que, não constando dos autos o inteiro teor do acórdão ora impugnado, obviamente não se pode inferir, a partir da argumentação defensiva, tampouco dos fundamentos do acórdão prolatado em relação ao corréu, que as situações sejam realmente idênticas e, daí, muito menos se pode aferir a existência do constrangimento alegado na inicial deste *mandamus.*
>
> 6. Dest'arte, exceto *indefiro*, por agora, o pedido de provimento emergencial postulado, reservando uma análise mais acurada dos autos para quando do exame do mérito da impetração, momento em que, já com a juntada do inteiro teor do acórdão estadual, melhor se poderá dizer a respeito da hipótese dos autos.
>
> (Fls. 63-64.)

Alega, aqui, a defesa que a mesma Câmara julgadora do Tribunal local apreciou fatos idênticos, conferindo a cada um deles solução diametralmente diversa: no caso do paciente, julgou desnecessária a instauração prévia de procedimento administrativo para a medida de internação em RDD, ao passo que, em relação ao suposto cúmplice, reputou nula a internação sem o devido processo administrativo.

Ressalta que os dois sentenciados foram acusados de idêntica participação nos mesmos fatos, não sendo razoável conferir solução diversa aos processos.

Aduz que o art. 59 da LEP exige, expressamente, procedimento prévio de apuração de falta disciplinar, sem o que a aplicação de sanções disciplinares – e entre elas se inclui a internação em RDD – viola os princípios do contraditório e do devido processo legal. Argui que, ademais, a aplicação de soluções diversas a casos idênticos viola o princípio da isonomia.

Requer a anulação do acórdão que determinou a internação do paciente no RDD (fl. 11).

Solicitei informações ao Tribunal de Justiça de São Paulo quanto a eventual similitude entre a situação do paciente e do outro custodiado, com relação aos quais a 14ª Câmara de Direito Criminal proferiu decisões divergentes (fl. 72).

O Tribunal remeteu cópia dos atos impugnados e das folhas de antecedentes dos dois sentenciados (fls. 96-290).

Indeferi a liminar, por ser satisfativa (fl. 292).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do feito, por incidência da **Súmula 691**, e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 296-300).

A impetrante veio aos autos informar a cessação do período de internação do paciente no RDD. Reafirmou, no entanto, o interesse no julgamento do *writ*, uma vez que o registro da falta disciplinar produz efeitos no processo de execução, mormente para a obtenção dos benefícios de progressão de regime (fls. 315-316).

Em consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça na *internet*, verifico que o **HC 117.199** foi julgado em 15 de setembro de 2009, sendo-lhe negado provimento.

O juízo de primeiro grau confirmou a informação de que o paciente já não se encontra custodiado sob o RDD (fl. 323).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Prejudicado o *writ*.

Com o julgamento definitivo do **HC 117.199** pelo Superior Tribunal de Justiça, já não subsiste a decisão liminar contra a qual se insurgiu a impetração.

2. Mas é caso de concessão de *habeas corpus* de ofício.

Cuida-se de saber: (i) se a decisão do Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra a decisão de primeiro grau que negou o pedido de internação do suposto cúmplice, deveria ser estendida ao paciente, na medida em que as situações de ambos eram idênticas; e (ii) se a inclusão de custodiado no Regime Disciplinar Diferenciado

demanda prévia instauração de sindicância ou procedimento administrativo disciplinar, nos moldes do art. 59 da LEP.

Inicialmente, verifico que o paciente já não se encontra em RDD, tendo cumprido integralmente o período máximo previsto em lei (fl. 323). Mas, como bem ressaltou o impetrante, o pedido não está prejudicado (fls. 315-316). A sanção disciplinar repercutirá negativamente em futuros pedidos de progressão de regime, de forma que o eventual reconhecimento de nulidade no procedimento administrativo denotaria constrição ilegal à liberdade de locomoção do paciente.

Passo, pois, à análise do mérito do *habeas corpus*.

3. Sobre a primeira questão, cumpre ressaltar que não se trata de hipótese de incidência do art. 580 do Código de Processo Penal. O caso não é de concurso de agentes em processo criminal – na verdade, as decisões foram proferidas em processos distintos. Não há, pois, falar em extensão processual, ao paciente, dos efeitos da decisão favorável ao outro custodiado.

Isso não afasta, contudo, a evidente afronta ao princípio da igualdade, à vista da adoção de soluções diametralmente opostas para questões que, em tudo, são idênticas.

Segundo o requerimento da Secretaria de Administração Penitenciária, o paciente e o custodiado *Roberto Soriano*, em parceria, "teriam contratado vários delinquentes, que se encontram na sociedade, os quais, fortemente armados, efetuariam o resgate de autoridades vinculadas à Administração Superior desta Pasta e, para a libertação do refém ou reféns, exigiriam a sua liberdade, assim como as de outros doze integrantes líderes de uma das facções criminosas" (fl. 12). De se ressaltar que, conquanto existam dois requerimentos distintos para cada um dos detentos, ambos apresentam idêntica redação (cf. trecho idêntico ao supracitado à fl. 18).

Incontroverso, pois, que **os mesmos fatos** foram imputados aos dois sentenciados. Em ambos os casos a internação cautelar foi deferida, mas o juízo de execução rejeitou o pedido, sob o mesmo fundamento: não verificação de fundados motivos de participação nos fatos narrados, diante da inexistência de procedimento administrativo prévio. O Ministério Público agravou das duas decisões, sob idêntica fundamentação: a defesa pôde manifestar-se após o deferimento da medida cautelar, não havendo falar em ausência de contraditório.

No caso do paciente, o agravo foi acolhido, sob argumento de que as informações prestadas pela autoridade administrativa eram suficientes para comprovar a necessidade da medida, e a participação da defesa demonstrava a inexistência de ilegalidade. Mas, no caso de *Roberto*, acolheu-se a tese de necessidade de instauração de procedimento administrativo, pois, além de já não se justificar a medida de urgência, "deve-se atentar ao direito do sentenciado à ampla defesa e ao contraditório, nos assuntos desta natureza, razão pela qual deve ser mantida a r. decisão agravada de indeferimento" (fl. 55).

É truísmo que, como lembra Celso Antônio **Bandeira de Mello**, "o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas"[1]. E, se é certo que as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, o princípio da igualdade impõe que, nas diversas situações qualificadas, seja possível encontrar algum ou alguns pontos de diferença[2]. Daí, define os critérios de diferenciação a fim de identificar o possível desrespeito à isonomia – o que chama de *fator diferencial*[3].

Ora, como procurei demonstrar, não há nenhum *fator diferencial* que justifique imposição, ao paciente, de tratamento absolutamente diverso do dispensado ao cúmplice. E, ainda que se diga que o tratamento diferenciado não decorreu de nenhuma circunstância pessoal imputável ao paciente, mas apenas da divergência na interpretação do dispositivo legal nos dois julgamentos, valho-me, mais uma vez, da lição de **Bandeira de Mello**: "discriminações que decorram de circunstâncias fortuitas, incidentais, conquanto relacionadas com o tempo ou a época da norma legal, não autorizam a se pretender que a lei almejou desigualar situações e categorias de indivíduos. E se este intento não foi professado inequivocamente pela lei, embora de modo implícito, é intolerável, injurídica e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer"[4].

Não vejo, pois, como considerar válida a decisão do Tribunal local, que, sem apontar *fator diferenciador* algum, estabeleceu soluções opostas em situações idênticas.

4. Ainda que se considere válida, por inerente às limitações do processo judicial, a obtenção de prestações jurisdicionais contraditórias em casos idênticos, é nula a decisão do Tribunal local. É que, a toda evidência, a sujeição de preso provisório ou de condenado ao RDD é sanção disciplinar – como deixa claro o próprio art. 53, V, da LEP – e, assim, sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apurar os fatos imputados ao custodiado.

A internação do paciente foi requerida com base nos § 1º e § 2º do art. 52 da LEP – hipóteses em que se "apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade", e "recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando".

Como salienta **Guilherme de Souza Nucci**, a verificação de tais requisitos é "apurável pela própria administração do presídio, por sindicância interna, ou

---

1 *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 12.

2 Idem, p. 13.

3 Idem, p. 21.

4 Idem, p. 46.

com base em inquérito ou processo já instaurado"[5]. E a instauração de tais procedimentos foi expressa e enfaticamente exigida pelo juízo, no ato em que deferiu o pedido de internação cautelar:

> *Defiro* a internação cautelar do reeducando acima mencionado, por 60 (sessenta) dias, no regime disciplinar diferenciado (RDD).
>
> 1) Comunique-se e providencie-se o necessário.
>
> *2) Oficie-se ao ilustre Secretário Adjunto, requisitando a devida comprovação dos fatos, por meio de sindicância, na qual seja garantida a defesa técnica, em todas as oitivas.*
>
> (Fl. 115, destaques do original.)

A instauração do procedimento foi reputada inviável pela autoridade administrativa, sob argumento de que "não há como documentar informações dessa espécie", colhidas por relatos de presos que correriam risco de vida em virtude de depoimento formal (fls. 121-122).

Ora, como bem ressaltou a decisão de primeiro grau, a instauração necessária de procedimento administrativo não significava colher formalmente depoimentos de presos, mas garantir o pleno exercício da defesa:

> Não se determinou que testemunhas em risco fossem ouvidas. O que se determinou foi a garantia do devido processo legal disciplinar. Em outras palavras, era preciso cientificar o sentenciado quanto às acusações que justificariam a inclusão em regime disciplinar diferenciado, ouvir sua versão, produzir provas (as quais poderiam ser meramente documentais, se o caso) e permitir a apresentação de defesa escrita na esfera administrativa.
>
> (Fl. 151.)

É certo que não se podem olvidar as dificuldades inerentes à instauração de procedimento administrativo em estabelecimentos penitenciários. **Nucci** admite ser difícil "exigir que num presídio, mormente os de grandes proporções, conduza-se uma sindicância para apurar falta grave como se processo fosse, pois seria infindável, complexa e ineficiente, o que é incompatível com sua finalidade". Ressalta, no entanto, a necessidade de se assegurar o contraditório e a ampla defesa, "[o]uvindo-se o sentenciado e propiciando-lhe oportunidade de se explicar"[6]

Como se vê, trata-se de garantir o devido processo legal em sua dimensão material. E, como já afirmei, sua concretização, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), impõe a estrita observância do procedimento tipificado na lei.

O exercício do contraditório deve, assim, permear todo o processo, garantindo sempre, como ônus, a possibilidade de manifestações oportunas e eficazes

---

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 483.

[6] Idem, p. 474-475.

da defesa, desde a de arrazoar e contra-arrazoar recursos, até a de se fazer ouvir no próprio julgamento destes (**HC 87.926**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 25-4-2008).

A imposição de sanção disciplinar, em execução penal, adquire contornos próprios de medida penal. Além de importar sempre agravamento da limitação à liberdade, a falta disciplinar repercute negativamente no alcance dos direitos à remição de pena, progressão de regime e outros benefícios. Não é por outra razão que a LEP optou por jurisdicionalizar o processo de execução penal, trazendo para o seu bojo todas as garantias inerentes ao devido processo.

Assim, não vejo como acolher a tese de que as manifestações do Ministério Público, da defesa e da autoridade administrativa, após o deferimento da internação cautelar, supram a necessidade de procedimento administrativo prévio. Os fatos imputados ao ora paciente, que representaram o agravamento de sua situação, não foram apurados mediante observância estrita dos termos do art. 59 da LEP. Não houve fase de produção de provas, e, principalmente, o apenado não foi ouvido em momento algum.

Cumpre ressaltar que o Plenário da Corte, em julgamento algo recente, teve a oportunidade de repelir, mais uma vez, o critério da *verdade sabida* como fundamento para aplicação de sanções disciplinares administrativas, à vista do art. 5º, LV, da Constituição da República (**ADI 2.120**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 16-10-2008). Os mesmos fundamentos dessa decisão devem aplicados aqui, com maior razão, diante do nítido reflexo da medida impugnada na liberdade de locomoção da pessoa.

5. Ante ao exposto, **julgo prejudicado o pedido**, mas **concedo *habeas corpus* de ofício**, determinando que a sanção disciplinar já cumprida pelo paciente não produza efeitos na eventual apreciação de pedido de progressão de regime ou de outro benefício durante a execução penal.

EXTRATO DA ATA

HC 96.328/SP — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Fabiano Alves de Sousa. Impetrante: Lucy de Lima. Coator: Relator do HC 117.199 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Julgado prejudicado o pedido e concedida a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 2 de março de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 98.067 — RS

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: Roberto José da Silva — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Preso – Saídas temporárias – Crivo. Uma vez observada a forma alusiva à saída temporária – gênero –, manifestando-se os órgãos técnicos, o Ministério Público e o Juízo da Vara de Execuções, as subsequentes mostram-se consectário legal, descabendo a burocratização a ponto de, a cada uma delas, no máximo de três temporárias, ter-se que formalizar novo processo. A primeira decisão, não vindo o preso a cometer falta grave, respalda as saídas posteriores. Interpretação teleológica da ordem jurídica em vigor consentânea com a organicidade do direito e, mais do que isso, com princípio básico da República, a direcionar à preservação da dignidade do homem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 6 de abril de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

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

> O paciente foi condenado à pena de sete anos, nove meses e dez dias de reclusão pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II (roubo, qualificado pela violência ou ameaça com emprego de arma, em concurso de pessoas), do Código Penal. Encontra-se recolhido no Presídio Estadual de São Leopoldo, Estado do Rio Grande do Sul.
>
> O administrador do estabelecimento prisional apresentou pedido de autorização das saídas temporárias ao Juízo da Execução Criminal, destacando o atendimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos nos arts. 122 e 123 da Lei de Execução Penal. O pedido foi acolhido, por se tratar de reeducando primário e de bom comportamento carcerário, tendo cumprido 1/6 da pena.
>
> O Ministério Público estadual interpôs agravo de execução, ao qual o Tribunal de Justiça negou provimento. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial protocolado contra o referido acórdão. Assentou mostrar-se inadmissível a concessão automática de saídas temporárias ao condenado que cumpre pena em regime semiaberto, sem a avaliação do Juízo da Execução e a manifestação do

Ministério Público a respeito da conveniência da medida, sob pena de indevida delegação do exame do pleito à autoridade penitenciária. (Fls. 55 a 58.)

Nesta impetração, a Defensoria Pública da União, insurgindo-se contra essa decisão, sustenta ser direito subjetivo do paciente ver tramitar de modo rápido o processo de execução da pena. Diz da aplicabilidade do princípio constitucional assegurador da celeridade na tramitação dos processos às soluções de requerimentos de concessão de benefícios prisionais, como as saídas temporárias, progressão de regime de cumprimento da pena e livramento condicional, porquanto faz-se em jogo a ressocialização do sentenciado. Informa que, tendo em conta a finalidade das normas versadas na Lei de Execuções Penais – arts. 122 e 123 –, o Juízo da Vara Criminal de São Leopoldo, Estado do Rio Grande do Sul, entendeu necessário emitir ordens de serviços, para orientar, disciplinar e agilizar os pleitos e as decisões relacionadas à concessão de benefício ao encarcerado. Tais ordens de serviços foram aprovadas pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que não vislumbrou, na prática de deferimento das saídas temporárias automatizadas, qualquer violação a preceitos constitucionais nem a disposições da Lei de Execuções Penais. Acentua não excluir o procedimento estabelecido a participação do Ministério Público, ao qual é dado fiscalizar os atos praticados, tanto assim que, no caso em exame, teria apresentado manifestação, não acatada pelo Juízo da Execução Criminal. Sustenta, por isso, o direito do paciente às saídas temporárias, porque cumpridos os requisitos legais e os procedimentos fixados para a apreciação do pleito, não se podendo falar em delegação de função jurisdicional a administrador de presídio. Pede a concessão da ordem, para ver restabelecida a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, consequentemente, o deferimento do direito às saídas temporárias em favor do paciente.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 66 a 69, aduz que o Juízo da Vara das Execuções Penais, ao permitir a automatização das saídas temporárias de detentos, inobservou o disposto nos arts. 6º, inciso IV, 122 e 123 do Lei das Execuções Penais, porquanto afastou a possibilidade de fiscalização, no momento oportuno, pelo Ministério Público, além de ter dado excessivos poderes ao administrador do estabelecimento penal. Segundo afirma, a saída temporária exige decisão judicial e prévia manifestação do Ministério Público, o qual verificará o comportamento do preso, a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena e o regime em que se encontra o apenado. Opina pelo indeferimento da ordem.

Lancei visto no processo em 28 de fevereiro de 2010, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 9 de março, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Observem haver o Superior Tribunal de Justiça atuado em sede extraordinária. Então, tem-se como inafastáveis, para tanto, as premissas do acórdão atacado. Eis o que qualifica o recurso de natureza extraordinária. Além dos pressupostos gerais de recorribilidade, deve a parte sequiosa em ver reformado o que decidido na origem atender a pelo menos um dos específicos, surgindo a necessidade de cotejo, sempre a levar em conta a moldura fática do acórdão impugnado.

Pois bem, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul veio a confirmar ato do Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Leopoldo que, em última análise, retrata, ante caótico quadro penitenciário, a desburocratização na busca de ressocializar-se o preso. O Tribunal assentou que não conflita com a ordem jurídica ter-se, após o exame do perfil do reeducando, a automaticidade nas saídas, sem necessidade de a cada qual acionar-se o Ministério Público e movimentar-se a máquina judiciária.

A Corregedoria do Tribunal de Justiça editou portaria que se mostra harmônica com a racionalização dos trabalhos. Vale dizer, instaurado o processo para saber-se da conveniência de implementar-se saídas temporárias, no máximo de três por mês, a decisão positiva autoriza as futuras, sendo que, vindo o beneficiário a cometer falta grave, cancela-se a autorização. Exigir-se que a cada saída seja instaurado processo para constatar-se o mesmo quadro da anterior é burocratizar, a mais não poder, o trabalho das varas de execuções, potencializando-se a forma pela forma, colocando-se em plano secundário o conteúdo e, mais do que isso, a ordem natural das coisas. Em momento em que o Estado revela preocupação com o sistema carcerário, com o fato de não ser possível atender satisfatoriamente aos ditames constitucionais no que direcionam à preservação da integridade física e moral do preso, falando-se em mutirão para implementar-se direitos dos reeducandos, a reversão verificada, considerados os dois pronunciamentos da Justiça comum do Estado do Rio Grande do Sul – da Vara de Execuções Criminais e do Tribunal de Justiça –, implica retrocesso.

Frise-se novamente: não se trata, na espécie, de placitar saídas sem que haja o processo respectivo, manifestando-se os órgãos técnicos, o Ministério Público e o Juízo da Vara de Execuções. O que ocorre é avaliação satisfatória ao benefício e a tomada de empréstimo desta para as saídas subsequentes. Fico a imaginar o que se terá em termos de colapso, uma vez se venha a exigir, para cada saída do custodiado, um processo a percorrer o rito próprio, multiplicando-se o número pelas três saídas mensais. Concedo a ordem para tornar subsistente o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, como bem destaca o Ministro Relator, se houver qualquer modificação nesse estado, com falta grave ou seja lá o que for, o juiz pode perfeitamente determinar que se reveja a situação. Isso não é eterno, apenas não pode ser tão precário, como salienta o Ministro Relator.

Eu o acompanho.

EXTRATO DA ATA

HC 98.067/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Roberto José da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro 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. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 6 de abril de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 98.145 — RJ

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Salvatore Alberto Cacciola — Impetrantes: José Luís Mendes de Oliveira Lima e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. **Constitucional. Processual penal. Peculato e gestão fraudulenta. Ausência de fundamentação idônea a justificar a manutenção da prisão preventiva do paciente. Inocorrência. Prisão preventiva devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Real possibilidade de fuga. Ordem denegada. Progressão de regime. Possibilidade antes do trânsito em julgado. Súmula 716/STF. Observância dos requisitos objetivos. Cumprimento de mais de 1/6 da reprimenda. Art. 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Concessão da ordem de ofício para que juízo competente analise os requisitos subjetivos necessários à obtenção do benefício.**

1. A manutenção da prisão preventiva do paciente, na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, está devidamente fundamentada em fatos concretos que a justificam, em especial diante da real possibilidade de fuga, a qual corrobora, por cautelaridade, a necessidade daquela constrição.

2. ***Habeas corpus*** **denegado.**

3. Paciente condenado à pena de treze anos de reclusão em regime fechado que se encontra preso preventivamente há dois anos e sete meses. Cumprimento de um sexto da reprimenda corporal.

4. Observados a regra do art. 42 do Código Penal, segundo a qual: "Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior"; enunciado da Súmula 716/STF, segundo o qual "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"; e que o delito praticado pelo paciente não se enquadra no rol dos crimes hediondos – Lei 8.072/1990 – ou equiparados, a regra objetiva para a progressão no regime prisional é a do art. 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, o cumprimento de um sexto da pena no regime em que se encontre.

5. Ordem concedida de ofício para que o juiz competente examine a possibilidade da concessão de progressão de regime.

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 indeferir a ordem de *habeas corpus*, mas concedê-la de ofício para que o juiz competente examine a possibilidade de concessão de progressão de regime.

Brasília, 15 de abril de 2010 — Dias Toffoli, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. *Habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pelos advogados *José Luís Mendes de Oliveira Lima*, *Jaqueline Furrier* e *Ana Carolina de Oliveira Piovesana*, em favor de *Salvatore Alberto Cacciola*, "atualmente preso no Presídio Petrolino de Oliveira (Bangu 8)", contra decisão da "3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos da ordem de habeas corpus n. 111.111/DF, que denegou pedido de revogação de prisão cautelar imposta ao paciente, imposta pelo 6º Juízo Federal do Rio de Janeiro e ratificada pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região" (fl. 2).

2. Tem-se, nos autos, que, em 5-6-2000, *a*) o paciente foi denunciado por ter "geri[do] fraudulentamente a instituição financeira *Banco Marka S.A*; inseri[do] elementos inexatos em demonstrativos contábeis dessa instituição, assim como omiti[do] dados exigidos pela legislação nesses demonstrativos; concorr[ido] para o desvio, em benefício próprio e alheio, de dinheiro público praticado por servidores do *Banco Central do Brasil*; e promet[ido] vantagem indevida a servidor público para a prática de ato com infringência do dever funcional, logrando êxito neste intento, vez praticado o pretendido ato, encontrando-se, assim, incurso nas sanções dos arts. 4º, *caput*, e 10, c/c 25, todos da Lei 7.492/1986; arts. 312, c/c 29 e 333, parágrafo único, todos do Código Penal, na forma do concurso matéria e concurso formal, respectivamente" (fl. 115); e *b*) o Ministério Público Federal requereu a prisão preventiva do Paciente (fls. 122-167).

3. Em 6 de junho de 2000, o Juízo da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro recebeu a denúncia e decretou a prisão do paciente e do corréu *Luiz Augusto de Bragança*, desmembrando os autos em relação a estes (fls. 168-176).

4. Em 7 de junho de 2000, o paciente foi preso e apresentado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Caxias do Sul, Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (fl. 178).

5. Em 15 de junho de 2000, o paciente foi interrogado pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (fls. 195-216). Na mesma oportu-

nidade, a defesa requereu a revogação da prisão preventiva (fls. 193-194), que foi indeferida, em 21-6-2000, pelo Juízo de primeira instância (fls. 217-224).

6. *Em 31 de março de 2005, o Juízo da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro condenou o Paciente "a treze anos de reclusão e cento e cinquenta e seis dias-multa" (fl. 917), em regime inicialmente fechado, por infração dos arts. 4º, caput, da Lei 7.492/1986 e 312 do Código Penal (fls. 372-930), sendo concedido o direito de apelar em liberdade aos demais corréus, "à exceção de Salvatore Cacciola, atualmente foragido, eis que persistem as razões para a custódia anteriormente decretada"* (fl. 929).

7. Na sequência, as partes interpuseram recurso de apelação (fls. 932-1264). Em decisão publicada no *DJ* de 15-12-2008, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento aos recursos da defesa e da acusação (fls. 1282-1347), ressaltando, ao final, que o paciente "deve ser mantido no cumprimento da prisão preventiva, por persistirem os fundamentos de sua decretação em especial o da garantia de aplicação da lei penal" (fl. 1347).

Esta a ementa daquele julgado, *verbis*:

> *Penal e processual penal. Favorecimento pelo Bacen aos bancos Marka e Fontecindam. Preliminares rejeitadas. Possibilidade de alegação de risco de crise sistêmica limitada, quer em seu âmbito quer por graves inconsistências, esvaziando tal justificativa. Não caracterização de infração ao art. 10 da Lei 7.492/86, sendo a fraude remetida ao delito do artigo 4º. Configuração de gestão fraudulenta e de peculato, este em coautoria. Penas corretamente fixadas. Apelações da acusação e da defesa desprovidas. Recomendação do réu à prisão.*
>
> – Trata-se de processo desmembrado (em face da saída do réu do país, sendo considerado foragido) e depois novamente remembrado, com apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo réu condenado no caso conhecido como de socorro pelo *Bacen* ao banco *Marka* (e ao *Fontecindam*).
>
> – Rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso da defesa, suscitada pelo *Parquet* federal, em seu parecer – pelo fato de ter sido imposto o recolhimento à prisão do réu, então foragido – quer em face da cristalização do entendimento pelo STJ que veio a editar a Súmula 347/STJ, fundada na prevalência do direito ao exercício da ampla defesa, quer pelo fato de se encontrar atualmente revogado o art. 594 do CPP, pela Lei 11.719/2008.
>
> – Rejeitada a preliminar de incompetência do Juízo singular em que foi invocada a Lei 11.036/2004 –, pelo fato de o réu *Francisco Lopes*, então Diretor de Política Monetária, não ter chegado a ser nomeado Presidente do *Bacen*, chegando a ser indicado e sabatinado e ocupando o cargo apenas em substituição. Matéria definitivamente afastada pelo Plenário do colendo STF, no HC 88.673/RJ, julgado em 31-10-2007 (paciente o mesmo réu, ora apelante, Salvatore Alberto Cacciola).
>
> – Rejeitada a preliminar de incompetência absoluta do juízo acarretando prejuízo à defesa, em face de sua condenação por peculato, crime próprio, havendo réus servidores públicos, enquanto o réu nunca exerceu cargo público – pela aplicação dos arts. 29 e 30 do CP, sendo que as elementares do tipo comunicam-se aos coautores.
>
> – Rejeitada a preliminar de violação à coisa julgada por ter sido reconhecida a não participação do apelante no crime de gestão temerária, por julgamento pelo

Tribunal de Justiça/RJ, da AC 2002.00121164, decisão que teria sido confirmada pelo STJ (REsp 747.149/RJ). Trata-se de processo de natureza cível entre partes diversas das do processo ora em exame, em que, em resumo, não se responsabilizou o banco pelas posições dos investidores, por deverem assumir o risco decorrente das aplicações. Dada a independência das esferas cível e criminal e por serem diversas as partes, não se pode falar em violação a coisa julgada, aliás nem estando comprovado que a aludida decisão já tenha transitado em julgado. Outrossim, a matéria criminal está exclusivamente afeta à Justiça Federal, com fundamento no art. 109, inciso VI, da Constituição Federal bem como no art. 26, da Lei 7.492/1986.

– Rejeitada a preliminar de nulidade do processo por atuação ilícita do Ministério Público Federal realizando investigação paralela, sob a presidência dos mesmos Procuradores que subscreveram a denúncia contra o apelante – sob o argumento de a investigação ser o campo de atuação da Polícia Federal, segundo o art. 144 da CF – tendo em vista o que dispõem o artigo 129, incisos I, VI, VII e VIII da CF/1988, a Lei Complementar 75/1993, no artigo 8º, I a VII, concedendo autonomia investigatória ao MPF. Hipótese em que houve IPL e diversas medidas acautelatórias. O fato que a defesa mais reclama foi mero acompanhamento, pelo procurador ao qual o processo foi distribuído, de diligência deferida pelo Juízo e realizada pela Polícia Federal.

– Rejeitada a preliminar de violação ao princípio do Promotor natural, em face de a notícia-crime relativa aos fatos em tela ter sido distribuída para o Procurador da República *Bruno Caiado de Acioli*, que, em conjunto com outros membros do MPF, oficiaram nas fases inquisitorial e judicial, o que também implicou violação ao princípio do devido processo legal.

– Rejeitada a alegação de cerceamento de defesa – ligada a poucos episódios sendo um deles o prazo exíguo para oferecimento de defesa prévia, no entanto prorrogado em dez dias, da mesma forma que houve posterior ampliação de outros prazos em face da complexidade e quantidade expressiva de volumes e apensos. Outro episódio foi a retirada voluntária da sala de audiências de patrono do acusado recusando-se a participar do sumário de acusação, entendendo ainda não ter findado o prazo para a apresentação da defesa prévia, sendo, então aplicado o parágrafo único do art. 265 do CPP, pelo qual é autorizado ao magistrado a prosseguir no ato processual, além de ter sido nomeada advogada dativa para a defesa do réu, tendo tido tempo considerado suficiente (aproximadamente duas horas) para examinar o processo, optando apenas pela oitiva de uma só testemunha acerca de fato isolado, colhendo-se o depoimento, não sendo demonstrado nenhum prejuízo ao réu nem deficiência na inquirição da testemunha, cujo depoimento, aliás, não significou elemento expressivo dentro do conjunto probatório. Aplicação do princípio de não declaração de nulidade se não comprovado o prejuízo – art. 563, do CPP (*pás de nullité sans grief*).

– Desconsideração dos elementos de informação contidos nas escutas decorrentes de interceptação telefônica, em face de não integrarem a denúncia nem terem sido utilizados como fundamento da sentença, bem como não tendo sido os réus inquiridos a respeito, apesar da licitude da prova, colhida com autorização judicial regularmente renovada. Assim se dá pela prevalência do direito à ampla defesa.

– No mérito, ao analisar o teor do Voto 006/1999 da Diretoria do *Bacen*, correta a magistrada de primeiro grau, em face da discricionariedade administrativa, ao admitir que a justificativa de dever ser evitado o risco de "crise sistêmica", em relação ao Banco *Marka*, em posição vendida apesar da alta cambial, com alavancagem

de cerca de 20 vezes o valor de seu patrimônio líquido, era uma leitura razoável dentro da conjuntura nervosa e instável da ocasião em relação às alterações na política cambial do país.

– Reconhecimento limitado já que não abrange a extensão do "socorro" aos Fundos *Marka Nikko*, em situação de poder suportar os riscos da exposição cambial, além dos contratos de *swap* do *Marka*, bem como com relação ao Banco *Fontecindam*, com seus contratos de opção de compra de dólar e seus Fundos, alguns dos quais plenamente capazes de suportar a necessidade de reversão de posições.

– Ocorrência de um somatório de inconsistências (incluindo declarações inverídicas que tiveram, depois, de ser retratadas) a demonstrarem a não seriedade da invocação de "risco sistêmico", destacando-se: a encomenda pelo *Bacen* à Bolsa de Mercadorias e Futuros de uma carta (que foi antecipada e teve duas versões) em que se diria da necessidade de reversão de posições vendidas para evitar risco sistêmico; a não comunicação dos fatos ao Ministro da Fazenda, apesar de dois encontros dos dirigentes do *Bacen* com ele (almoço no Palácio Alvorada e, depois, jantar durante o qual o Presidente em exercício do *Bacen* era informado, em seu celular, das providências de socorro tomadas) no próprio dia 14-1-1999 (dia do socorro aos bancos) bem como a ida do mesmo Ministro ao *Bacen*, para acompanhar as alterações da conjuntura cambial no dia 15-1-1999; comparecimento pessoal nas dependências do *Bacen* e envio de bilhete suspeito (com expressões comprometedoras) de parte do controlador do *Marka* ao Presidente em exercício do *Bacen*, denotando exercício de pressão, ao passo, para obtenção da ajuda, que bastou um telefonema do Diretor Presidente do Fontecindam (servidor aposentado do *Bacen*, quando e ex-ocupante de funções elevadas no Ministério da Fazenda ao tempo de dois ministros e responsável pela administração dos investimentos da Centrus – Fundação de Seguridade dos Servidores do *Bacen*); alegação de parecer prévio do Departamento Jurídico do *Bacen*, quando as operações de socorro, para os dois bancos e seus fundos foram efetivadas às 20h50 e os procuradores só foram ouvidos (aconselhamento verbal) sobre a situação do Banco *Marka* às 21h30, ambos os horários do dia 14-1-1999, e pela manhã do dia 15-1-1999 quanto à situação do Banco *Fontecindam*; socorro dirigido e limitado apenas aos dois citados bancos, mesmo havendo outros bancos comprometidos na posição vendida (como o Banco *Boavista*), com violação aos princípios constitucionais da impessoalidade, decorrente da isonomia, da moralidade e da publicidade.

– Opção pela Diretoria do *Bacen* de não liquidação de nenhum banco, na oportunidade, apesar de o Banco *Marka* ter iniciado o dia tecnicamente quebrado em face da excessiva exposição cambial no dia 13-1-1999 (em que foi implantada, por *Francisco Lopes*, como novo Presidente em exercício do *Bacen*, a "banda diagonal exógena" com oscilação cambial entre R$ 1,20 e R$ 1,32 para cada dólar americano, influindo para que o mercado se convencesse da alta de cotação do dólar, a par da inviabilidade da manutenção da âncora cambial), fato agravado por ter o controlador providenciado a assunção pelo *Marka* (que já tinha 9.000 contratos em posição vendida, ao valor unitário de 100.000 dólares, na BM&F) dos 2.300 contratos do Fundo *Stock Máxima*, na mesma BM&F, com aumento em 25% sua exposição cambial, acabando por inviabilizar a situação do Banco e agravando a situação de seus acionistas, vindo a se saber, depois, que o beneficiário de tal jogada e titular do investimento era o próprio *Cacciola*, através de um sistema cruzado e internacional de controle indireto (o único investidor do Fundo *Stock Máxima* era

o *The Innovation Fund* Ltd. cujos recursos provinham do Marka Bank Ltda. e pertenciam à empresa "Água Clara Comércio e Consultoria (Sociedade Unipessoal) Ltda.", administrada indiretamente pelo Banco Marka S/A).

– Apesar de determinada a visita da fiscalização do *Bacen* na sede do banco *Marka*, no Rio de Janeiro, iniciada às 18 horas de 13-1-1999, foi aceita, sem maiores cautelas nem verificações, a justificação do banqueiro de que a compra por ele, em operação direta, dos 2.300 contratos do *Stock Máxima*, no mesmo dia, por baixo valor naquela época de desvalorização cambial, seria para saldar passivos na Bolsa de Chicago (depois se verificando que os aludidos passivos não passavam de cerca de R$ 181.000,00).

– Prosseguindo a fiscalização no banco *Marka*, e descartada a possibilidade lógica de liquidação extrajudicial da instituição financeira, houve ordem do Departamento de Fiscalização do Bacen, para que os fiscais apurassem uma taxa de câmbio que desse para zerar o patrimônio líquido do banco, de forma que encerrasse suas operações. Segundo tais cálculos ter-se-ia chegado à taxa de R$ 1,275 por dólar americano, muito abaixo do teto da banda cambial em vigor (que era de R$ 1,32) e quando o Bacen já se afastara do mercado futuro nos dias 13 e 14-1-1999, só tendo participado das duas operações de salvamento – em benefícios dos banco *Marka* e *Fontecindam*. Outrossim, não se exigiu nenhuma garantia nem ficou comprometido o patrimônio dos controladores das instituições financeiras beneficiadas e, pouco após, devolveu-se, automaticamente, sem outro cuidado, cerca de R$ 2.100.000,00 da conta de reserva bancária do *Marka* junto ao *Bacen*.

– Além disso, em consequência do favorecimento indevido, com a assunção pelo *Bacen* das posições vendidas; desfavoráveis, do banco *Marka* e seus fundos, inclusive dos contratos do Fundo *Stock Máxima*, o investimento estrangeiro foi liberado, de forma que 13 milhões de dólares puderam ser remetidos ao estrangeiro e depositados em conta do Swiss Bank, em New York, em favor de Marka Bank, sem maiores explicações sobre o destino do numerário. Inaceitável a tese de se tratar de devolução de parte do montante do investimento estrangeiro e, por isso, não se tratar de dinheiro público, já que, em face da aposta errada da aplicação, o prejuízo do Fundo *Stock Máxima* absorveria o valor dos ingressos de investimento, o que só foi revertido pela liberalidade com o numerário público determinada pela então Diretoria do *Bacen*.

– Mesmo após a liberação da flutuação do câmbio (logo, superada a justificativa de evitação de "crise sistêmica"), imperando as regras do mercado, a partir de 15-1-1999, continuou o socorro do Bacen em favor do *Marka*, já que em 20-1-1999, mediante uma cotação ainda desfavorável, foram revertidas as posições dos fundos *Marka Nikko*, sendo certo que alguns deles eram plenamente capazes de, por conta própria, saldar os compromissos assumidos.

– Correta a sentença em evitar o *bis in idem* com relação à retroação dos prejuízos no balanço relativo ao ano fiscal de 1998, que se enquadra no crime de sonegação fiscal, a que responderam *Cacciola* e outra, em diverso processo. Quanto às demais fraudes e irregularidades, embora não aceito o enquadramento no art. 10 da Lei 7.492/1986, passam a ser consideradas práticas de gestão fraudulenta, não sendo meros atos preparatórios.

– Favorecimento da Diretoria do *Bacen* ao banco *Marka* apesar das gritantes evidências de gestão temerária por parte de seu controlador, por comprometer em 20 vezes o patrimônio líquido do banco, ilícito este absorvido pelo mais grave de gestão fraudulenta caracterizada pela compra em 13-1-1999, quando a instituição

financeira já estava "quebrada" com a cotação de R$ 1,22 (muito abaixo do mercado) dos 2.300 contratos do Fundo *Stock Máxima*, comprometendo em 25% a exposição cambial do *Marka*, ao que se acresçam as graves irregularidades na escrituração contábil da instituição financeira, mantendo os livros obrigatórios de forma altamente irregular e omitindo lançamentos ou os fazendo de forma incorreta.

– Coautoria (cf. art. 29 do C. Penal) no crime de peculato que, embora seja crime próprio, tem as circunstâncias elementares comunicadas aos coautores (cf. art. 30 do C. Penal), como é o caso de banqueiro *Cacciola*, o maior beneficiado com as citadas irregularidades em desfavor da Administração Pública, sua moralidade e do erário público, cujos prejuízos, embora não essenciais para a caracterização do crime, foram de alta monta, superiores a R$ 900.000.000,00, só com relação ao favorecimento ao Banco *Marka*.

– Penas fixadas dentro de patamares corretos, com fundamentação precisa, não merecendo as críticas quer da acusação quer da defesa.

– Recursos do Ministério Público Federal e da defesa desprovidos. Mantida a prisão preventiva, atendendo a requerimento da acusação (Apelação Criminal n. 2000.5101.509046-0).

(Fls. 1625 a 1632.)

8. Em 17 de dezembro de 2008, o paciente opôs embargos de declaração contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 1350-1362).

Não consta nos autos a cópia do acórdão referente ao julgamento dos embargos de declaração.

9. Verifica-se, ainda, que foram impetrados diversos *habeas corpus* em favor do paciente no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no Superior Tribunal de Justiça e neste Supremo Tribunal Federal.

10. Em 8 de agosto de 2000, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região denegou a ordem requerida no julgamento do HC 2000.02.01.035760-5 (fls. 1369-1370).

11. Em 15 de agosto de 2000, o Superior Tribunal de Justiça julgou prejudicado o pedido no julgamento do HC 13.349, *verbis*:

(...) *Ementa*

Habeas corpus. Ato de indeferimento. Liminar em outro writ na instância a quo.

1 . Superado o eventual constrangimento ilegal, fica prejudicado o pedido.

2 . Pedido prejudicado (...)

(Fl. 1394.)

12. Em 11 de julho de 2000, a defesa do paciente impetrou o HC 80.288 neste Supremo Tribunal Federal, sendo que *a*) em 14-6-2000, o então Vice-Presidente deste Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio, deferiu o pedido de liminar (fl. 1399); *b*) em 19-7-2000, o eminente Ministro Carlos Velloso reconsiderou a decisão, indeferindo a medida liminar (fls. 1400-1405); e *c*) em 10-8-2000, o eminente Ministro Nelson Jobim, Relator do HC 80.288, homologou o pedido de desistência formulado pelo paciente (fl. 1406).

13. Em 8 de junho de 2005, o Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao HC 44.324 (fls. 1411-1413); e negou provimento ao consequente agravo regimental, nos termos seguintes:

> (...) *Agravo regimental. Habeas corpus. Direito penal e processual penal. Prisão preventiva. Fundamentação. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Matéria já apreciada. Lei n. 11.036/2004. Ex-Presidente do Banco Central. Transformação do cargo de Presidente do Banco Central em Ministro de Estado. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal.*
>
> 1. A questão da ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva do paciente foi já decidida nesta Corte Superior de Justiça, quando denegada a liminar no Habeas Corpus n. 13.349/RJ, como também no Excelso Supremo Tribunal Federal, quando reformado, pelo seu Presidente, a decisão (Habeas Corpus n. 80.288/RJ) que havia concedido ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, o julgamento do Habeas Corpus n. 2000.02.01.0357605, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
>
> 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.797/DF e 2.860/DF para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002.
>
> 2. Cessado o exercício da função pública, não há falar em prerrogativa de foro.
>
> 3. Agravo regimental improvido (...).
>
> (Fl. 1414.)

14. Em 31 de outubro de 2007, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal denegou a ordem no julgamento do HC 88.673, Relator o eminente Ministro Menezes Direito, nos termos seguintes:

> (...) *Ementa*
>
> *Habeas corpus*. Direito penal e processual penal. Prisão preventiva. Requisitos. Competência especial por prerrogativa de função dos ex-ocupantes de cargos políticos. ADI 2.797/DF e ADI 3.289/DF. Evolução de entendimento. Declaração de inconstitucionalidade.
>
> 1. Se o corréu não foi nomeado presidente do Banco Central, embora tenha sido sabatinado e aprovado pelo Senado Federal, apenas respondendo em diversas oportunidades pela presidência, não goza ele de foro por prerrogativa de função previsto na Lei 11.036/2004.
>
> 2. A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está satisfatoriamente fundamentada.
>
> 3. *Habeas corpus* indeferido (...).
>
> (Fl. 1428.)

15. Em 22 de outubro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem no julgamento do HC 111.111, *verbis*:

> (...) *Processual penal – Constitucional – Habeas corpus – Extradição – Caso rumoroso – Máculas – Consumação da extradição – Expressa desistência quanto aos pedidos que a cercam – Homologação – Prisão preventiva – Decreto de*

extradição que veda o processamento de ações penais por fatos pretéritos que não aqueles que o justificaram – Hipótese dos autos – Ausência de afronta aos termos da legislação estrangeira – Viagem do acusado antes de haver qualquer denúncia contra ele – Afirmação inverídica – Existência, nesse ato, de uma ação penal com sentença condenatória não transitada em julgado e outra com denúncia oferecida e prisão preventiva determinada – Cautela constritiva imposta sem fundamentação – Inocorrência – Sentença que apenas manteve a cautela, fazendo expressa remissão à decisão que anterior e originariamente a impusera – Conveniência da instrução criminal – Fase processual encerrada – Requisito superado – Garantia de aplicação da lei penal – Existência de dados concretos noticiando o risco de evasão – Hipótese que veio realmente a ocorrer – Paciente que, natural da Itália, para lá rumou logo após a decisão que suspendera, em sede de liminar, os efeitos do mandado de prisão – Viagem que ocorrera quando o mandado de prisão encontrava-se com efeitos suspensos – Idoneidade da viagem em si – Retorno ao Brasil por vontade própria que nunca ocorreu – Inexistência do animus *do retorno – Vontade prevalente de permanecer na Itália, país que, semelhança do Brasil, não extradita seus nacionais – Inidoneidade da permanência no estrangeiro – Intenção de se manter alheio à ação penal – Fuga inidônea, pois não teve como escopo a vontade de questionar mandado de prisão ilegal – Atitude omissa da defesa, que apenas voltou a questioná-lo após a consumação da extradição – Prisão, ademais, que se reputa lícita – Resguardo da ordem pública – Magnitude da lesão causada – Mais de um bilhão e meio de reais de prejuízo aos cofres públicos – Possibilidade de envolvimento do acusado em outras práticas delitivas – Risco de reiteração – Ameaça a testemunhas que pudessem depor contra os interesses da defesa – Insinuações de "sumir" com corréu que poderia prejudicá-lo – Idoneidade da medida para resguardar a ordem pública – Cautela que não se mostra como simples antecipação de pena – Cautelaridade devidamente demonstrada – Primariedade, bons antecedentes, residência fixa ocupação lícita – Irrelevância – Ofensa ao princípio da isonomia – Paciente que é o único acusado que se encontra constrito – Todos os demais soltos – Necessidade de individualização das condutas – Isonomia que apenas se justificaria caso a situação de todos fosse idêntica – Negativa de jurisdição pelo Tribunal de 2º Grau – Demora para o julgamento da apelação defensiva – Dilação de prazo devidamente justificada – Processo que apenas ficou pronto para julgamento mais de um ano após a interposição do recurso em questão – Existência, ademais, de recursos da acusação e de vários corréus – Processo que já se encontra em vias de ser remetido ao revisor – Excesso de prazo da prisão preventiva – Instrução já ultimada – Sentença prolatada – Súmula 52/STJ – Prisão provisória que não chegou nem mesmo a um sexto da pena imposta na sentença recorrida – Excesso que, ademais, não justifica a soltura, mas tão somente, se for o caso, a execução provisória da reprimenda – Desistência parcial homologada e, no restante, denegada a ordem.*

I – Evidenciando-se que o impetrante expressamente desistiu do prosseguimento do *writ* no que toca aos pedidos relativos à extradição do paciente, falta interesse de agir da parte apto a impulsioná-los, razão pela qual a homologação da desistência é medida de rigor.

II – Inexiste afronta à legislação estrangeira no que toca à impossibilidade de prosseguimento das ações penais por fatos pretéritos não mencionados no decreto de extradição, pois, *in casu*, a ação penal impugnada é justamente aquela que originou o pedido de extradição (vultoso caso do Banco Marka).

III – Mostra-se inverídica a afirmação segundo a qual a viagem do acusado para a Itália havia se dado sem que, até então, houvesse qualquer ação penal contra ele proposta, pois, na data em questão, não só havia uma sentença condenatória contra ele prolatada (com intimação pessoal), como, também, outra denúncia oferecida e prisão preventiva determinada.

IV – Havendo o Magistrado sentenciante mantido a cautela preventiva na sentença condenatória fazendo expressa remissão à decisão que determinara a medida anteriormente, cujos fundamentos permaneceriam vigentes, não há qualquer ilegalidade a sanar. Precedentes do STF e do STJ.

V – Prolatada sentença e, por razões óbvias, ultimada a instrução criminal, resta superada a necessidade da prisão preventiva em prol da conveniência dessa fase processual.

VI – Existindo fatores concretos aptos a respaldar a conclusão de que o agente, caso viesse a ser solto, poderia se evadir, pois é cidadão italiano (país que, assim como o Brasil, não extradita nacionais) e possuidor de vários negócios ao redor do mundo, é possível sua constrição cautelar a bem da garantia de aplicação da lei penal.

VII – Corroborada a necessidade em comento em função da efetiva fuga do agente, o qual, logo após a decisão que, em sede de liminar, suspendera a eficácia do mandado de prisão, viajou às pressas para a Itália, lá permanecendo sem qualquer intenção de retornar.

VIII – Ocorrida quando os efeitos da prisão cautelar do paciente estavam suspensos por decisão da Suprema Corte, a viagem do acusado para Itália, em si, é idônea, porém, não o é sua permanência no estrangeiro sem demonstrar qualquer vontade de retornar, com o evidente *animus* de se manter alheio à ação penal.

IX – Ademais, não se aplica ao presente caso o entendimento jurisprudencial segundo o qual a fuga do agente com a única intenção de discutir o decreto prisional é idônea, eis que, *in casu*, a defesa se eximiu de discutir a prisão preventiva após a chegada do agente na Itália, desistindo, inclusive, dos *writs* impetrados perante este Superior Tribunal de Justiça e o egrégio Supremo Tribunal Federal, voltando a se insurgir contra a medida apenas após sua captura pela Interpol.

X – A magnitude da lesão causada (prejuízo que ultrapassou a órbita de um bilhão e meio de reais aos cofres públicos), desde que aliada aos demais requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, é fator capaz de influenciar na decisão que examina o pedido de prisão preventiva do acusado. Inteligência do art. 30 da Lei 7.492/1986.

XI – Havendo nos autos notícias segundo as quais o ora paciente poderia estar ligado a outras ações delitivas, é legal a constrição provisória baseada no risco de reiteração delitiva, a bem da manutenção da ordem pública.

XII – A existência de ameaças a testemunhas que poderiam depor contrariamente aos interesses da defesa do ora paciente, assim como de insinuações a respeito do possível "sumiço" de um corréu que poderia lhe prejudicar, além de interferir na instrução criminal, também pode ser levado em conta para fundamentar a necessidade da medida extrema para o resguardo da ordem pública.

XIII – Demonstrada a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal diante de fatores concretos presentes nos autos, a prisão preventiva do paciente se reveste de inequívoca natureza cautelar (*carcer ad custodiam*) e, portanto, não afronta a garantia constitucional de presunção de não culpabilidade,

sendo totalmente infundada a alegação no sentido de que ela seria mera antecipação de pena (*carcer ad poenam*).

XIV – Da mesma forma, devidamente justificada a presença dos requisitos para a prisão preventiva no caso concreto, tão só as supostas primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita do agente, ainda que comprovadas estivessem, não são aptas a garantir-lhe sua revogação. Precedentes.

XV – Não obstante todos os demais corréus (doze) da ação penal cognitiva se encontrarem em liberdade, a demonstração dos requisitos para a custódia cautelar especificamente no que tange ao ora paciente não ofende o princípio da isonomia, eis que, no processo penal, o princípio da individualização dos personagens processuais se sobrepõe aos demais.

XVI – Justificar-se-ia a adoção do princípio da isonomia apenas caso a situação do paciente fosse igual à dos demais acusados, o que não é a hipótese dos autos.

XVII – Evidenciando-se que a demora para o julgamento da apelação defensiva encontra-se devidamente justificada, porquanto, desde a prolação da sentença, o feito demorou mais de um ano para ficar pronto para julgamento, além de que vários são os recursos (da acusação e de vários corréus) e a matéria é bastante complexa (apenas a sentença contém 555 páginas), não há qualquer constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

XVIII – Por essas mesmas razões, reputa-se totalmente descabida a alegação de negativa de jurisdição por parte do Tribunal de 2º Grau, notadamente quando o feito já está em vias de ser remetido ao Revisor, circunstância que autoriza concluir que o trabalho mais complexo (do Relator) já está praticamente no fim.

XIX – "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo" (Súmula 52/STJ).

XX – Computando o prazo total da prisão provisória do agente, percebe-se que ele não chegou a cumprir nem sequer um sexto da pena imposta na sentença recorrida, circunstância que não autoriza o reconhecimento de que sua manutenção no cárcere lhe causa coação ilegal por excesso de prazo.

XXI – Ainda assim, mesmo que ele houvesse cumprido prazo maior do que o referido *quantum*, tal fato justificaria apenas o início da execução provisória da sua pena, com base na Súmula 716/STF, mas não sua soltura.

XXII – Homologada a desistência parcial do pedido e, no restante, denegada a ordem impetrada (...).

(Fls. 1480-1484.)

16. É contra essa decisão que se insurgem os impetrantes, alegando, basicamente, que "a revogação da prisão preventiva do paciente, em nada atrapalhar[ia] a futura aplicação de suposta pena" e que não estariam presentes "nenhum dos requisitos do artigo 312 do CPP" (fl. 50).

Afirmam, ainda, que "não há nenhuma condenação transitada em julgado contra o paciente", que "reúne todas as condições pessoais para responder em liberdade ao processo, além de ter ocupação lícita e endereço fixo" (fl. 51).

Requerem a concessão da "ordem para que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da ação" (fl. 51).

17. Em 17 de março de 2009, o eminente Ministro Menezes Direito expôs o caso e solicitou informações ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos termos seguintes:

> (...) *Habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pelos advogados José Luis Mendes de Oliveira Lima, Jaqueline Furrier e Ana Carolina de Oliveira Piovesana, em favor de Salvatore Alberto Cacciola, buscando a revogação da prisão preventiva do paciente.
>
> Apontam como autoridade coatora a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 111.111/DF, Relatora a Ministra Jane Silva, impetrado naquela Corte.
>
> Sustentam os impetrantes, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista a "ilegalidade da prisão preventiva imposta (...), que foi determinada sem que estivessem preenchidos os requisitos constantes no artigo 312 do CPP e que, se mantida, terá caráter de execução provisória (...)" (fl. 3).
>
> Argumentam, ainda, que "a falta de fundamentação do novo título de prisão aliada à ausência dos requisitos constantes no art. 312 do CPP demonstram que a segregação cautelar do paciente tem caráter de verdadeira execução provisória, repudiada pela jurisprudência dominante e contrária ao princípio da presunção de inocência" (fl. 47).
>
> No mais, afirmam que o paciente "reúne todas as condições pessoais favoráveis para responder em liberdade o processo, que ainda não se encerrou. É primário, de bons antecedentes, tem ocupação lícita e endereço fixo" (fl. 21).
>
> Requerem a concessão da ordem para que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal a qual responde (fl. 51).
>
> Decido.
>
> Narram os impetrantes, na inicial, que:
>
> > "(...) A denúncia que ensejou o processo 99.0046981, desmembrado em relação ao paciente em 5-9-2002 (processo 2000.51.01.509046-0), foi oferecida em 5-6-2000 e versa sobre fatos que ocorreram em janeiro de 1999 (doc. 1). A imputação que recaia sobre o paciente está tipificada no artigo 4º, *caput*, 10, c/c 25, todos da Lei 7.492/1986, 312, c/c 29 e 333, parágrafo único do Código Penal, ou seja, delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa.
> >
> > O processo encontra-se em grau de apelação, pendente de julgamento de embargos de declaração, interpostos pela defesa contra o acórdão que manteve a sentença condenatória de primeira instância, na qual o paciente foi condenado à pena de treze anos de reclusão e cento e sessenta e cinco dias-multa, por inflação aos artigos 312 do CP e 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986, sem que haja qualquer previsão para o seu término.
> >
> > (...)
> >
> > Em decorrência da decretação de sua prisão cautelar, em 6-6-2000, o paciente foi recolhido à prisão em 7-6-2000 (cf. doc. 4)
> >
> > Em 8-6-2000 foi impetrado perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a ordem de *Habeas Corpus* n. 2000.02.01.035760-5, contra a decretação de sua prisão preventiva, sendo o pedido liminar negado em 9-6-2000 (doc. 70).
> >
> > Esse *habeas corpus* foi julgado em 8-8-2000. O acórdão que denega a ordem entra no mérito da ação penal e se utiliza como textualmente reconhece de razões 'metajurídicas' para concluir pela manutenção da prisão

cautelar do paciente (doc. 71). Esse julgado, como todos os demais relacionados ao caso sob exame, parte de premissas falsas, construindo silogismos como poucas vezes vimos nos nossos Tribunais.

É importante destacar que contra o indeferimento da liminar do supracitado *habeas corpus*, foi primeiramente impetrada ordem de *Habeas Corpus* n. 13.349/RJ, perante o E. Superior Tribunal de Justiça, em 12-6-2000, sendo a liminar indeferida em 13-6-2000 (doc. 72).

Em 15-8-2000 foi julgado prejudicado o pedido constante da supracitada ordem, tendo em vista o julgamento do *Habeas Corpus* 2000.02.01.035760-5, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (doc. 73).

Visando reparar a injusta prisão imposta ao paciente, foi impetrada ordem de *habeas corpus* perante esse Egrégio Tribunal, em 11-7-2000, que visava apenas revisão das decisões do Tribunal Regional Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que não haviam concedido o pedido liminar (doc. 74).

A referida ordem de *habeas corpus*, distribuída, sob o número 80288, ao presidente em exercício, Ministro Marco Aurélio, teve o pedido liminar deferido, em 14-7-2000, determinando a imediata soltura do paciente (cf. doc. 19).

Atendendo recurso do Ministério Público Federal, o presidente desse E. Tribunal, à época, o Ministro Carlos Velloso, em 19-7-2000, reconsiderou a liminar, anteriormente deferida, unicamente porque entendia que o pedido não estava dentre o caso de excepcionalidade que no seu entender pessoal se faz necessário para se conceder uma liminar contra a o indeferimento de liminar pela instância inferior (doc. 75). No entanto, não indeferiu o prosseguimento do *habeas corpus*, tendo em vista o entendimento desse Tribunal e do próprio presidente de ser possível a concessão da ordem.

Em 23-8-2000, o Ministro Nelson Jobim, relator do referido *habeas corpus* homologou o pedido de desistência da defesa em relação ao prosseguimento do *Habeas Corpus* n. 80288, tendo em vista perda de objeto, ocorrida com o julgamento do *Habeas Corpus* n. 2000.02.01.035760-5, pelo Tribunal Regional da 2ª Região (doc. 76).

Com a mudança da defesa técnica do paciente e tendo em vista a manutenção do decreto de prisão preventiva e a demora no julgamento da ação penal, foi ajuizado, de maneira equivocada, *habeas corpus* perante o E. Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez contra o indeferimento da liminar proferida pelo Tribunal Regional Federal da Região nos autos do HC 2000.02.01.035760-5 (doc. 77).

O supracitado *habeas corpus*, de n. 44.324/RJ, também pleiteava a incompetência do Juízo de primeira instância, tendo em vista o foro privilegiado do corréu Francisco Meirelles. Em decisão monocrática o relator, Ministro Hamilton Carvalhido indeferiu '*in liminie* o pedido' (doc. 78). A defesa interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento (doc. 79).

Inconformado com indeferimento do *habeas corpus* impetrado perante o E. Superior Tribunal de Justiça, a defesa técnica do paciente interpôs *habeas corpus* perante essa E. Corte (doc. 80) no qual se buscava 'anular a ação penal, porque dirigida por autoridade incompetente, e, bem assim, desconstituir a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, porque ausentes os pressupostos táticos normativos próprios da espécie' (cf. doc. 81).

Em 31-10-2007, o Pleno desse E. Tribunal julgou o supracitado *Habeas Corpus* 88.673-6 (doc. 81), denegando por maioria a ordem. O voto do Relator, Ministro Menezes Direito, destaca que o corréu não foi nomeado como presidente do Banco Central, insubsistindo, portanto, o ataque em torno da nulidade dos atos praticados em virtude da incompetência do Juízo e observa: não caber, em sede de *habeas corpus*, investigação minudente sobre os fatos e as provas que embasaram a manifestação judicial. O rito estreito dessa ação constitucional não comporta dilação probatória. Ao menos no que diz respeito à garantia de aplicação da lei penal, todavia, o paciente já demonstrou publicamente a necessidade da cautela imposta.

Uma vez que a ação penal já se encontrava em grau de apelação, sem previsão de julgamento, e o paciente se encontrava preso no Principado de Mônaco, desde 15-7-2007, em razão de pedido de extradição do Governo Brasileiro, a defesa do paciente à época impetrou outro habeas corpus perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 11-7-2008. O referido *habeas corpus* foi distribuído sob o n. 111.111, e os autos enviados à presidência que pediu informações antes de se manifestar sobre o pedido liminar (doc. 82).

(...)

Em 22-10-2008, o *habeas corpus* foi julgado, sendo que 'a Seção, preliminarmente, afirmou sua competência para julgar o presente *habeas corpus*, vencido o Sr. Ministro Napoleão Maia Filho. Em seguida, por unanimidade, homologou desistência de parte do pedido e, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves que a concedia' (doc. 85)".

(Fls. 3 a 18.)

É contra essa decisão que se insurgem os impetrantes neste *writ*.

Não havendo pedido de liminar a ser apreciado e estando os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, dispenso as informações da autoridade apontada como coatora.

Oficie-se, contudo, ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região para que informe acerca do julgamento dos embargos opostos pelo paciente nos autos da Apelação Criminal n. 2000.51.01.509046-0, bem como forneça certidão ou documento que demonstre o andamento completo e atualizado daquela apelação (...). (Fls. 1604-1609.)

18. Em 31 de março de 2009, as informações foram prestadas pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que bem sumariou os fatos pertinentes da presente ação, *verbis*:

(...) Inicialmente, cabe um breve histórico, no sentido de que as apurações do caso em tela iniciaram-se com o IPL n. 0025/1999, da Polícia Federal, dando origem ao processo n. 99.046981-0, aforado na 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, tendo sido apresentada denúncia contra o ora paciente e doze outros então indiciados; sendo que o paciente foi dado, então, como incurso nas sanções dos artigos 4º, *caput*, e 10, c/c. 25, todos da Lei n. 7.492/1986; artigos 312, c/c. 29 e 333, parágrafo único do Código Penal, na forma do concurso material e concurso formal, respectivamente. A aludida denúncia data de 5-6-2000, tendo sido recebida quanto ao paciente por decisão datada de 6-6-2000.

Na mesma data do oferecimento da denúncia, os membros do Ministério Público que funcionaram no processo em primeiro grau, requereram a decretação de prisão preventiva de cinco dos denunciados, dentre eles o ora paciente. Na mesma decisão já acima aludida, de fls. 470/478 dos autos originários e datada de 6-6-2000, que também recebeu a denúncia, quanto à maioria dos acusados (que não eram funcionários públicos), com a devida e discriminada fundamentação, veio a ser decretada a prisão preventiva apenas com relação ao ora paciente e a outro. Foi considerado estarem "presentes a prova mínima sobre a existência dos crimes e indícios poderosos de que os denunciados são seus autores" e, quanto ao paciente, os fundamentos foram aqueles básicos previstos no artigo 312 do CPP. Quanto à garantia da ordem pública e à circunstância legal específica, inserida no art. 30 da Lei n. 7.492/1986, foi ressaltada a magnitude da lesão causada em decorrência da gestão fraudulenta da instituição financeira *Marka S/A* bem como o "auxílio" prestado pelo *Bacen* ao aludido banco e a outro (o *Fontecidam S/A*), do que resultou prejuízo público da órbita de 1.574.805.000,00 (um bilhão, quinhentos e setenta e quatro milhões, oitocentos e cinco mil reais). São referidos indícios de outros fatos cujo conhecimento decorreria de escutas telefônicas, sugerindo outras práticas ilícitas e intuito de interferir, de alguma forma, nos atos de ofício das autoridades públicas do Judiciário, do Ministério Público, da Receita Federal e da Polícia Federal, contra os quais há ditos pejorativos e também são enumeradas ameaças a algumas das testemunhas, num dos casos por telefonema dado pessoalmente pelo paciente – fundamento de conveniência da instrução criminal. A par disso, é salientado possuir o ora paciente instituições financeiras operando fora do Brasil e, por ser natural da Itália, país que não extradita nacionais, em caso de eventual fuga, o que frustraria a aplicação da lei penal.

No curso da instrução criminal, quanto ao outro réu, sua prisão preventiva foi revogada, por decisão datada de 21-6-2000, mediante a assinatura de termo de compromisso e, na mesma decisão, foi mantida a prisão preventiva em desfavor do ora paciente, o único dos réus do processo que teve sua custódia cautelar decretada.

Os dois citados réus, o ora paciente e o que também teve inicialmente decretada a prisão, foram os primeiros a serem interrogados, em data de 15-6-2000 e 16-6-2000, respectivamente. O paciente, antes de se ausentar do Brasil, ainda apresentou defesa prévia e participou da oitiva das primeiras testemunhas da acusação.

O fato de haver apenas um réu preso, estando os demais em liberdade, acarretou, por decisão de 27-6-2000, que houvesse desdobramento do processo quanto a ele, que tomou o n. 2000.51.01.509046-0, que tramitou paralelamente, até que vieram a ser reunidos os processos, por despacho de 9-4-2001, quando o segundo processo já se encontrava na fase de diligências, a partir de quando as provas colhidas voltaram a ser comuns para os processos, quanto às testemunhas do Juízo. No final, como se assinalará, a sentença única veio a abranger os dois processos e um outro que não diz respeito ao paciente.

Em face da negativa da revogação de sua prisão, mostrou-se inconformado o paciente, que teve impetrado em seu favor o *Habeas Corpus* n. 2000.02.01.035760-5, distribuído à 3ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com indeferimento da liminar. Tendo sido impetrado perante o colendo Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* n. 80.288, veio o paciente a obter do Exmo. Ministro Marco Aurélio, então Vice-Presidente daquele Tribunal, em 14-7-2000, liminar (cujo completo teor não consta ter sido comunicado), concedendo-lhe a liberdade,

consoante "telex" dirigido ao Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, que, na mesma data, mandou cumprir a ordem.

Posteriormente em 14-8-2000, a própria defesa veio a informar que o paciente logo que foi colocado em liberdade, de carro atravessou a fronteira do Brasil com o Uruguai e, chegando em Montevidéu, viajou de avião para Buenos Aires e de lá viajou, em 16-7-2000 para a Itália, país aonde chegou em 17-7-2000, utilizando-se de seu passaporte brasileiro (cópias anexas). Na época, em face da presteza de tal ação, tecnicamente, não se podia considerá-lo foragido da Justiça.

No entanto, pouco depois, em 19-7-2000, o então Presidente do STF, o Ministro Carlos Velloso, nos autos do mesmo HC mencionado, veio a revogar a liminar concedida em favor do paciente, conforme decisão por cópia anexa. Tão logo recebida a comunicação, por fax e telex, o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal, na mesma data de 19-7-2000 determinou a expedição de novos mandados de prisão. Pouco depois, houve desistência do citado *habeas corpus* perante o colendo STF.

Tendo sido reativado o mandado de prisão preventiva por força da decisão do Presidente do STF, o réu, ora paciente, aí sim, passou a ser considerado, foragido, não tendo sido encontrado em casa nem no endereço comercial nem havendo notícias de seu paradeiro por outras fontes, exceto pela imprensa que já o dava como estando no exterior, sendo considerado que a probabilidade de fuga aludida na decisão inicial de decretação de sua prisão viera a concretizar-se.

Nas informações do juízo da 6ª Vara Federal Criminal/RJ, prestadas quanto ao *Habeas Corpus* n. 2000.02.01.035760-5, então tramitando perante a 3ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 2ª Região (que posteriormente o denegou), está sustentada a necessidade da prisão do paciente, sob o fundamento da garantia da ordem pública, pois o mesmo, por ocasião de sua fuga já havia sido condenado em outro processo anterior, que tramitou perante a 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, sob o n. 96.0025422-6, por infração ao artigo 17, da Lei n. 7.492/1986, conforme sentença da qual o réu foi intimado pessoalmente em 29-6-1999, tendo sido, apresentado recurso da defesa recebido em 7-10-1999, com remessa dos autos ao Tribunal, na época (abaixo há referência ao julgamento que negou provimento à citada apelação).

Em face do resultado negativo dos mandados de prisão, bem como a demonstração de que o réu estava se furtando a se submeter à lei brasileira na apuração de condutas dadas como ilícitas praticadas no Brasil, o juízo de primeiro grau, por decisão datada de 21-7-2000, novamente decretou a prisão preventiva do paciente, aditando como fundamento a "asseguração da aplicação da lei penal", agora face à *fuga concreta* do réu, ora paciente.

Nos feitos acima mencionados, a instrução prosseguiu tendo o réu, ora paciente, não localizado; sido intimado por edital para o cumprimento de atos processuais, e, mediante ampla oportunidade de produção de provas quer à acusação quer à defesa de cada um dos réus, e com oitiva, também, de testemunhas do Juízo, em face da complexidade técnica envolvida na demanda; veio a ser encerrada a instrução criminal, sendo realizados os demais atos processuais, e, a seguir, veio a ser proferida a sentença antes aludida (alentada peça em que a douta juíza que a proferiu veio a enfrentar todos os aspectos aludidos pelas partes quer como preliminares quer como arguições de mérito, tendo 555 páginas) englobando os dois processos já aludidos (e outro), em data de 31-3-2005. Quanto aos processos que interessam às informações, veio a ser reconhecida a inépcia parcial da denúncia e foram absolvidos alguns réus de todas ou de algumas das imputações, sendo que,

no que diz respeito ao ora paciente, foi absolvido das imputações do artigo 10 da Lei n. 70.492/1986 (inciso III do art. 386, do CPP) e do artigo 333 do Código de Processo Penal (inciso VI do artigo 386 do CPP), vindo a ser condenado nas penas do artigo 312 do Código Penal a 8 anos de reclusão e noventa e seis dias multa no valor unitário de cinco salários mínimos e quanto ao crime do art. 4º da Lei n. 7.492/1996, foi condenado nas penas de 5 anos de reclusão e sessenta dias-multa no mesmo valor unitário, atingindo o somatório de 13 anos de reclusão e cento e cinquenta e seis dias-multa, no valor unitário de cinco salários mínimos. O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado. Ao final da sentença, foi dito que os demais réus condenados poderiam apelar em liberdade, à exceção de *Salvatore Cacciola*, "atualmente foragido, eis que persistem as razões para a custódia anteriormente decretada".

Da aludida sentença, apelaram tanto o MPF quanto a defesa. Pretende a acusação, em seu apelo, o não reconhecimento da escusa alusiva ao risco sistêmico quanto ao "auxílio" ou "socorro" praticado por servidores do *Bacen* ao Banco *Marka* e, seus fundos, bem como a condenação nas sanções do artigo 10 da Lei n. 7.492/1986 e o agravamento das penas a ele aplicadas. Desta forma, já transitou em julgado a sentença quanto ao citado réu parcialmente, quanto à absolvição do citado réu quanto à imputação de corrupção ativa.

Já com respeito à defesa do réu *Cacciola*, mesmo sem que o réu tivesse se recolhido à prisão, apresentou apelação, onde, em resumo, apresentou uma série de preliminares, quer sobre competência, nulidades, etc., e, no mérito, pretendendo a absolvição do réu quanto às sanções a ele aplicadas ou a diminuição das penas aplicadas. Em seu parecer perante o Tribunal, o Ministério Público Federal apresentou preliminar de não dever ser conhecida a apelação do réu, pelo fato de não se ter recolhido à prisão.

Tendo o paciente saído da Itália e voluntariamente se dirigido ao Principado do Mônaco, veio a ser preso pela Interpol, em 15-9-2007, em decorrência de cooperação internacional, fato que foi comunicado pelo Ministério Público Federal, tendo o Exmo. Desembargador em exercício da relatoria, na época, solicitado ao Ministério da Justiça as medidas para as providências quanto à extradição do nacional em tela, que vieram a ser bem-sucedidas, após a denegação dos recursos apresentados em favor do ora paciente, terminando com sua chegada ao solo brasileiro na madrugada de 17-7-2008 (exatos oito anos após sua chegada na Itália, proveniente do Brasil), a partir de quando passou a ser custodiado em presídios do Estado do Rio de Janeiro, por força de convênios com a Justiça Federal, que não possui estabelecimentos penais locais.

Informo, ainda, que os processos em tela subiram ao Tribunal em outubro de 2005, mas as defesas usaram de sua prerrogativa atribuída pela legislação processual penal de só oferecer razões recursais perante o Tribunal *ad quem*, tendo de ser para tanto intimadas, após o que vieram a ser oferecidas contrarrazões pelo MPF e, após, foi proferido parecer do Ministério Público Federal, em 16-11-2006. Assim, só no final do ano de 2006 é que os citados processos passaram a ficar prontos para o respectivo julgamento.

Com respeito ao julgamento dos dois processos, a exemplo do que ocorreu em primeiro grau, considerou-se que deveria ser feito conjuntamente, ou seja, na mesma ocasião – também havendo necessidade de julgamento, na oportunidade do processo conexo da medida cautelar de busca e apreensão e sequestro, com as apelações dos réus atingidos por tais medidas. Caso contrário, haveria o prejulgamento

do outro feito, já que decorrem da mesma denúncia, narrando os mesmos fatos e terem tido praticamente a mesma instrução (variando apenas, em especial, as testemunhas, poucas diversas de acusação e muitas arroladas pelas defesas dos outros réus, só a eles interessando).

Assim, em 12 de novembro de 2008, a 1ª Turma Especializada deste e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, negou provimento às apelações criminais interpostas pela defesa de *Salvatore Cacciola* e do Ministério Público Federal, nos autos da Apelação Criminal n. 2000.51.01.509046-0 (...).

Dos referidos acórdãos em apelação criminal foram interpostos, nos autos do processo n. 2000.51.01.509046-0, embargos de declaração pela defesa de Salvatore Cacciola, (...) já tendo sido oportunizada vista aos embargados para oferecimento de contrarrazões.

Os autos dos processos em questão foram conclusos à Exma. Juíza Federal Convocada Dra. Márcia Helena Nunes, relatora dos v. acórdãos de apelação, para julgamento dos embargos de declaração interpostos, em 19-2-2009 (...).

Cumpre destacar a complexidade da hipótese, em processos extensos – o processo original tem 21 volumes e vários apensos, enquanto que o processo que fora desmembrado possui 13 volumes e seus próprios apensos, além de abranger temas controvertidos inclusive de macroeconomia, sobre o que depuseram várias autoridades e especialistas renomados, sendo as mais diversas as alegações da acusação e das defesas.

Desta forma, os processos estão sendo estudados e os votos estão sendo preparados e provavelmente no mês vindouro os autos serão incluídos em mesa para julgamento, já que será necessária a cooperação de desembargadores federais da outra Turma Especializada em matéria penal deste Tribunal Regional, uma vez que os demais membros do colegiado a que pertenço (Primeira Turma Especializada) não podem julgar, um estando impedido (foi o magistrado que decretou a prisão preventiva do ora paciente e dirigiu o processo por boa parte da inicial fase instrutória) e a outra tendo-se dado por suspeita, após o julgamento do HC já aludido (...). (Fls. 1619-1642.)

19. A Subprocuradora-Geral da República, Cláudia Sampaio Marques, opinou pela denegação da ordem (fls. 1664-1681).

20. Em 6 de julho de 2009, os impetrantes requereram a "redistribuição do pedido de Habeas Corpus n. 98.145, impetrado em favor de Salvatore Alberto Cacciola, a um dos Ministros desse Egrégio Tribunal, em razão de o Relator original na impetração, Dr. Menezes Direito, se encontrar licenciado de suas funções, bem como em face de o feito envolver réu preso" (fl. 1685), o que foi deferido pelo Presidente deste Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes (fl. 1820).

21. Após redistribuição, os presentes autos vieram-me conclusos em 25-8-2009.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Inicialmente, cumpre anotar que a questão referente à alegada ausência de fundamentação cautelar idônea para a prisão do paciente foi objeto de impetração antecedente neste Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, nos autos, que já foi proposta pelo paciente a discussão sobre a eventual ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva neste Supremo Tribunal, o que foi denegado no julgamento do HC 88.673, ocorrido em 31-10-2007. Portanto, o que se tem na espécie é repetição do que já foi posto em discussão e já foi objeto de prestação jurisdicional.

O eminente Relator, Ministro Menezes Direito, expôs o caso e proferiu o voto condutor do julgado, *verbis*:

> (...) Quanto à prisão preventiva, importa destacar, de início, que a pretensão formulada não está prejudicada pelo advento da sentença condenatória recorrível. É que esta se reportou aos fundamentos do decreto cautelar para negar ao paciente o direito de apelar em liberdade. Não constitui, assim, título autônomo para a prisão.
>
> No que diz com os fundamentos da decisão, os impetrantes afirmam que não haveria prova da materialidade do crime imputado ao paciente. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 747.149, teria negado a existência de má gestão ou gestão fraudulenta de instituição financeira apta a gerar reparação de danos.
>
> O julgado citado, segundo é possível depreender a partir do acórdão colacionado (fls. 178 a 185), deu-se em sede de ação civil de reparação de danos proposta contra Marka Niklko Asset Management S/C Ltda., Salvatore Alberto Cacciola e outros. O referido acórdão do Superior Tribunal de Justiça, na verdade, concluiu pelo não conhecimento do recurso especial. Os impetrantes não trazem outros elementos. Afigura-se, portanto, impossível realizar o pretendido confronto entre os pronunciamentos judiciais na esfera cível e criminal.
>
> Nas razões do *habeas corpus* consta, ainda, que o paciente, solto, não oferece perigo para a garantia da ordem pública ou econômica, não representa inconveniente para a instrução criminal, nem põe em risco a aplicação da lei penal.
>
> Quanto a esses aspectos, a decisão que decretou a custódia provisória assim se manifestou:
>
> > "Sob esse prisma, a magnitude da lesão é mais um dos elementos que servem à delimitação do conteúdo da ordem pública abalada e que se pretende resguardar (...).
> >
> > Não bastasse a gravidade concreta do fato, com repercussão extremamente negativa à ordem pública, em duas situações específicas, as dos denunciados *Salvatore* e *Luiz Augusto*, ainda se apurou outros elementos importantes que mais acentuam a necessidade da medida extrema.
> >
> > Requeridas pelo MPF e polícia e deferidas judicialmente, medidas de interceptação de ligações telefônicas (...) se pode detectar, como relatou a autoridade policial e explicitou o MPF, que o acusado *Salvatore* demonstra indícios da prática de novos crimes, todos dentro do mesmo contexto, tais como crimes contra o sistema financeiro, ordem tributária e lavagem de dinheiro (...).

> Como se não bastasse, em alguns trechos das conversas interceptadas, *Salvatore Cacciola* (...) ainda insinua a prática de tentativa de atos de busca e acesso indevido às autoridades públicas do Judiciário, Ministério Público, Receita Federal e Polícia Federal, ao que parece, exatamente no intuito de interferir, de alguma forma, nos atos de ofício por estes praticados, como ressalta o MPF nos trechos transcritos as págs. 26/34 do pedido de prisão (...).
>
> Finalmente verifica-se a reunião de elementos concretos da possibilidade de que venha a interferir também em testemunhas arroladas pela acusação e no corréu *Eliel*, já que num dos trechos interceptados chega a expressar a interlocutória *Cinthia*, a vontade de sumir com o réu *Eliel* ou de que este viesse a desaparecer (...).
>
> As testemunhas (...) a seu turno, declararam na sede do MPF e na polícia respectivamente, terem recebido telefonemas, a primeira diretamente do próprio *Salvatore* e o segundo, de forma anônima, com ameaças caso prosseguissem prestando declarações sobre o caso (...).
>
> O primeiro acusado, além de possuir instituições financeiras operando fora do Brasil, como consta do relatório da autoridade policial (fl. 10) é, ainda, natural da Itália, país que não extradita nacionais, o que, em caso de eventual fuga, frustrará a aplicação da lei penal nacional. Isto sem contar as informações que o Delegado *Pontes* da Interpol–Brasília ofereceu, no sentido de que o réu foi visto no aeroporto de Genebra, na Suíça, em julho de 1999, logo após a descoberta e apuração desses fatos, fazendo uso de passaporte que não era brasileiro, semelhante ao da República Italiana."
>
> (Fls. 165 a 167.)

Como se pode observar, a decisão está bem fundamentada e indica satisfatoriamente a existência de elementos concretos relativos à necessidade de se resguardar a ordem pública e econômica, a instrução criminal e, também, a aplicação da lei penal, todos indicadores do perigo de afastar-se o decreto de prisão.

Observo não caber, em sede de *habeas corpus*, investigação minudente sobre os fatos e as provas que embasaram a manifestação judicial. O rito estreito dessa ação constitucional não comporta dilação probatória. Ao menos no que diz respeito à garantia de aplicação da lei penal, todavia, o paciente já demonstrou publicamente a necessidade da cautela imposta.

Forçoso concluir, dessa forma, não merecer reparo a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente com fundamento em alegada ausência dos pressupostos específicos.

Por fim, o cenário dos autos, com a fuga do paciente, também não autoriza a concessão da ordem.

Por todo o exposto, denego a ordem (...).

(Fls. 1436-1438.)

Há, portanto, no ponto em que a presente ação trata da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, a repetição dos argumentos suscitados em favor do paciente no HC 88.673 e a idêntica finalidade de buscar o relaxamento da prisão preventiva.

A repetição do que antes foi requerido e negado, com a mesma argumentação e idêntico objetivo, conduz, inevitavelmente, ao não conhecimento desta nova postulação, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Habeas corpus (...) *Invocação dos mesmos fundamentos deduzidos quando da impetração de anterior pedido de habeas corpus – Não conhecimento do "writ" – Agravo improvido.* – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a inadmissibilidade, em sede de *habeas corpus*, de impetrações que se limitam a reproduzir, sem qualquer inovação de fato ou de direito, os mesmos fundamentos objeto de postulação anterior, especialmente quando esta resultar não conhecida, por incabível.
(HC 80.623-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 6-4-2001.)

Assim, não é possível conhecer o presente *habeas* no ponto em que se alega ausência de fundamentação cautelar idônea para a prisão do paciente, que já obteve deste Supremo Tribunal prestação jurisdicional a cuidar do quanto posto a exame, sendo manifestamente inviável a repetição de pedido idêntico.

2. Todavia, é de se realçar que os impetrantes foram atentos ao não apresentaram neste *habeas corpus* os mesmos dados que foram objeto de apreciação e decisão no Superior Tribunal de Justiça e neste Supremo Tribunal.

Na presente ação, ressaltam que tanto o "decreto condenatório de primeira instância" (fl. 44) quanto o "acórdão condenatório" (fl. 45) teriam feito "mera remissão à anterior decisão de custódia" (fl. 45), o que contrariaria "o dever de fundamentação, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal" (fl. 46).

3. Entretanto, embora insistam os impetrantes em sustentar que a evasão do distrito da culpa não teria ocorrido e não seria suficiente para fundamentar a manutenção do decreto de prisão preventiva, não há embasamento que permita prosperar a pretensão exposta no presente *habeas*, notadamente porque o comportamento do paciente – expressamente considerado "foragido" nas decisões proferidas pelas instâncias de mérito (fls. 929 e 1292) – serve como *a*) reforço para a manutenção da prisão preventiva nos termos em que propostos e *b*) odioso estímulo para a impunidade que cotidianamente se volta a sociedade, que não vê o direito ser cumprido com o mínimo de presteza que seria de se exigir em razão de condutas dessa estirpe.

Ademais, a jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que "a fuga do réu do distrito da culpa justifica o decreto ou a manutenção da prisão preventiva" (HC 95.159, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 10-6-2009.)

Nesse sentido: HC 90.386, de minha relatoria, *DJ* de 23-3-2007; HC 85.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 13-9-2005; HC 85.764, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 20-9-2005; HC 84.202, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 7-12-2004, entre outros.

4. No mesmo sentido, foi o parecer da i. Subprocuradora-Geral da República, Cláudia Sampaio Marques, que bem ressaltou a gravidade e a improcedência dos argumentos expostos no presente *habeas* ao asseverar que "o paciente, aproveitando-se da decisão que lhe concedeu a liberdade provisória – e que não o autorizava a sair do País – fugiu do distrito da culpa. Em afoita manobra atravessou a fronteira para o Uruguai (de carro), seguiu para Buenos Aires (de avião),

e de lá rumou para o território italiano, onde chegou em 17-7-2000, ou seja, em extraordinários e inacreditáveis 3 (três) dias o paciente já se encontrava na Itália, país de onde é natural e que, como o Brasil, não extradita nacionais" (fl. 1678).

5. Quanto à alegação de que o paciente estaria sujeito a uma legal execução provisória da pena, razão jurídica também não assiste aos impetrantes.

Ao proferir a sentença condenatória e o acórdão que negou provimento ao apelo defensivo, as instâncias de mérito decidiram pela manutenção da prisão do paciente e assentaram a existência dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ao julgar o HC 84.078, *DJE* de 18-2-2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos decorrente de sentença penal condenatória, ressalvada a decretação de prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Verifica-se no *Informativo* 534 do Supremo Tribunal Federal a passagem seguinte:

> Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. (...) Salientou-se, de início, que a orientação até agora adotada pelo Supremo, segundo a qual não há óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, deveria ser revista. Esclareceu-se que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal, arts. 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. Asseverou-se que, quanto à execução da pena privativa de liberdade, dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento fixado, por ambas as Turmas, relativamente à pena restritiva de direitos, no sentido de não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Aduziu-se que, do contrário, além da violação ao disposto no art. 5º, LVII, da CF, estar-se-ia desrespeitando o princípio da isonomia.
>
> Em seguida, afirmou-se que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar. Enfatizou-se que a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação implicaria, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. Ressaltou-se que o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984 conferiria concreção ao denominado princípio da presunção de inocência, não sendo relevante indagar se a Constituição consagraria, ou não, a presunção de inocência, mas apenas considerar o enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, sanção ou consequência jurídica gravosa que dependesse dessa condição constitucional. Frisou-se que esse quadro teria sido alterado com o advento

da Lei 8.038/1990, que instituiu normas procedimentais relativas aos processos que tramitam perante o STJ e o STF, ao dispor que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos no efeito devolutivo. No ponto, observou-se que a supressão do efeito suspensivo desses recursos seria expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei 7.960/1989 e, posteriormente, na edição da Lei 8.072/1990. Citou-se o que decidido no RE 482.006/MG (*DJ* de 14-12-2007), no qual declarada a inconstitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, ao fundamento de que tal preceito afrontaria o disposto no art. 5º, LVII, da CF. Concluiu-se que, se a Corte, nesse caso, prestigiara o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade, não o poderia negar quando se tratasse da garantia da liberdade. Vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que denegavam a ordem.
(HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, acórdão pendente de publicação.)

6. Além disso, é de se ressaltar que eventual ilegalidade da manutenção da prisão cautelar do paciente em grau de apelação é questão autônoma, sequer aventada na impetração antecedente, razão pela qual, de qualquer modo, dela não caberia ao Supremo Tribunal Federal conhecer, sob pena de indevida supressão de instância.

De se explicar: quando denegado o HC 111.111, o Superior Tribunal de Justiça analisou tão somente a legalidade do decreto da prisão preventiva e da manutenção da prisão na sentença penal condenatória, porque o título legitimador da prisão do paciente não havia – ainda – sido substituído por outro.

Entretanto, a prisão do paciente foi mantida pela superveniência do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região no julgamento do recurso de apelação, nos termos seguintes:

(...) Como é de conhecimento geral, o recorrente *Salvatore Cacciola* se encontrava foragido na época em que sua defesa interpôs o apelo em seu nome (...).

Tendo constado expressamente na parte final da sentença que não estava sendo concedido o benefício de poder apelar em liberdade ao réu em tela, em face de se encontrar foragido (fl. 3210) – logo, justificando-se a prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal, da qual o citado acusado fazia pouco, como foragido, agindo com total liberdade na Europa, para onde se dirigira após obter liberdade em liminar de *habeas corpus* no STF, depois revogada.

(...)

Apesar da conduta renitente do acusado – o qual valeu-se de sua dupla nacionalidade, o que o levou a se refugiar na Itália, sua terra de origem, que não concede extradição a seus nacionais – demonstrando não querer se submeter a julgamento pela lei brasileira com relação a condutas praticadas no território do país onde exercia suas atividades e do qual era cidadão naturalizado, eis que tendo viajado da Itália para Mônaco, lá veio a ser preso pela Interpol, em 15-9-2007, em cumprimento de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária do Brasil e, finalmente, veio a ser atendido o pedido de extradição, que acarretou sua volta ao Brasil, o que se deu em 17-7-2008.

(...)

Por fim, consta ainda em desfavor do réu o fato de não ter colaborado com a Justiça, visto que, como bem acentuado pelo órgão acusatório (fl. 3427), "este condenado nunca pretendeu se submeter à aplicação da lei penal, tanto que, na primeira oportunidade, evadiu-se (...)".

Tais comentários se deram na época em que ainda não se sabia que o réu iria ser extraditado e, com isso, devolvido ao Brasil, após ser preso pela Interpol, em Mônaco, estando atualmente cumprindo prisão preventiva em estabelecimento penal do Estado, após oito anos durante os quais foi considerado foragido e viveu confortavelmente na Itália, eximindo-se da aplicação da lei penal brasileira em face de delitos cometidos em nosso território (...).

(...)

Pelos mesmos fundamentos contidos na sentença e ora expostos e conforme requerimento do Ministério Público Federal, o réu deve ser mantido no cumprimento da prisão preventiva, por persistirem os fundamentos de sua decretação em especial o da garantia de aplicação da lei penal.

(Fls. 1292-1347.)

A dizer, ao proferir a decisão questionada no presente *habeas*, o Superior Tribunal de Justiça não examinou a questão por esse ângulo, pois o recurso de apelação não havia ainda sido julgado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

As ilegalidades apontadas no decreto de prisão preventiva e na sentença penal condenatória não subsistem com a prolação da decisão de segunda instância. E é por este é o título pelo qual o paciente está preso atualmente.

Assim, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região modificou a situação processual posta sob exame, impedindo que o Supremo Tribunal Federal faça a análise desse novo título prisional, sem que antes tenha sido objeto de questionamentos perante as instâncias inferiores.

7. Pelo que se tem nos autos, portanto, não se sustentam juridicamente os argumentos apresentados pelos impetrantes, impondo-se, pois, a manutenção de sua prisão, indicada como está na decisão a necessidade de se assegurar a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal, que poderiam ficar comprometidas fosse outra a decisão.

8. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de se denegar a ordem.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, no julgamento do HC 84.078, esta Suprema Corte, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, decidiu no sentido de que o princípio da inocência, o princípio constitucional da inocência, não permite a execução provisória da pena, mas também ficou assentado que a prisão cautelar encontra sede possível no art. 312 do Código de Processo Penal.

Permitam-me ler o dispositivo:

> 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.

Ora, temos nos autos que no passado o paciente já procurou se furtar, como bem dito no voto da eminente Relatora, ao cumprimento da ação penal. A defesa constrói toda uma alegação – e cumprimento o nobre defensor –, mas não há como desconsiderarmos os fatos. Houve uma viagem para o exterior, para a Itália, um país cuja nacionalidade também detém o paciente, e um país que, como o Brasil, também não extradita os seus nacionais.

Então, nesse sentido, Senhor Presidente, entendo que a prisão cautelar encontra fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal e não afronta de maneira alguma o que decidido no HC 84.078.

Todavia, Senhor Presidente, verifico – dos fatos trazidos e das peças do processo, que li – que o paciente foi condenado a treze anos de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes de peculato e gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 312 do Código Penal e art. 4º da Lei 7.492 de 1986); teve sua prisão preventiva decretada em 6 de junho de 2000 (fls. 470 a 478 dos autos); a segregação cautelar foi revogada liminarmente em 4 de julho de 2000 pelo Supremo Tribunal Federal (fl. 273 dos autos); posteriormente, com a notícia da fuga do paciente para a Itália, foi em 19 de julho de 2000 revogada a liminar pelo então Presidente da Suprema Corte Ministro Carlos Velloso, restabelecendo assim a custódia anteriormente decretada em primeiro grau. O paciente já se encontrava em território italiano e lá permaneceu por longo período, somente voltando a este País por força de extradição, porque localizado e capturado no Principado de Mônaco, em 15 de setembro de 2007, pela Interpol (fls. 1276 a 1277 dos autos); houve ainda recurso de apelação tanto da defesa quanto da acusação, ambos foram desprovidos pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que manteve a prisão preventiva do paciente (fls. 1282 a 1347).

Em síntese, o paciente foi capturado no Principado de Mônaco em 15 de setembro de 2007 pela Interpol, onde permaneceu preso até seu retorno ao Brasil, sendo conduzido ao cárcere em 17 de julho de 2008.

Tomando por base a data da prisão, em razão de sua captura, 15 de setembro de 2007, e o dia de hoje, 15 de abril de 2010, o paciente encontra-se preso preventivamente há dois anos e sete meses, isso sem levar em conta os trinta e sete dias que ficou preso ainda no ano de 2000. Poderíamos agregar aqui essa soma.

Observada a regra do art. 42 do Código Penal, segundo a qual:

> Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior;

considerado o enunciado da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

> *Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória;*

e, por fim, que o delito praticado pelo paciente não se enquadra no rol do crimes hediondos, Lei 8.072/1990, ou equiparados, há que se observar a possibilidade da progressão do regime no caso concreto.

A regra para o cálculo do benefício está presente no art. 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, o cumprimento de um sexto da pena no regime em que se encontre.

Pelos meus cálculos, treze anos de reclusão dão um total de 156 meses; um sexto seriam 26 meses. Considerando que ele está preso há dois anos e sete meses, ele já estaria preso há 31 meses. Portanto, com 26 meses, já teria cumprido um sexto da pena, e ele está preso há 31 meses. Isso ainda desconsiderando os 37 dias da primeira prisão no ano de 2000. Essa é a regra do art. 112.

Assim, aplicando-se essa regra à pena do paciente, o lapso temporal do ponto de vista unicamente objetivo – e aqui só estou analisando o aspecto objetivo, Senhor Presidente e nobres Colegas – enseja o benefício, ressalvada, por óbvio, a análise do Juízo competente de eventual presença dos demais requisitos subjetivos exigidos pela Lei de Execução Penal.

Assim, eu acompanho o voto da eminente Relatora, mas proponho a concessão da ordem de ofício para determinar ao Juízo competente que analise os requisitos necessários à obtenção do benefício da progressão.

É como voto, Senhor Presidente.

VOTO
(Confirmação)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Senhor Presidente, apenas para acentuar que, como a concessão está sendo proposta de ofício, porque não é pedido nem argumentado, eu não reajusto o meu voto; mantenho-o no sentido da denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também entendo – com fundamento no voto da eminente Ministra Cármen Lúcia e agora com os adendos que foram feitos no voto do eminente Ministro Dias Toffoli – que estão sim presentes os requisitos do art. 312.

Mas vou pedir vênia para acompanhar o Ministro Toffoli na concessão da ordem de ofício, porque entendo – fundado na jurisprudência desta Suprema

Corte – que, mesmo na prisão processual, o paciente, pelo tempo em que já permaneceu preso, tem, em tese, direito à progressão de regime, sujeita essa progressão, evidentemente, ao exame do Juízo da execução, não apenas quanto ao cumprimento dos requisitos objetivos, mas também subjetivos. Parece-me que há notícia nos autos – de que existem embargos de declaração ajuizados ou interpostos pelo Ministério Público e a eminente Relatora que está confirmando isso.

Relativamente a esse aspecto, trago dois argumentos: primeiramente, verifico na documentação que tenho que a apelação foi julgada em 12 de novembro de 2008. Ora, o paciente não pode ficar esperando indefinidamente que esses embargos de declaração sejam julgados e permaneça preso até que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região se digne julgar esses embargos que estão sob sua apreciação; em segundo lugar, digo o seguinte: se o paciente, eventualmente, merecer a progressão de regime, do fechado para o semiaberto, não se livrará solto. E se os embargos de declaração do Ministério Público forem excepcionalmente recebidos com caráter infringente e a pena for eventualmente aumentada, estar-se-á diante de uma nova condenação.

O art. 118, inciso II, da LEP diz o seguinte. A LEP é Lei de Execução Penal:

> Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade, ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
>
> II – sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena de execução, torne incabível o regime (art. 111).

Ou seja, ele continua preso em regime semiaberto. Se sobrevier uma nova condenação, nós teremos a hipótese do art. 118, II, da Lei de Execução Penal. Na pior das hipóteses, o que ocorrerá, se nós admitirmos que ele progrida a Juízo ou segundo a decisão futura do Juízo das execuções? Na pior das hipóteses ele regredirá, novamente, ao regime fechado.

Por essas razões, até por não vislumbrar nenhum prejuízo para a administração da Justiça, acompanho o eminente Ministro Dias Toffoli na concessão da ordem de ofício, ou seja, denego a ordem, nos termos propostos pela eminente Relatora, mas concedo, de ofício, para que o Juízo da execução avalie a possibilidade da progressão de regime.

É como voto, Senhor Presidente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Senhor Presidente, eu queria fazer um esclarecimento, aliás o nobre advogado já tinha chamado a atenção, e eu não acentuei devidamente no longuíssimo relatório que acabou tumultuando.

Foram opostos embargos de declaração, mas esses embargos foram julgados pelo Tribunal Regional, em 16 de dezembro de 2009, e contra a decisão que manteve a condenação foram interpostos recurso extraordinário e recurso especial – eu não tenho acesso, porque não há acesso a esses dados pelo sítio –, mas o que se acentua – e o advogado reiterou da tribuna – é que está se aguardando

agora o juízo de admissibilidade desses recursos. Mas os embargos foram julgados. Isso não muda, é apenas para não deixar registrado como se houvesse a pendência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu agradeço, isto só reforça o meu argumento, porque se os embargos já foram julgados e rejeitados melhor ainda fica a situação do paciente no aspecto proposto...

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Ministério Público interpôs o recurso especial e o recurso extraordinário?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Os dois interpuseram. Defesa e Ministério Público.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A notícia que eu tinha, até este presente momento, quando proferi meu voto é que não haviam sido julgados, ainda, os embargos do Ministério Público. Mas isto, então, reforça os meus argumentos e aduzo que, para o efeito da progressão de regime, o fato de ter havido a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, por parte do Ministério Público, nunca obstou que se pudesse cogitar da possibilidade da progressão de regime segundo a jurisprudência da Corte.

Portanto, é o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, o Estado de Direito viabiliza a preservação das práticas democráticas, ainda que contra as reações que identificamos como o imaginário social, quer dizer, a opinião pública, que entende de quando em quando com paixão, e sem compaixão nenhuma, impiedosa, que a Justiça só serve para soltar quem a polícia prende. O problema é que nós aqui atuamos não com fundamento no imaginário social, mas com fundamento na lei, na legalidade.

Estou plenamente convencido da correção das razões da Ministra Relatora, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal aí estão. De modo que eu a acompanho no sentido de denegar a ordem. Mas vou acompanhar a proposta do Ministro Dias Toffoli, no sentido de conceder a ordem de ofício para efeito da progressão, do exame da progressão. Se o paciente estivesse a cumprir pena, poderia obter a progressão de regime.

Pode parecer mesmo, para o membro da sociedade civil que eu sou, que, por ponta da gravidade do delito, por conta de inúmeras outras circunstâncias aqui vincadas, a mim parece mesmo, como membro da sociedade civil, que o paciente deva ficar preso. Mas aqui não sou um membro da sociedade civil apenas. Aqui devo prestar acatamento à legalidade.

Eu me referi, em voto proferido no HC 94.916, à vingança, à retribuição da Justiça como uma espécie de vingança. A retribuição da Justiça também pode e deve, quando fundamento exista para tanto, ser concebida não na perspectiva da

sanção negativa, mas na perspectiva que os italianos chamavam, no começo do século passado, de "direito premial".

Nessas condições, não o membro da sociedade civil que se revolta e fica indignado diante de tantos delitos que por aí se praticam, sobretudo os delitos de colarinho branco, não como membro da sociedade civil, mas como Juiz do Supremo Tribunal Federal, concedo a ordem de ofício, acompanhando o voto do Ministro Dias Toffoli.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu, em matéria penal, ponho os olhos imediatamente não no Código Penal, mas na Constituição que alberga normas de caráter penal, ora de Processo Penal, ora de Direito Penal material, e, na Constituição, sempre encontro uma distinção muito nítida, muito clara entre pena e prisão. Quando a Constituição quer falar de pena, fala de pena; quando quer falar de prisão, fala de prisão. Por exemplo, inciso XXXIX do art. 5º: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"; no XLVI do mesmo art. 5º: "a lei regulará a individualização da pena (...)"; No XLVIII: "a pena será cumprida em estabelecimento distintos (...)". Depois muda para prisão: "ninguém será preso senão em flagrante delito"; "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontram serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)"; "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

Muito bem, a partir dessa distinção primaz, eu passo a interpretar o art. 57, que é o direito à presunção de não culpabilidade na perspectiva da pena e não da prisão: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Ou seja, ninguém sofrerá os efeitos da pena – estou falando de sentença penal condenatória – senão com o trânsito em julgado da respectiva sentença. Por isso é que não pode haver a antecipação de pena, cumprimento antecipado de pena. Decidimos isso no voto proferido pelo Ministro Eros Graus e subscrito – quero crer – pela unanimidade da Corte – não me lembro bem – no HC, Ministro Eros, 84.078.

Pois é, quando a Constituição quer tratar de prisão independentemente de condenação penal, a regra matriz me parece que é essa, a do inciso LXI do art. 5º: "ninguém será preso (...)". Muito bem é a regra, mas vêm as exceções: "senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (...)". Eu paro por aqui.

O caso é de prisão cautelar, prisão processual. Há sentenças penais condenatórias. Há duas decisões penais condenatórias, mas nas instâncias ordinárias: a primeira e a segunda. Há recursos. Parece-me que um recurso extraordinário e um recurso especial. Muito bem. Então, a prisão é cautelar. Ela há de ser fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal. Primeiro, há uma previsibilidade expressa da Constituição para esse tipo de prisão: "ninguém será preso,

senão em flagrante delito"; e vem a parte que interessa: "ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente".

Há uma ordem escrita da autoridade judiciária competente. Agora, está fundamentada? Eu entendo que sim. Os dois fundamentos também são suficientes para mim: assegurar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal.

A Ministra Cármen Lúcia foi – a meu sentir – precisa no dissecar o conteúdo da decisão prisional. O Ministro Celso de Mello também retomou o tema que me parece de modo absolutamente convincente. Não vou repetir as palavras da Ministra Cármen nem as do Ministro Celso de Mello.

Agora me transporto imediatamente para a possibilidade de concessão da ordem de ofício, tal como consta do voto inaugural do Ministro Toffoli. E aí não me anima perfilhar o entendimento dele, até porque progressão de regime – tenho dificuldade em fugir da semântica das palavras, quando acho que o Direito recolheu do vocabulário comum do povo o significado dos termos que ele, Direito, usa –, progressão de regime, de regime penitenciário, está na LEP a possibilidade de progressão.

O que é LEP? Lei das Execuções Penais, ou seja, já no pressuposto de execução da pena, não de cumprimento de prisão – Lei das Execuções Penais – regime de progressão prisional, regime de progressão no cumprimento da pena em estabelecimento penitenciário, com o trânsito julgado da sentença penal condenatória.

Aqui estamos no âmbito de uma prisão. A progressão de regime, quando se trata de prisão, sempre me causa certo *frisson*, certa inquietação mental. O que acho correto é, quando da execução da pena, se faz o desconto ou abatimento do tempo em que o condenado esteve preso. E aí, sim, se faz o cálculo para se saber se é possível conceder a progressão de regime.

Fora disso e no caso concreto – o caso concreto é muito grave, é muito grave –, essa progressão em favor do paciente me parece uma regressão quanto à Justiça penal, ou seja, o paciente progride, e a Justiça regride. Parece-me nitidamente que o caso contraindica o regime da progressão, se não bastassem os fundamentos que lancei.

Por isso, Senhor Presidente, sigo às inteiras o voto da Ministra Cármen Lúcia, sufrago o entendimento de Sua Excelência para negar *in totum* o *habeas corpus*, pedindo vênia aos que pensam diferentemente.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, também acompanho o voto da eminente Relatora, com vênia dos Colegas que concedem de ofício o *habeas corpus*.

Entendo que a manifesta intenção de furtar-se à aplicação da lei penal justifica, plenamente, a prisão provisória.

O benefício da dúvida já foi concedido uma vez ao paciente, e ele frustrou essa expectativa favorável.

De qualquer forma, com relação à proposta do eminente Colega Dias Toffoli, sufragada pelo Ministro Ricardo Lewandowski e também pelo Ministro Eros Grau, verifico que, pendendo ainda de definição, na via do recurso especial e mesmo do recurso extraordinário, a quantidade de pena a ser aplicada, não tenho como calcular-lhe, desde logo, a sexta parte necessária para garantir a progressão de regime.

No caso, na eventualidade de prevalecer esta corrente dentro do Tribunal, eu sugeriria, ao menos, que a Corte adotasse, desde logo, medidas, dentro do seu poder geral de cautela, para, pelo menos simbolicamente, reter o passaporte do paciente, coisa que já se viu na ocasião anterior não teve o menor efeito. Mas fica a proposta colocada para a eventualidade de concessão de ofício.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, começo pelo pano de fundo da ação penal.

Em 2008, todos acreditavam no que vinha sendo asseverado pelo Governo quanto à manutenção de certa política cambial.

Ao término de 2008 e início de 2009, houve a surpresa, uma guinada repentina a respeito dessa mesma política, desvalorizando-se o real de forma substancial.

Aqueles que acreditaram nesse ou naquele campo – não apenas no campo financeiro, mas também no da tomada de empréstimo, da aquisição de bens considerado o dólar – viram-se surpresados da noite para o dia. Foi justamente o que ocorreu no caso que estamos agora a examinar. Não sei se em razão do efeito dominó, ou até mesmo considerada uma certa culpa sob o ângulo da consciência, houve o socorro pelo Banco Central ao bancos Marka e FonteCindam estes, repito, acreditaram na política governamental, que era em termos de não se implementar a desvalorização do real, e calcaram esforços ante a posição em dólar, mas essa é uma questão que está sendo debatida no próprio bojo do processo-crime e diz respeito à imputação, à tipologia.

Faço uma segunda observação, Presidente. Estamos em época que não é de exceção; não é, muito menos de terror; não é uma época de abandono das balizas reveladas pela ordem jurídica. Por isso, antes da culpa formada, não cabe dizer que o acusado não é um simples acusado, que é um criminoso, principalmente por se tratar de alguém que detém a condição de primário e porta, considerado fatos ocorridos em 2008 e 2009, bons antecedentes.

Assusta-me muito quando se assevera, de forma peremptória, que, no caso, há um criminoso que estaria a merecer a excomunhão maior e, portanto, estaria com as franquias constitucionais afastadas.

Presidente, lanço um breve histórico, até mesmo considerada a responsabilidade decorrente da própria toga. Em julho de 2000, empreendemos no Tribunal – o Ministro Carlos Velloso era o titular da gestão e eu, o vice – o sistema de revezamento quanto a medidas urgentes que deveriam ser apreciadas no próprio curso das férias. Encontrava-me no exercício da Presidência quando recebi o HC 80.288/RJ, que veio posteriormente a ser distribuído, mas os incidentes ocorreram na fase anterior.

Houve o pleito de concessão de medida acauteladora, e enfrentei-o aludindo à impetração formalizada, à época, pelos advogados Antônio Carlos de Almeida Castro, Camila Lafetá Sesana e José Carlos Fragoso.

Enfrentei o tema, lançando relatório circunstanciado, como costumo fazer – muito embora não chegue aos pés de um Colega, hoje decano da Corte –, revelando – prefiro ficar na bancada, até mesmo para ficar mais solto – a visão que tive sobre a espécie. Busquei – pode ser que muitos não concordem com o convencimento formado – revelar a concepção sobre o quadro. É muito bom quando se tem a tríplice identidade: fatos, normas e anseios da sociedade, para não falar em popular, para não falar em turba. O juiz sempre é aplaudido, mas quando contraria o denominado clamor público é praticamente execrado. Foi o que ocorreu. Mas não atuei de forma aligeirada, assim não faria e nunca farei enquanto exercer o ofício judicante.

E, àquela época, após o relatório, fiz ver:

> Ninguém desconhece a necessidade de adoção de rigor no campo da definição de responsabilidade, mormente quando em jogo interesses públicos da maior envergadura. No levantamento de dados, no acompanhamento dos fatos, no esclarecimento da população, importante é o papel exercido pela imprensa.

Sou um arauto da liberdade de expressão e creio que avançamos culturalmente a partir dela. No entanto, já previa a repercussão que teria a medida acauteladora, o ato precário e efêmero formalizado de concessão da liminar:

> Todavia, há de se fazer presente a advertência de Joaquim Falcão, veiculada sob o título "A Imprensa e a Justiça", no Jornal *O Globo*, de 6 de junho de 1993:
>
> "Ser o que não se é, é errado. Imprensa não é Justiça. Esta relação é um remendo. Um desvio institucional. Jornal não é fórum. Repórter não é juiz. Nem editor é desembargador. E quando, por acaso, acreditam ser, transformam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não têm. Não raramente, hoje, alguns jornais, ao divulgarem a denúncia alheia, acusam sem apurar. Processam sem ouvir. Colocam o réu, sem defesa, na prisão da opinião pública. Enfim, condenam sem julgar."

Já imaginava – porque, evidentemente, muito embora não tivesse a idade de hoje, não acreditava, mesmo naquela época, em Papai Noel – que o pronunciamento que deveria, segundo a minha ciência e consciência, implementar seria objeto de críticas exacerbadas, como o foi.

Não esperava, evidentemente, que, cinco dias depois – concedi a liminar numa sexta-feira, 14 de julho de 2000 –, aquele que substituí à época, o Ministro Carlos Velloso, inaugurando, talvez, a autofagia no âmbito desta Corte, viesse cassar a medida antes da distribuição do processo, porque eu atuara como Presidente, personificando o próprio Tribunal, como ele também acabou fazendo.

Vamos aos fundamentos, para não transparecer que teria praticado um ato em descompasso com a realidade processual. Consignei:

> Exige-se do Judiciário a equidistância, a atuação desapaixonada, [eu sempre repito que processo não tem capa, processo tem conteúdo] buscando, assim, o restabelecimento da paz jurídica momentaneamente abalada. O instituto da prisão preventiva coloca-se no campo da absoluta excepcionalidade. [O certo é apurar para depois prender, não prender para depois apurar] O certo, o constitucional é aguardar-se a formação da culpa [por isso eu não tenho o paciente como criminoso, porque senão estaríamos a cogitar de execução de pena e não de prisão preventiva] após haver o acusado exercido, em toda a plenitude, o direito de defesa [as franquias constitucionais não são acionadas por aquele que preserva o padrão que se aguarda do homem médio; são acionadas as franquias pelos que estão sendo alvo de uma persecução criminal] Pedagógica é a Carta da República ao revelar algo que decorre, até mesmo, do princípio da razoabilidade, da presunção do que normalmente se verifica, da impossibilidade de inverter-se a ordem natural das coisas, assentando-se conclusão somente passível de ser alcançada ao término da instrução penal, após desincumbir-se o Ministério Público do ônus processual de comprovar, de forma robusta, a culpa do acusado. Impossível é esquecer que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória" (inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal). É essa a óptica que deve estar presente toda vez que enfrentado requerimento do Ministério Público visando a prender-se este ou aquele acusado. Há de ser examinado, em si, o ato no sentido da manutenção da custódia do paciente, ou seja, a decisão mediante a qual o Juízo da 6ª Vara Federal manteve a preventiva quanto ao Ppaciente, afastando-a no tocante ao corréu Luiz Augusto de Bragança. A prova material da existência dos crimes descritos na denúncia e indícios suficientes da autoria não são capazes de, por si sós, levarem à extravagante prisão preventiva, sob pena de ter-se, na realidade, autêntica execução de pena ainda não imposta. O art. 312 do Código de Processo Penal exige mais, e o faz remetendo sempre à consideração das circunstâncias do caso concreto, sem que se possa partir para a elaboração de peça judicial que sirva a todo e qualquer processo. O fundamento da magnitude da lesão está umbilicalmente ligado a algo que diz respeito à decisão final da ação penal, ou seja, à imposição da pena [à conclusão sobre a culpa]. Discrepa da natureza da custódia, [preventiva] no que há de mostrar-se simplesmente preventiva, e não reparatória. A norma do art. 30 da Lei 7.492/1986 não resiste ao mais flexível exame sob o ângulo jurídico, à luz do sistema pátrio de persecução criminal.
>
> O citado artigo retrata a norma reveladora, ante a magnitude da lesão, da automaticidade da preventiva. Conduz a verdadeiro paradoxo, como retratado na inicial. Em se tratando de mercado financeiro, de mercado de capitais, os valores envolvidos são de ordem inigualável, e aí, em qualquer ação, ter-se-ia a magnitude da lesão causada, também submetida à respectiva demonstração. Veja-se a que conduz a aplicação do referido art. 30 [Base do decreto que implicou a custódia preventiva]. No caso dos autos, com tintas fortes, menciona-se quantia que ultrapassa

um bilhão de reais. Pois bem, a denúncia fez-se voltada não apenas contra o ora paciente, mas, também, à responsabilidade, pelo crime que se diz perpetrado, de outros acusados, a saber: Cínthia Costa e Sousa, Eliel Martins da Silva, Luiz Antônio Andrade Gonçalves, Roberto José Steinfield, Luiz Augusto de Bragança, Rubem de Freitas Novaes, Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, [que exerceu a presidência do Banco Central] Cláudio Ness Mauch, Demósthenes Madureira de Pinho Neto, [diretores do Banco Central e estavam em exercício] Teresa Cristina Grossi Togni, Alexandre Pundek Rocha e Edemir Pinto, apontando-se a infração aos arts. 4º, 10 e 23, combinados com o art. 25 da Lei 7.492/1986, e arts. 312, 313, 333 e 299 do Código Penal. Ora, a teor do art. 30 em comento, todos deveriam estar sob a custódia do Estado, [e o tratamento evocado, o tratamento igualitário, diz respeito ao ato primitivo, à ordem de prisão tal como formalizada] e aí, após o desfecho final das ações penais intentadas, caminhar-se-ia ou para a detração, se impostas condenações, [subtraindo-se o período das preventivas] ou para a responsabilidade civil do próprio Estado, ante a previsão do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 ["o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". O primeiro, o erro judiciário, estaria, justamente, na aplicação de um dispositivo legal que exsurge conflitante com o sistema consagrado pela Lei Maior [a prisão automática ante o vulto da lesão perpetrada]. A esta altura, tem-se uma certa tranquilidade, vez que a preventiva, com base em tal preceito legal, apenas foi decretada contra dois acusados, sendo que um deles já logrou a liberdade. Assim, neste exame superficial [e mais não seria necessário] afasto o fundamento contido na decisão de fls. 223 a 231, concernente à automática prisão do paciente em virtude da magnitude da lesão, até aqui não tornada extremo de dúvidas.

Quanto à possibilidade de o paciente haver praticado outros crimes [e aludiu-se a "(...) indícios da prática de outros crimes (...)"] creio que atento está o Ministério Público. A par disso, considerada a própria persecução criminal, ressalta, ainda, que tais indícios afloraram das gravações obtidas a partir da interceptação telefônica.

Não obstante, essas gravações padecem da ausência da indispensável legitimidade legal e constitucional. Documentos anexados a estes autos comprovam as sucessivas prorrogações do prazo de quinze dias para a feitura das diligências interceptativas. A escuta telefônica consubstancia exceção, e, assim, os preceitos que, a partir do art. 5º, XII, da Constituição Federal, regem-na hão de ser interpretados de forma estrita, e não elástica. O balizamento temporal do art. 5º da Lei 9.296/1996 não pode ser ultrapassado, pouco importando a repercussão do crime perpetrado. O prazo de quinze dias, renovável apenas por igual período, deve ser observado, como, também, a necessidade de a ordem judicial fazer-se não de modo telegráfico, mas de maneira fundamentada, e isso não ocorreu na espécie dos autos, conforme demonstram as peças de fls. 236 a 245.

Quanto à atuação do paciente relativamente às testemunhas [e parece que isso impressionou muito quem até aqui, no ofício judicante, se defrontou com o pedido de afastamento da custódia] atente-se para o fato de que o próprio Juízo mitigou a importância da alegação, ao consignar, à fl. 226, que, "no que diz respeito às testemunhas do MPF Leila Malafaya e Leon Sayeg, tendo em vista que as razões acima já deixam claro que a prisão preventiva ao menos não será ainda revogada, tendo em vista os indicativos a respeito da prática de outras condutas delituosas, reservo-me [era tão frágil o argumento que não foi utilizado para se impor a preventiva] a aferir

a questão da influência no ânimo das testemunhas, após a colheita de seus depoimentos no sumário". Assim, essa possível interferência deixou de ser tomada como base para, em prol da instrução criminal, determinar-se a custódia.

Por derradeiro, no tocante à possibilidade de o paciente deixar o Brasil, [enfrentei esse argumento] também inexiste base maior para chegar-se à posição limite, que é a referente à custódia antes de a culpa estar formada. De início, qualquer acusado pode evadir-se.

O art. 366 do Código de Processo Penal revela, no caso de o acusado deixar o distrito da culpa, no de revelia, ou no de não se ter credenciamento de profissional da advocacia, a prisão automática? Não. Dispõe sobre a suspensão do processo, que não houve. O que ocorreu foi uma tramitação muito demorada, porque esse processo surgiu em 2000 e já se tem mais de dez anos de tramitação. Repita-se à exaustão: o preceito não encerra a prisão automática, mas a suspensão do processo e da prescrição, do prazo prescricional. Caso presente premissa contemplada no art. 312 do Código de Processo Penal, pode-se, no campo da exceção, impor-se a custódia antes de formada a culpa.

De início, qualquer acusado pode deixar o distrito da culpa, arcando – evidentemente – com as consequências próprias. O que varia é a forma de locomoção. É certo que o paciente é de nacionalidade italiana, sendo naturalizado brasileiro. Todavia, possui raízes no País, para aqui tendo vindo em tenra idade e se estabelecido, constituindo família e se projetando no campo profissional escolhido. [Então, o paciente não era tido como bandido nem, muito menos, como criminoso] O receio de viagem sem volta ao exterior – já que a Itália, tal como o Brasil, de regra não agasalha extradição de nacional – pode ser neutralizado por outros meios, (...)

Quando o paciente saiu do Brasil, tinha o respaldo em autorização do Supremo – a liminar que implementei. Àquela altura, estava em vigor a medida acauteladora deferida no *habeas corpus*, assegurando-lhe, sem limitações, o direito de ir e vir.

(...) pode ser neutralizado por outros meios, notando-se [talvez aqui eu tenha sido muito otimista] a eficiência de nossa Polícia de Portos. [Ou, talvez, tenha desconhecido a extensão de nossas divisas com países irmãos] A não se sopesar esse aspecto, ter-se-á que, de um modo geral, estando o estrangeiro envolvido em um processo-crime, a preventiva será sempre medida a ser imposta.

Ganharia, dependendo do acusado, da dupla nacionalidade, ou de se tratar de um estrangeiro residente no Brasil que tivesse contra si imputação, contornos de prisão automática, o que é inconcebível, levando em conta nossa ordem jurídica constitucional.

Quanto ao fato de o paciente estar respondendo a processo, ou mesmo ter sido condenado, a repercussão é indevida. A prestação de contas à Justiça, sem a evidência de uma periculosidade maior, [talvez tenha sido temerário, tenha acreditado no que o Governo dizia quanto à estabilidade da política cambial] faz-se processo a processo, não cabendo adotar esdrúxula reciprocidade, isso considerada a preventiva. Levando em conta este fundamento, esgotam-se as premissas [que analisei

> uma a uma e analisei de forma fundamentada como convém] do decreto de prisão, e constata-se que, a princípio, mostrou-se extravagante a preservação da custódia, mesmo porque verificado grande hiato entre os primeiros procedimentos criminais alusivos à espécie e a decretação.
>
> O paciente estava em liberdade tentando soerguer-se no mundo profissional.
>
> Assentei:
>
> > Defiro a liminar pleiteada para assegurar ao acusado Salvatore Alberto Cacciola – o único dos catorze denunciados [hoje a maioria já condenada, mas sem o trânsito em julgado] sob a custódia do Estado – o direito de aguardar, em liberdade, o julgamento do *habeas corpus* impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região – *Habeas Corpus* n. 2000.02.01.0357605. Expeça-se o alvará de soltura, a ser cumprido com as cautelas legais, ou seja, caso não esteja o destinatário submetido à custódia do Estado por motivo estranho ao Processo 99.046981-0, da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, tendo em vista a decisão de fl. 223 a 231.

Presidente, foi com esse título que Cacciola deixou o Brasil. Poderia fazê-lo? A resposta é desenganadamente positiva, porque teve restabelecida a prerrogativa de ir e vir sem a delimitação territorial, considerado o Brasil. Poderia, realmente, viajar, como o fez.

Permaneceu na Itália, porque, talvez, houvera alguma sinalização, considerado o que se avizinhava, ou seja, de não se aguardar a distribuição do *habeas*, que foi cair, posteriormente, nas mãos – sob o ângulo da relatoria – do Ministro Nelson Jobim. Indago: ocorreu, com essa permanência, alguma ilegalidade? Cometeu ele crime ao resistir, no âmbito de um direito natural, ao que entendeu, presente até mesmo a liminar deferida, como uma ilegalidade? A resposta é óbvia, e não se poderia exigir de uma pessoa sã que, simplesmente, presente a cassação abrupta, para dizer o mínimo, da liminar deferida, voltasse ao Brasil e se apresentasse à autoridade policial, e se submetesse à custódia do Estado, mesmo convencido de estar diante de um ato ilegítimo.

A circunstância de haver permanecido na Itália e posteriormente cometido um ato falho – viajar a um outro país – não é de molde a dizer simplesmente que essa custódia cautelar pode se projetar no tempo de forma indeterminada, a dizer-se que se presume não a não culpabilidade, mas a culpabilidade, e que se precisa resguardar a aplicação da lei penal. Quando o art. 312 do Código de Processo Penal refere-se à preservação da instrução criminal, o faz no campo – repito – da excepcionalidade quanto à preventiva, e presentes atos que possam, de alguma forma – como ocorreu recentemente com o ex-governador do Distrito Federal –, embaralhar a investigação.

Presidente, não consigo conceber, ante a quadra vivenciada – não uma quadra de exceção, mas própria a um Estado de direito –, como algo que se mostre provisório a ensejar, até mesmo, progressão quanto à custódia, quanto ao regime de prisão mais gravoso ou menos, possa estar imune ao excesso de prazo, sendo que os demais acusados estão soltos. A prisão de Cacciola já soma praticamente três anos: dois anos e nove meses. O excesso de prazo salta aos

olhos, a menos que consideremos o que foi asseverado, de início, pelo chefe do Ministério Público Federal, Dr. Gurgel, que se trate de um criminoso, do maior criminoso do país – palavras assustadoras de Sua Excelência, sobre um homem que deve ficar sob a custódia do Estado, pouco importando a inexistência de culpa formada.

Para mim, impõe-se a concessão da ordem de ofício – já não cogito da progressão e imagino até que alguns Colegas estejam pensando em propor a revisão do Verbete 716 da Súmula do Supremo – para afastar a custódia, tendo em conta não só o tratamento diferenciado, sob a minha óptica implementado a partir da dupla nacionalidade do acusado, até aqui um simples acusado – refiro-me ao tratamento diferenciado ocorrido à época da preventiva –, e, também, o excesso de prazo.

Fiz algumas anotações e ressalto – considerada a data do episódio que serviu de base à acusação – que se trata de primário, detentor de bons antecedentes. Não vejo como se potencializar o patronímico "Cacciola", para simplesmente se dizer que em relação a esse acusado não vale a ordem jurídica, não se tem a observância do Direito posto.

Peço vênia aos que assim não entendem para assentar, primeiro, que a preventiva mostrou-se discrepante do figurino legal, do art. 312 do Código de Processo Penal; segundo, que, a essa altura, existe odioso tratamento diferenciado – não sei se isso decorre, não acredito, da circunstância de alguns dos acusados e condenados terem exercido direção no Banco Central – e, terceiro, que há excesso de prazo.

Concedo a ordem nesses termos para afastar a custódia, com o recolhimento – e foi sugerido pela Ministra Ellen Gracie – dos dois passaportes, o brasileiro e o italiano, se é que ainda não o foram. E, porque voto por último, se vencido relativamente a essa matéria, a menos que haja proposta para se cassar no caso concreto...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência não vota pela progressão do regime? É um outro voto?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência interrompeu, é o que pretendia abordar. A menos que se casse, para o caso concreto, o Verbete 716 da Súmula do Supremo, não há como concluir pelo direito à progressão. O precedente originário sobre a matéria foi formalizado no caso PC Farias, sem que houvesse a preclusão na via da recorribilidade, porque, caso contrário, não diria respeito à preventiva, mas à própria execução da pena, avançou-se. O verbete é muito claro, admite – está em bom vernáculo – a progressão.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência, permite?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não é possível considerar pena que, provido o recurso do Ministério Público – como se a imposta já não fosse suficiente, treze anos –, possa ser imaginada, levando-se em conta a óptica deste ou daquele órgão julgador. Pois não, Ministro.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Obrigado a Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vou colocar o óculos, porque ouço melhor, como míope, com óculos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Quando da formulação da Súmula 716, a jurisprudência era outra. Admitia o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aqui, essa jurisprudência nunca reinou.

Conheci o Verbete 267 do Superior Tribunal de Justiça, que, penso, esta Corte declarou inconstitucional. Estou no Tribunal há dezenove anos e nunca admiti a execução precoce, temporã, açodada da pena, a execução antes do trânsito em julgado, porque seria, como ressaltou Vossa Excelência, admitir a culpa do acusado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas a jurisprudência admitia e foi por isso que a súmula foi editada. Agora com a decisão do Ministro Eros, que nós perfilhamos, não há mais essa possibilidade. Tenho para mim que essa súmula tem que ser revista, reinterpretada, porque agora não se permite.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora é muito interessante revermos um verbete de súmula em cima de certo caso concreto!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, porque a oportunidade é essa, Excelência. A hora de enxugar a lágrima é quando a lágrima está caindo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ter-se-á julgamento levando em conta a capa do processo!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, não tem nada a ver. Eu apenas estou lembrando que quando a súmula foi editada...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Depois dizem que sou o rebelde!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não. Quando a súmula foi editada, a jurisprudência nossa admitia a execução provisória da pena, ou seja, na pendência de recurso extraordinário, era possível executar a pena; agora não é mais assim, e a decisão foi correta, a atual decisão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência admite então...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, eu não admito a execução provisória da pena.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: ...que o teor do verbete é consentâneo com a nossa jurisprudência, segundo a qual, antes do trânsito em julgado, não pode haver a execução.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, a jurisprudência antiga, agora não, agora é outra.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aqui eu teria que fazer uma pesquisa, estou falando por mim, pelos votos que eu sempre proferi nesses dezenove anos. Eu

pelo menos nunca admiti a execução que eu aponto temporã da pena, presente o princípio da não culpabilidade.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito, é conhecida a posição de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, fico vencido no que concedo a ordem em extensão maior.

O Sr. Ministro Ayres Britto: À época Vossa Excelência era vencido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Veja como é importante – e o Ministro Nelson Jobim dizia que eu parecia até mesmo aquele ferrinho do dentista que fica no nervo exposto, sempre cutucando – insistir: sem modificação da legislação, da Carta da República, o Tribunal, então, procedente a colocação de Vossa Excelência, evoluiu. Parabéns ao Tribunal, porque evoluiu, Presidente, de forma realmente consentânea com os novos ares constitucionais.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sem dúvida, a jurisprudência atual é a mais arejada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, vencido – não estou sendo pessimista, porque acredito na evolução, principalmente em se tratando de integrantes do Supremo – quanto à extensão maior, evidentemente, chego à observância do Verbete 716, como penso que o Tribunal não pode deixar de fazer, viabilizando a progressão quanto à preventiva, do regime mais gravoso para o mais brando, já que sabemos, de início, que a prisão cautelar encerra o fechado.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, só para registros taquigráficos, só para aclarar uma parte do meu voto. Também entendo que a Súmula 716, ela é aplicável independentemente de haver ou não ainda recurso pendente por parte do Ministério Público. Só para fazer esse registro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque se não houver recurso pendente, já se tem a execução da pena.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Exatamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não se poderá cogitar de progressão na preventiva.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E poderia um preso provisório estar pagando mais do que se ele estivesse condenado com trânsito em julgado.

O Sr. Ministro Eros Grau: Esse é o sentido da súmula, exatamente; se não fosse, não precisaria dizer.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Só queria aclarar isso, Senhor Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também vou fazer um voto breve sobre o tema, diante da clareza e da boa fundamentação de todo o debate, que diz respeito à concessão da ordem, tal como pedida.

Eu vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio e acompanhar a eminente Relatora, diante dos fundamentos por ela expendidos.

Todavia, também peço vênia a Sua Excelência para acompanhar o voto proferido inicialmente aqui pelo Ministro Dias Toffoli, no sentido de, de ofício, conceder-se a ordem para que se avaliem as condições de progressão da pena, tendo em vista o Verbete 616.

EXTRATO DA ATA

HC 98.145/RJ — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Salvatore Alberto Cacciola. Impetrantes: José Luís Mendes de Oliveira Lima e outros (Advogados: Clovis Sahione e outros). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu a ordem de *habeas corpus*, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a deferia. Concedido *habeas corpus* de ofício para que o juiz competente examine a possibilidade da concessão de progressão de regime, vencidos a Ministra Cármen Lúcia (Relatora), os Ministros Celso de Mello e Ayres Britto e a Ministra Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Ausentes o Ministro Cezar Peluso, representando o Tribunal no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Criminal, em Salvador/BA, e o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Falaram, pelo paciente, o Dr. José Luís Oliveira Lima e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República.

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

Brasília, 15 de abril de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS 98.712 — SP

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: Jayr Galhardo Júnior — Impetrante: Marcos Roberto Boni — Coator: Relator do HC 131.480 do Superior Tribunal de Justiça

Moléstia grave – Transmissão – HIV – Crime doloso contra a vida *versus* o de transmitir doença grave. Descabe, ante previsão expressa quanto ao tipo penal, partir-se para o enquadramento de ato relativo à transmissão de doença grave como a configurar crime doloso contra a vida. Considerações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

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

> Na decisão que implicou o indeferimento da medida liminar, a espécie ficou assim resumida (fls. 336 a 338):
>
> "**Impetrações sucessivas – Excepcionalidade não configurada – Liminar indeferida.**
>
> 1. Eis como a Assessoria retratou esta impetração:
>
> 'Ao paciente é imputada a prática de tentativa de homicídio, porque, sabendo-se portador do vírus HIV, teria mantido, em épocas distintas, relacionamento amoroso e sexual com três mulheres, de quem, deliberadamente, ocultara a doença. A Juíza de Direito da Comarca de Cosmópolis, Estado de São Paulo, recebeu a denúncia em 18 de dezembro de 2008 e, acolhendo as razões da representação do Ministério Público como fundamento, decretou a prisão preventiva do acusado.
>
> A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando à revogação do decreto de prisão preventiva e a desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 131 do Código Penal. Sustentou que a conduta do paciente, de transmitir a outrem moléstia grave da qual estava contaminado, não encontrava adequação no disposto no art. 121 do Código Penal. A ordem foi indeferida. Houve interposição de recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça – o de n. 131.480. O Ministro Og Fernandes

não concedeu a liminar, assentando confundir-se o pleito alusivo à desclassificação do delito com o mérito da impetração (fl. 13).

Este *habeas* volta-se contra esse ato. O impetrante reitera a tese da impropriedade do enquadramento legal da conduta praticada pelo paciente, afirmando que os fatos se amoldam ao art. 131 do Código Penal – praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio. Pede a desclassificação do delito. Acrescenta ser insubsistente o decreto de prisão preventiva, por não estar demonstrada a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Busca a concessão de liminar para determinar-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pleiteia a confirmação da providência e a desclassificação do delito imputado para o do art. 131 do Código Penal.

Diante da deficiência da instrução processual, foram solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Comarca de Cosmópolis/SP. O Ministro Og Fernandes esclareceu ter indeferido a liminar por não estar suficientemente instruído o processo e o pedido cautelar confundir-se com o mérito da controvérsia (fls. 99 a 101). O Tribunal de Justiça enviou os documentos de fls. 125 a 331, concernentes à impetração que teve curso naquela Corte. O Juízo Criminal, às fls. 103 e 104, discorreu sobre a tramitação do processo-crime, noticiando haver proferido sentença de pronúncia em 11 de maio de 2009, não tendo facultado ao paciente o direito de recorrer em liberdade. Na oportunidade, o magistrado remeteu cópia da denúncia, do pedido de prisão preventiva e da decisão mediante a qual foi determinada a medida.

Na petição requerendo a prisão cautelar do paciente, o Ministério Público estadual destacou a presença da materialidade do delito e de indícios da autoria. Anotou cuidar-se da prática de três crimes hediondos, a gerar clamor na comunidade. Ressaltou a necessidade de preservar a integridade das testemunhas do crime – pessoas que mantiveram relacionamento estreito com o paciente –, evitando-se a submissão a coações. Acrescentou revelar a conduta do denunciado que, estando este em liberdade, colocaria em risco a comunidade local, 'por ser useiro e vezeiro em ocultar a doença que lhe acomete, transmitindo indiscriminadamente o vírus do HIV para as mulheres com que se relaciona' (fl. 111). Esses argumentos foram acolhidos pelo Juízo Criminal, determinando-se a custódia para garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal bem como assegurar a aplicação da lei penal (fl. 112). Na sentença de pronúncia, ficou expresso que 'o acusado vem respondendo preso ao processo e, assim, deverá permanecer eis que presentes os requisitos ensejadores' (fl. 119).'

2. A atuação do relator, considerado indeferimento de liminar na origem, presente impetração, pressupõe excepcionalidade maior. Isso não ocorre na espécie. Na decisão formalizada no Habeas Corpus 131.480, em curso no Superior Tribunal de Justiça, consignou-se não só a deficiência da instrução do processo como também o fato de o pedido de medida acauteladora, no que pretendida a desclassificação, confundir-se com o próprio mérito

da impetração. Vale frisar que o pleito alusivo à liberdade do paciente parte, de início, da óptica sobre a boa procedência da desclassificação buscada.

3. Indefiro a liminar.

4. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 29 de junho de 2009, às 19h45."

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 350 a 352, levanta o óbice presente no Verbete 691 da Súmula desta Corte, sob pena de supressão de instância. Ressalta não se tratar de hipótese a revelar excepcionalidade suficiente a admitir-se temperamento na aplicação do verbete, considerado o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça de que a medida acauteladora confunde-se com o mérito da impetração. Manifesta-se pelo não conhecimento da ordem.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, em 19 de abril de 2010, revela que o Habeas Corpus 131.480 foi remetido à conclusão em 6 de abril de 2010, com parecer do Ministério Público Federal.

Lancei visto no processo em 19 de abril de 2010, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 27 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Reitero a necessidade de compatibilizar-se o Verbete 691 da Súmula do Supremo com a Constituição Federal. Para que o *habeas corpus* se mostre adequado, é suficiente apontar-se, como causa de pedir, ato ilegal e ter-se, de alguma forma, cerceada a liberdade de ir e vir quer na via direta, quer na indireta. O presente caso retrata inconformismo quanto à prisão preventiva e, também, à circunstância de haver-se enquadrado o procedimento do paciente, que sabia ser portador de moléstia grave contagiosa, como a revelar tentativa de homicídio. A denúncia foi recebida e já se tem, a esta altura, sinalizada a realização do júri. Então, em prol da segurança jurídica, impõe-se enfrentar a matéria de fundo no que se alude ao enquadramento da prática delituosa no art. 131, e não 121 do Código Penal, e ainda se diz da insubsistência da preventiva. Admito a impetração.

No mais, relativamente à custódia cautelar, vê-se que se mostrou baseada em ameaça do paciente a uma das vítimas caso divulgasse ser ele portador da aids. Confiram não só com a representação tomada de empréstimo como razões de decidir para decretar-se a preventiva, mas também com a própria sentença de pronúncia (fl. 275): "Inconformado, o averiguado vem a ameaçando, constando do BO 4179/08, que em 3 de outubro do corrente, ele telefonou para a residência da vítima dizendo que 'quem não presta é a vítima e se ela não ficar com a boca fechada, vai lhe bater'." Na sentença de pronúncia, tem-se a seguinte notícia: "foi então que passou a ser ameaçada pelo réu, que lhe dizia que iria agredi-la caso espalhasse a notícia de que ele era soropositivo". Então, a preventiva fez-se baseada no comportamento do próprio acusado, que se mostrou agressivo com uma das vítimas.

Resta a questão alusiva à submissão do paciente ao Tribunal do Júri. Observem a interpretação sistemática. Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave. Verifica-se que há, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do art. 131 é o dolo de dano, enquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de provocar a morte. Descabe potencializar este último a ponto de afastar, consideradas certas doenças, o que dispõe o art. 131: "Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio". Admita-se, como o fez o próprio acusado, a existência da moléstia grave e o fato de havê-la omitido. Esses elementos consubstanciam não o tipo do art. 121 do Código Penal, presente até mesmo dolo eventual, mas o específico do art. 131. Frise-se, por oportuno, que as vítimas mantiveram relação com o paciente, que se mostrou até certo ponto estável.

Concedo parcialmente a ordem para imprimir a desclassificação do delito e determinar o envio do processo para distribuição a uma das varas criminais comuns no Estado de São Paulo.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, ponho-me de acordo com o eminente Relator.

Realmente, há tipo específico, que é o perigo de contágio de moléstia grave, mas não vejo como se estabelecer, então, a imputação de tentativa de homicídio por transmissão dessa moléstia.

Por isso, acompanho o eminente Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, eu também, neste caso, supero – no que normalmente sou mais rigorosa quanto à Súmula 691 –, mas tenho que o Ministro Relator deixou claríssimo que aqui há um risco iminente: que é ele se submeter ao júri, que é específico, um julgamento específico, por um órgão específico, para um determinado tipo de crime, sendo que o Ministro Relator demonstrou que aqui haveria uma teratologia.

Por essas razões, eu supero a 691 e, neste caso, acompanho o Relator.

DEBATE

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, estou lendo aqui o 131 e, de fato, o eminente Relator entende que o delito tem uma previsão legal específica, que é o perigo de contágio de moléstia grave. Vou acompanhar Sua Excelência, embora fique um pouco inquieto com o fato de que, ao nível atual da medicina, a aids não é uma moléstia grave, é mais do que grave, é letal.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É, mas ela já tem tratamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Já não tanto como foi no passado.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: A sífilis também e outras doenças venéreas, inclusive, podem causar a morte.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A vontade consciente de levar à morte. Interessante que nos relacionamentos, que perduraram dois, três anos cada qual, ele sempre utilizou o preservativo, mas, se valendo de que a companheira estava dormindo, aí praticou sexo sem o preservativo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então, Senhor Presidente, ainda um pouco desconfortado, do ponto de vista intelectual, com todas essas circunstâncias. Mas o eminente Relator diz bem, a aids hoje comporta um tratamento que prolonga e muito a vida daquele que a contrai.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Estabelecer uma distinção onde o preceito não estabelece no campo penal?

O Sr. Ministro Ayres Britto: É, mas é matéria penal e, de fato, fica meio forçado considerar a classificação jurídica como tentativa de homicídio.

O Sr. Subprocurador-Geral da República: Só uma questão de fato: esse assunto está para ser julgado lá na Suprema Corte, salvo engano, Americana, envolvendo uma tentativa de homicídio.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Estou vendo aqui isso, como tentativa de homicídio. Vou pedir vista, Excelência, desse processo. Eu me reposiciono.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não é para aguardar a decisão da Suprema Corte Americana?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não é não. Avançarei meu ponto de vista. Estou confirmando aqui: nos países europeus também essa modalidade pode ser considerada tentativa de homicídio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Lá eles não têm o tipo específico que nós temos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É, nós temos um tipo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Como o ordenamento é o brasileiro, não o americano.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então, eu suspendo o voto que avancei, peço vênia ao eminente Relator e aos demais Ministros e vou pedir vista do processo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Interessante, aqui, ademais, nós desenvolvemos com grande sucesso um coquetel de medicamentos específicos para esse tipo de moléstia.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O Brasil avançou muito no combate a esse tipo de moléstia.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Lembro-me em São Paulo, quando era desembargador, consegui muitas liminares para que os aidéticos pudessem obter do SUS diretamente, o mais rapidamente possível, esse tipo de medicamento.

EXTRATO DA ATA

HC 98.712/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Jayr Galhardo Júnior. Impetrante: Marcos Roberto Boni. Coator: Relator do HC 131.480 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio, Relator, e Dias Toffoli, e da Ministra Cármen Lúcia, que conheciam do pedido de *habeas corpus* e deferiam, em parte, a ordem, pediu vista do processo 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.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão singular de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (HC 131.480). Decisão que indeferiu medida liminar ali requestada.

2. Pois bem, na sessão de 27 de abril de 2010, o Relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela concessão parcial da ordem, sob o fundamento de que "descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave". No que foi acompanhado pelos Ministros Dias Tofolli e Cármem Lúcia.

3. Para firmar minha convicção sobre o tema da capitulação jurídica da conduta supostamente protagonizada pelo paciente, pedi vista desta ação constitucional. E o que noticiam os autos? Noticiam que J.G.J se acha pronunciado por duas tentativas de homicídio qualificado e uma tentativa de homicídio simples. Delitos que a denúncia assim descreve:

> (...)
>
> Apesar do pleno conhecimento da doença fatal que o acometia, o denunciado, no ano de 2001, iniciou um relacionamento amoroso com a vítima D., omitindo-lhe ser portador do vírus HIV.
>
> Mesmo sem ter conhecimento da doença de J., D. sempre exigiu o uso de preservativos durante as relações sexuais, sendo certo que em determinada noite, enquanto dormia, J. manteve com ela relações sem preservativo. Ao acordar, a vítima discutiu com o denunciado e passou a desconfiar de suas atitudes.

(...) já no ano de 2002, J. iniciou namoro com a vítima C.G, a quem também ocultou o fato de ser soropositivo.

No início, as relações sexuais sempre ocorriam com o uso de preservativo, sendo certo que J. dizia a C.G que não tinha nenhuma doença, tentando convencê-la a abdicar da precaução.

(...)

Após muita insistência de J., C.G com ele manteve uma relação sexual sem preservativo, quando foi infectada pelo vírus do HIV.

(...)

É sabido, ainda, que entre os anos de 2005 e 2006, o denunciado manteve um relacionamento com A.G, a qual, sabendo ser ele soropositivo, sempre se recusou a manter relações sexuais sem preservativo.

Todavia, já no final do ano de 2006, em uma noite em que o pai da vítima havia viajado e esta, por consequência, estava sozinha em casa, J. por lá apareceu e a surpreendeu dizendo que queria fazer sexo sem camisinha, o que a vítima recusou. Por conta da recusa, houve agressões físicas recíprocas, sendo certo que J. tentava manter relações sexuais contra a vontade da vítima, mandando-a deitar e dizendo que não aguentava mais "transar com camisinha" bem como que "daquele dia não passava". A vítima conseguiu se desvencilhar e rompeu o relacionamento.
(Fls. 30/33.)

4. Em seu interrogatório, o paciente disse que:

(...) manteve relacionamentos sexuais com as vítimas, sabendo ser portador e sem o uso de preservativos. Afirma que as amava e queria sentir o corpo delas. Com a vítima D. manteve uma única relação sem preservativo, ejaculando para fora. Com a vítima C. manteve um ano de relacionamento com o uso de preservativo. Após este período passou a manter alguns relacionamentos sem o preservativo, acreditava que caso ejaculasse para fora não a estaria contaminando. (...) Não revelou a D. e C. que era portador do vírus (...).
(Fl. 81v.)

5. A decisão de pronúncia, a seu turno, está embasada nos depoimentos das vítimas, *verbis*:

A vítima C.G, ao ser ouvida em Juízo, declarou ter mantido relacionamento amoroso com o réu desde o ano de 2001, sendo certo que no início ele usava preservativos nas relações sexuais, mas, após saber que a vítima havia realizado cirurgia de laqueadura, abdicou da cautela. O réu era magro e apresentava feridas na boca, mas sempre enfatizava ter uma saúde perfeita. Durante o relacionamento, notava que parentes e ex-companheiras do réu, olhavam-na de modo estranho, até que a vítima D. , ex-companheira dela, advertiu-a sobre a doença. Cobrou-o a respeito do fato, e ele passou a se recusar a fazer exames, chegando até a levar terceira pessoa para fazê-los em seu lugar. A vítima descobriu que havia sido contaminada. Ainda assim, a vítima aceitou o réu consigo, mas ele passou a ofendê-la, humilhá-la e, enfim, terminar o relacionamento.

(...)

> Igualmente, a vítima D. declarou ter vivido em união estável com o acusado, sendo que iniciou o relacionamento em 2000. Em todas as relações que teve com o acusado, ambos se preveniram, no entanto, certa noite, acordou e percebeu que o acusado estava mantendo relações consigo, contra sua vontade e sem preservativo e, como já ouvira boatos de que J. era soropositivo, rompeu o relacionamento.
>
> (...)
>
> Por fim, a vítima A. declarou que viveu em união estável com o acusado, sendo que antes de iniciarem qualquer relação sexual, o réu lhe informou ser portador do vírus HIV, de modo que sempre utilizavam preservativos.
>
> O réu, contudo, chegou a lhe perguntar se teria coragem de ter relações sem preservativos, sendo certo em determinado dia, após uma festa, sob os efeitos de bebidas alcoólicas, o acusado a surpreendeu, novamente, fazendo o mesmo questionamento, mandando-a deitar na cama e pretendendo forçá-la a ter relação sexual sem o uso de preservativo, porém conseguiu se desvencilhar (...).
>
> (...)
>
> O acusado, sabendo ser portador de doença ainda considerada fatal, manteve relações sexuais com duas das vítimas, sem o uso de preservativos, sem adverti-las sobre seu estado de saúde. Desta forma, claros são os indícios de autoria, a justificar a pronúncia do acusado.
>
> (Fl. 118.)

6. Muito bem. Começo por dizer que a temática do contágio pelo vírus HIV é estranha, em linha de princípio, ao Direito Penal. Direito Penal que só é de intervir naquelas situações em que a transmissão se deu de forma consciente e dolosa, pois

> A norma penal não é o começo da socialização, mas a sua culminação. Não é todo o controle social, nem sequer é sua parte mais importante; é, mais propriamente, como diz Muñoz Conde, a parte visível de um iceberg, em que o que não se vê (as outras instâncias formais e informais de controle) é talvez o que realmente importa, mesmo porque a norma penal não cria valores, nem constitui um sistema autônomo de motivação do comportamento humano. (...) Logo, o direito penal – parte da artilharia pesada do Estado – só tem sentido se se considera como continuação de um conjunto de instituições, públicas ou privadas, cuja tarefa consiste, igualmente, em socializar e educar para a convivência os indivíduos, por meio da aprendizagem e da internalização de certas pautas de comportamentos (...).
>
> (QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: introdução crítica, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 9.)

7. Noutro falar, a criminalização da transmissão do HIV é de ser orientada pelos clássicos princípios penais da subsidiariedade e da lesividade. Pelo que o necessário controle estatal dos casos de contágio do vírus HIV tem nas políticas públicas de conscientização, prevenção e tratamento da doença o seu *locus* central. E eu digo isso porque países que, no final da década de 1980 – diante da expansão e da então força arrasadora da doença –, optaram por criminalizar a transmissão (e até mesmo o risco não intencional de contágio) da doença, hoje reveem suas políticas.

8. No Brasil, a criminalização da transmissão intencional do vírus HIV não se dá em tipo penal específico. É falar: não há em nossa legislação figura delituosa que trate, exclusivamente, da transmissão não acidental do vírus da aids. E esse quadro se repete em diversos países do ocidente. Segundo o relatório "*Criminalisation of HIV transmission in Europe: A rapid scan of the laws and rates of prosecution for HIV transmission within signatory States of the European Convention of Human Rights*":

> (…)
>
> *In some countries, prosecution for the transmission of HIV could be brought under more than one law, transcending this categorization. The three categories and their variations were:*
>
> *Transmission of contagious diseases/sexually transmitted infection/ causing injury to health:*
>
> *Transmission of contagious diseases/ sexually transmitted infection/ causing injury to health*
>
> *Austria – endangerment by transferable disease*
>
> *Belgium – causing sickness*
>
> *Bosnia and Herzegovina – transmission of communicable disease*
>
> *Croatia – infecting with a venereal disease*
>
> *Czech Republic – transmission of disease*
>
> *Estonia – causing health damage*
>
> *Iceland – spreading contagious disease*
>
> *Ireland – serious harm*
>
> *Liechtenstein – endangerment through disease*
>
> *Lithuania – made ill or injured*
>
> *Netherlands – cause detrimental effect on someone's health*
>
> *Portugal – offend the health*
>
> *Sweden – causing disease*
>
> *Switzerland – spreading human diseases*
>
> *Bodily harm/ Assault/ Grievous bodily harm/ Aggravated assault*
> *Croatia – inflict serious bodily injury*
>
> *Finland – assault, aggravated assault*
>
> *France – bodily harm*
>
> *Germany – bodily injury, dangerous bodily injury, serious bodily injury*
>
> *Hungary – bodily harm.*
>
> *Liechtenstein – bodily harm, grievous bodily harm.*
>
> *Netherlands – grievous bodily harm.*
>
> *Sweden – assault, bodily injury*
>
> *Switzerland – grievous bodily harm.*
>
> *United Kingdom – inflicting grievous bodily harm.*

Manslaughter / Killing/ Poisoning/ Homicide
Finland – manslaughter, killing, homicide
France – poisoning
Sweden – mortal danger

9. Muito bem. Na doutrina pátria, encontrei entendimentos diversos sobre a capitulação jurídica da conduta em causa. De modo geral, as tentativas dogmáticas de adequação típica da transmissão intencional do HIV seguem as categorias citadas na transcrição acima. Ou seja: perigo de contágio de moléstia grave, lesões corporais gravíssimas e, em menor número, homicídio (consumado ou tentado).

10. Para Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Comentado*. 10. Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 658), "quando o agente buscar transmitir o vírus da aids, propositadamente, pela via da relação sexual ou outra admissível (ex: atirando sangue contaminado sobre a vítima), deve responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado (conforme o resultado atingido)".

11. Posição diametralmente oposta é a de Andrei Zenkner Schimidt, para quem, "quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, com ele, atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não infectada a expor-se a arriscada aventura, ou induz a erro (...) tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, § 2º, II, do CP brasileiro" (In: Aspectos Jurídico-Penais da transmissão da aids. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, ano 10, jan/mar. 2002, p. 231).

12. Refutando também a possibilidade de enquadramento da transmissão dolosa do vírus HIV como homicídio doloso, o professor Juarez Tavares (*Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 290) leciona que:

> Tomemos, agora, um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da aids mantém relações sexuais com outra pessoa sadia, transmitindo-lhe a doença.
>
> (...)
>
> [a] questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente infectado realiza, se homicídio ou lesões corporais graves. Aqui, o critério a vigorar será o de que o dolo, como vontade de realização da ação e do resultado, deve referir-se a uma ação imediata, e não a uma ação que, por sua cronicidade, conduza à morte. Portanto, só pode haver crime de lesão corporal grave e não homicídio.

13. Já no entendimento do Relator deste *habeas corpus*, Ministro Marco Aurélio, estará o paciente, se provados os fatos, incurso no art. 131 do Código Penal. Segundo Sua Excelência,

> Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave. Verifica-se

> que há, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do art. 131 é o dolo de dano, enquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de provocar a morte. Descabe potencializar este último a ponto de afastar, consideradas certas doenças, o que dispõe o art. 131: "Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio". Admita-se, como o fez o próprio acusado, a existência da moléstia grave e o fato de havê-la omitido. Esses elementos consubstanciam não o tipo do art. 121 do Código Penal, presente até mesmo dolo eventual, mas o específico do art. 131. Frise-se, por oportuno, que as vítimas mantiveram relação com o paciente, que se mostrou até certo ponto estável.

14. O dilema hermenêutico é patente. Em primeiro lugar, porque nos três delitos acima referidos, o dolo é sempre de dano. Ou seja, a vontade do agente extrapola a simples criação de uma situação de risco e alcança a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

15. Acresce que, se examinarmos o tema da transmissão dolosa do HIV pelos resultados que dela podem advir, conseguiremos enquadrá-la em qualquer um dos três tipos penais retromencionados. Veja-se: a) no caso do art. 131, a efetiva transmissão da doença grave é considerada o exaurimento do fato típico; b) no caso da lesão corporal gravíssima, o contágio implicará uma debilidade crônica do organismo da vítima. Debilidade que, apesar de amenizada por via medicamentosa, é incurável; c) no caso do homicídio, mesmo atentando-se para a possibilidade de sobrevida em função de coquetel antirretroviral, a morte da vítima pode ser consequência da doença.

16. Sucede que, dentro da sistemática finalista adotada pelo Código Penal brasileiro, a adequação típica está vinculada à ação ou omissão orientada para o resultado, devido a que "o injusto não é produzido pela simples causalidade, mas somente como obra de uma determinada pessoa, tendo em vista seus objetivos, motivos ou deveres para com o fato, que apresentam a mesma importância para o injusto que a lesão efetiva de bens jurídicos." (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 238-239.) Daí por que tenho que a controvérsia é de ser resolvida com a *máxima* do finalismo penal, expressa na chamada "intenção do agente"; ou seja, fosse o propósito do agente apenas transmitir o vírus do HIV, o crime seria o do art. 131 do CP; fosse a intenção do réu ofender a integridade física das vítimas, o delito seria o do inciso II do § 2º do art. 129 do CP; enfim, fosse o intento do autor da ação matar as vítimas, estaria configurado o homicídio (tentado ou consumado).

17. Dito isso, avanço para anotar que a desclassificação da conduta submetida ao rito dos crimes dolosos contra a vida só é de operar, segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci (São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008, p. 88/89):

> (...) em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal (homicídio doloso, simples ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio ou aborto). Outra solução não pode haver, sob pena de se ferir dois princípios

constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida.

A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com *animus necandi* (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para não subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular a competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direito ou eventual, voltado à extirpação da vida humana.

18. Com efeito, considerando o quadro fático assentado pelas instâncias precedentes, tenho que o caso é da excepcional desclassificação das condutas debitadas ao paciente. Isso porque é possível concluir pela ausência de *animus necandi* dele, paciente.

19. Por outra volta, não tenho como aderir à proposta inicial do Ministro Relator. Proposta no sentido da imediata desclassificação para o delito de contágio de doença grave (art. 131 do CP). É que o referido tipo penal absorve, como exaurimento da conduta delitiva, tão somente a lesão corporal de natureza leve.

20. Presente esta moldura, voto pela concessão parcial da ordem. Isto para o fim de excluir, no caso, a classificação das condutas imputadas ao paciente como homicídio tentado. Remetendo ao Juízo competente o exame do enquadramento da conduta.

É como voto.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, atuando como Relator – já que vai algum tempo do voto proferido –, os fatos são incontroversos. O paciente manteve relação, que se apontou como estável, de dois, três anos com as vítimas e sempre transava com preservativo. Certa noite, por isso ou por aquilo – e há um ditado que não se pode chupar bala com o papel –, ele, aproveitando-se do sono das vítimas, manteve conjunção sem o preservativo.

Indaga-se: que crime haveria cometido? Claro que ele atuou, se procedente a imputação, com dolo. Mas teria a vontade consciente – se teve, está a merecer até a excomunhão maior, o Inferno de Dante – de matar ou a assunção de risco de provocar a morte? Ou teria ele adentrado o campo do dolo de dano? Aqui, também vê-se uma situação jurídica que se resolve pelo critério da especialidade. Há um tipo específico, o do art. 131 do Código Penal – vamos rememorar apenas para efeito de documentação –, segundo o qual não é nem doença venérea.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Contágio de doença grave.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator):

> Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem" [não sei nem se houve esse fim; claro que ele assumiu o risco] "moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: (...)".

Não posso placitar a conclusão de que teria havido a tentativa de homicídio. Seria partir para o campo do extravagante, do excepcional, olvidando até mesmo a existência de um tipo – repito – específico. Esse caso é de laboratório, é para estudo nos núcleos de prática forense. Teria havido.

Peço vênia, Presidente, para persistir e não deixar essa matéria – já que passou batida pelo Juiz-Presidente, sumariante, do tribunal do júri – de importância maior ao crivo de leigos, ao crivo dos jurados.

Concedo a ordem.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, só para deixar claro. Se me fosse dado desclassificar o delito, eu desclassificaria para "lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável"; não propriamente a do art. 131, "perigo de contágio de doença grave".

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Pois não.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Agora, estou entendendo que, pela via do *habeas corpus,* não tenho como desclassificar o crime constante da pronúncia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): São incontroversos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: São incontroversos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Claro que não posso colocar o paciente num divã e perceber qual teria sido a intenção dele. Mas presumo que tenha sido um prazer maior na relação sexual.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: De qualquer sorte, podemos, pela conduta que ele teve, concluir pelo que ele não fez: ele não pegou uma faca, não pegou uma arma enquanto as vítimas dormiam, nem atentou, fisicamente, contra a vida delas. Ele manteve relação sexual.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ele forçou a relação, mas sem usar de arma.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: De violência, de arma.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Agora, ele sabia que era portador do vírus.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sabia que era portador do HIV.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Isso também é estreme de dúvidas. Julgo com esses fatos, para concluir que, no caso, incide o art. 131, e não o 121 do Código Penal.

DEBATE

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Eu estaria inclinado a acompanhar o Ministro Ayres Britto e desclassificar para a conduta tipificada no art. 129, § 2º, inciso II, que diz o seguinte:

> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

Há a saúde. Exatamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Com a qualificação da doença incurável.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): E aí realmente se resulta, inciso II, § 2º, enfermidade incurável. Quer dizer, nós temos fatos incontroversos nos autos, ou seja, o paciente era portador de HIV. Conscientemente manteve relações sexuais com três vítimas.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Contaminou as três.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Contaminou as três. Também é um fato que está nos autos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Poderia não ter contaminado!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Mas contaminou. Esse é o resultado, porque aqui, o Código Penal, no art. 129, diz: "se resulta". E resultou. Esse é um fato incontroverso. Portanto, e outro, o que é incontroverso é que, até hoje...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, podemos chegar a um denominador comum, afastando a tentativa de homicídio, e deixar que o Juiz de Direito, competente, julgue – já que não estará vinculado sequer à classificação apontada pelo Ministério Público – segundo os fatos coligidos no processo-crime e a imputação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Acho que essa é uma solução razoável, porque, realmente, no atual estágio da ciência, a enfermidade é ncurável, quer dizer, ela não só é grave, nos termos do art. 131, como também é incurável.

Então, se Vossa Excelência me permitir, eminente Relator, eu proclamaria o resultado no seguinte sentido: conheceram...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Penso que Vossa Excelência pode proclamar como está na conclusão do meu voto:

> Concedo parcialmente a ordem para imprimir a desclassificação do delito e determinar o envio do processo para distribuição a uma das varas criminais comuns no Estado de São Paulo.

E fica consignado que não há vinculação ao móvel da desclassificação, mesmo porque – e o Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente – os motivos, ainda que determinantes da sentença, não fazem coisa julgada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): E vejo também que Vossas Excelências conheceram do feito porque, na verdade, nós estamos superando a Súmula 691.

Vossa Excelência amolda também a esse entendimento, Ministro?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu tenho dificuldade em desclassificar pela via do *habeas corpus*, mas, em busca de um consenso, de uma decisão colegiada consensual, o Ministro Marco Aurélio não faz a desclassificação para o delito de lesão corporal?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Deixa em aberto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A conclusão do voto é para remeter ao Juízo comum.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ao juízo comum, tirando do júri.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Em busca do consenso, eu adiro ao voto do Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 98.712/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Jayr Galhardo Júnior. Impetrante: Marcos Roberto Boni. Coator: Relator do HC 131.480 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu, em parte, 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, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Compareceu à sessão o Ministro Ayres Britto para julgar processo a ele vinculado. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 99.271 — BA

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Lawrence Allen Stanley — Impetrante: Juscelino Lemos Santos Júnior — Coator: Relator do HC 58.109 do Superior Tribunal de Justiça.

Processual penal. *Habeas corpus*. Apelação criminal. Nulidade. Representação processual. Réu representado por mais de um advogado com idênticos poderes. Intimação para a sessão de julgamento em nome de um deles. Eficácia do ato. Ausência de sustentação oral. Violação ao princípio da ampla defesa. Necessidade de manifestação prévia. Ordem denegada. Jurisprudência do STF.

I – Se a parte intimada tem mais de um advogado constituído nos autos e a publicação mencionou o nome de um deles, o ato intimatório é de todo eficaz. Precedentes.

II – Na ausência de comprovação de que o advogado manifestou oportunamente o seu interesse em realizar sustentação oral, torna-se impossível aferir eventual violação ao princípio da ampla defesa.

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 Carlos Ayres Britto, 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, 15 de dezembro de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Juscelino Lemos Santos Júnior em favor de *Lawrence Allen Stanley* contra ato do Ministro Paulo Galloti, Relator do HC 58.109/BA do Superior Tribunal de Justiça.

Infere-se da inicial que o paciente foi condenado a dois anos e oito meses de reclusão, além de vinte e seis dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito previsto no art. 241 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).[1]

---

[1] "Art. 241. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de um a quatro anos" (Redação original.)

Contra a sentença condenatória foi interposto recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que negou provimento ao inconformismo defensivo.

Irresignada, a defesa manejou *writ* no STJ, em 3-5-2006, no qual alegou a nulidade do acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região em virtude da ausência de publicação da data da sessão de julgamento em nome do advogado que vinha sendo intimado naquela instância jurisdicional, contrariando, assim, o princípio constitucional da ampla defesa.

O Ministro Paulo Gallotti indeferiu a medida liminar em 17-5-2006, sem, contudo, julgar o mérito do pedido até o momento desta impetração.

É contra essa última decisão, bem como contra a demora para o julgamento do mérito do pedido, que se insurge o impetrante.

Preliminarmente, pleiteia o abrandamento da Súmula 691 desta Corte, em face do evidente constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.

Sustenta, em síntese, a nulidade do acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, que, segundo ele, resulta de julgamento no qual não foram observados os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois "a publicação da pauta de julgamento em nome exclusivamente da advogada Diná Borges resultou em prejuízo para a defesa" (fl. 8).

Assevera que "**não é razoável e muito menos aceitável, que a secretaria do juízo alterne, a seu talante, a indicação, nas publicações e intimações pessoais, o nome dos advogados constituídos**" (fl. 9 – grifos no original).

Argumenta, ainda, que, "no caso dos autos, o correto seria publicar a pauta de julgamento em nome do advogado Bruno Rodrigues, pois, intimado para apresentar razões recursais, o fez com exclusividade, praticando o último e mais importante ato da defesa no processo" (fl. 10).

Alega, outrossim, que a demora no julgamento do mérito do *habeas corpus* ajuizado no STJ também ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Menciona, ademais, em abono aos argumentos expendidos, precedentes desta Corte.

Requer, por fim, o deferimento de medida liminar para determinar a suspensão temporária da execução penal, já iniciada, até o julgamento final deste *writ*. No mérito, postula a concessão definitiva da ordem, para anular o acórdão prolatado pelo TRF da 1ª Região, com a determinação para que a defesa seja adequadamente intimada da data do novo julgamento.

Em 29-5-2009, indeferi a medida liminar e solicitei informações ao STJ, além de ordenar a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República (fls. 38-39).

Às fls. 44-46, o impetrante requereu, via fax, a reconsideração do *decisum* que indeferiu a cautelar pleiteada, pedido que não conheci em razão de sua intempestividade (fl. 56).

As informações prestadas pelo Ministro Paulo Gallotti, às fls. 58-63, noticiam o julgamento do HC 58.109/BA, com a denegação da ordem.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pelo indeferimento da ordem (fls. 66-68).

Às fls. 70-86, o impetrante apresenta aditamento, no qual informa a denegação da ordem ajuizada no STJ, e requer a anulação do acórdão proferido naquela Corte Superior em virtude de não lhe ter sido oportunizado sustentar oralmente as razões do *writ*, além de insistir na concessão da medida liminar.

Finalmente, em 12-11-2009, o impetrante juntou petição na qual solicitou urgência no julgamento deste *mandamus*, bem como a reconsideração do pedido de cautelar (fls. 89-90).

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.

Preliminarmente, cumpre destacar que apesar desta impetração voltar-se, de início, contra o indeferimento de liminar no Superior Tribunal de Justiça, o que impediria, em tese, sua análise, a teor do que dispõe a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, nota-se que aquela Corte Superior já apreciou o mérito do *writ*, segundo as informações prestadas pelo Ministro Paulo Gallotti.

Com o posterior aditamento da inicial, insistindo na concessão da medida liminar em face da suposta nulidade no acórdão do TRF da 1ª Região, nulidade que teria sido referendada pela decisão do STJ, fica superado o mencionado óbice.

Prossigo então.

Eis a ementa do acórdão proferido pela Sexta Turma do STJ:

> *Habeas corpus. Art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Intimação para a sessão de julgamento da apelação da defesa. Regularidade. Ordem denegada.*
>
> 1. Verificando-se que o paciente estava representado por dois advogados, é suficiente, em regra, que as intimações se realizem em nome de qualquer deles, salvo nas hipóteses de pedido expresso para que elas se façam exclusivamente em nome de um dos patronos ou no caso de substabelecimento sem reserva de poderes.
>
> 2. Ordem denegada.
>
> (Fl. 59.)

Na espécie, o que se pretende é a anulação do acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região sob o argumento de ausência de intimação para sessão de julgamento do advogado que subscreveu, com exclusividade, o recurso de apelação.

Inviável o pleito. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, se a parte intimada tem mais de um advogado constituído nos autos e a publicação mencionou o nome de um deles, o ato intimatório é de todo eficaz.

Nesse sentido, trago à colação precedentes de ambas as Turmas deste Tribunal, cujas ementas ora transcrevo:

> *Agravo regimental em recurso extraordinário. Representação processual. Parte assistida por mais de um advogado na mesma procuração. Publicação em nome de um deles. Eficácia do ato intimatório. Nulidade inexistente.*
>
> 1. Se a parte a ser intimada tem mais de um advogado constituído nos autos e a publicação mencionou o nome de um deles, é de todo eficaz o ato intimatório.
>
> 1.1. A publicação no órgão oficial deve trazer os nomes das partes e de seu advogado, não os nomes de todos os advogados por ela constituídos.
>
> 1.2. Substabelecimento outorgado, com reserva de poderes, em que é facultado aos procuradores agirem em conjunto ou separadamente, independentemente da ordem de nomeação. Intimação efetuada em nome de um deles. Nulidade inexistente.
>
> 2. Substabelecimento outorgado, sem reserva de poderes. Somente nessa hipótese é indispensável constar da publicação da intimação o nome do advogado substabelecido. Agravo regimental não provido.
>
> (RE 164.577-AgR/BA, Rel. Min. Maurício Corrêa.)

> *Habeas corpus. Advogado substabelecido com reserva de poderes. Intimação.*
>
> Quando a parte tem mais de um advogado, basta que a intimação seja realizada em nome de um deles.
>
> Se o advogado, ao outorgar o substabelecimento com reserva de poderes, não o faz para o substabelecido acompanhar especificamente a tramitação do processo na superior instância e nem, tampouco, requer que o nome dele figure nas publicações, inclusive para efeito de intimação, pertinentes ao julgamento da causa, reputa-se inocorrente a invalidade da intimação. Precedentes da Corte.
>
> *Habeas corpus* indeferido.
>
> (HC 79.592/MT, Rel. Min. Ilmar Galvão.)

Com o mesmo entendimento, menciono ainda, entre outros, o HC 82.740-MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 625.194/RJ, de minha relatoria; RE 108.339/SP e AI 111.318-AgR/SP, Rel. Min. Djaci Falcão.

No caso sob exame, colho dos autos que o paciente, ao apresentar as razões de apelação, em 27-8-2004, era representado pelos advogados Diná da Silva Borges e Bruno Rodrigues, com idênticos poderes (fl. 48 do apenso). Desse modo, é perfeitamente válida a intimação da sessão de julgamento do recurso em nome da advogada Diná da Silva Borges, conforme a pauta de julgamentos de 7-11-2005, publicada no *Diário da Justiça* de 25-10-2005 (fls. 132-136 do apenso).

Da mesma forma, assentou o ilustre representante do *Parquet* federal, para quem: "(...) sendo o paciente defendido por dois advogados, com os mesmos poderes, desnecessária a intimação de ambos, sendo válida a publicação da qual conste apenas um nome" (fl. 68).

Por fim, quanto à arguição de nulidade do acórdão prolatado pela Sexta Turma do STJ, formulada no aditamento à inicial, em virtude de não ter sido

oportunizada a realização de sustentação oral, considero que melhor sorte não merece o pleito.

Com efeito, a orientação predominante no Supremo Tribunal Federal é a de que a sustentação oral, por ser facultativa, não constitui ato essencial de defesa, bem como a de que o julgamento do *habeas corpus* independe de pauta ou de qualquer tipo de comunicação ao advogado (HC 76.970/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 20-4-2001; HC 83.792/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 30-4-2004; HC 84.655/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 4-2-2005; HC 85.845/BA, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 31-3-2006).

Recentemente, no entanto, esta Corte vem manifestando o entendimento de que, sendo revelada, pela defesa, a intenção de sustentar oralmente, deve ser assegurada a ela tal possibilidade (nesse sentido: RHC 90.891/GO e 89.135/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 24-7-2007 e 29-9-2006, respectivamente; HC 88.504-MC/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 12-9-2007).

Por essa razão, este Tribunal, mediante a Emenda Regimental 17/2006, alterou o parágrafo único do art. 192 do Regimento Interno de maneira a prever a cientificação da defesa, por qualquer meio, da data do julgamento dos *habeas corpus*, se assim ela o requerer.[2]

Contudo, verifico que o impetrante não logrou demonstrar nestes autos a existência de manifestação prévia na qual estivesse evidenciado o interesse em realizar sustentação oral no STJ, tornando-se impossível aferir eventual violação ao princípio da ampla defesa.

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, cumprimento o ilustre advogado pela estreia bastante aguerrida na tribuna desta Corte, mas acompanho o eminente Relator. Havia dois advogados. Um deles foi intimado, houve o julgamento, não há nenhum tipo de cerceamento.

Então, acompanho o eminente Relator e denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, acabamos de constatar que a tribuna do Supremo é realmente democrática. Pouco importa o tempo de

---

[2] "Instruído o processo e ouvido o Procurador-Geral em dois dias, o Relator o colocará em mesa para julgamento na primeira sessão da Turma ou do Plenário, observando-se, quanto à votação, o disposto no art. 146, parágrafo único, e 150, § 3º.

Parágrafo único – *redação revogada*: Não se conhecerá do pedido se desautorizado pelo paciente.

Parágrafo único – *redação vigente*: Não ocorrendo a apresentação em mesa na sessão indicada no *caput*, o impetrante do *habeas corpus* poderá requerer seja cientificado pelo gabinete, por qualquer via, da data de julgamento."

inscrição na Ordem para que o profissional da advocacia possa assomar à tribuna e veicular defesa técnica, considerados interesses do constituinte.

O que se discute não é o vício no julgamento do *habeas corpus* que tramitou no Superior Tribunal de Justiça. É o vício quanto à apreciação do recurso por excelência que é a apelação no Tribunal Regional Federal.

O que houve na espécie? O paciente tinha, no processo-crime, advogados constituídos. Certo advogado interpôs o recurso e protestou, como viabilizado pelo Código de Processo Penal, apresentação posterior das razões recursais. Nesse meio-tempo, deixou de ser advogado da parte apelante e, então, houve o credenciamento, em ato único, de três advogados e intimou-se um deles para apresentação das razões recursais. Apresentadas estas, o processo foi incluído em pauta, presente publicação no *Diário*. Essa inclusão se fez não com o nome daquele que apresentara as razões recursais, mas da causídica que estaria mencionada no instrumento de mandato que é a procuração.

Indago...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Diná da Silva Borges.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É. E, aí, talvez a preferência pelo gênero feminino.

Indago, Presidente, se não houve manifestação explícita, para que as publicações saíssem com o nome de certo advogado, é possível, na espécie, estabelecer uma gradação na representação para dizer-se que a intimação com o nome da profissional mencionada por Vossa Excelência é uma intimação viciada? A meu ver, não. Observa-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, e o art. 236 é expresso ao dispor que é válida a publicação, desde que possível identificar o processo e dela conste o nome de um profissional da advocacia.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Regularmente constituído pela defesa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Regularmente. O fato de as razões terem sido apresentadas por este ou aquele advogado não firma preferência para as intimações subsequentes. Essa preferência haveria, sim, se houvesse requerimento específico para que a publicação, em que pese credenciamento de vários advogados, saísse com o nome de determinado profissional.

Não há vício na decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e, portanto, não se tem no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *habeas corpus*, qualquer ilegalidade.

Indefiro a ordem e, para mim, quanto ao fato de este *habeas* ter sido interposto quando simplesmente havia decisão interlocutória negativa de indeferimento da liminar, e ter ocorrido posteriormente o julgamento de fundo, não é exigível aditamento à petição inicial. Automaticamente a inicial fica dirigida contra o órgão do colegiado no que referendou a óptica do relator, porta-voz desse mesmo colegiado.

Acompanho o Relator indeferindo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Também acompanho o eminente Relator, sem deixar de cumprimentar o Doutor Juscelino Lemos Santos Júnior.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E não estamos deixando de ser razoáveis.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Que se houve da tribuna, com desembaraço, com combatividade, com ótima concatenação de ideias. A sua estreia aqui nos impressionou afirmativamente, Doutor Juscelino.

Nada obstante, todos nós perfilhamos o entendimento do Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 99.271/BA — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Lawrence Allen Stanley. Impetrante: Juscelino Lemos Santos Júnior. Coator: Relator do HC 58.109 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou o Dr. Juscelino Lemos Santos Júnior, pelo paciente. Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto.

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, 15 de dezembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 99.925 — RR

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Maria Elizabete da Silva — Impetrantes: Luiz Gustavo Moreira de Mello e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Dosimetria. Recurso exclusivo da defesa. Circunstância agravante não reconhecida na sentença. *Reformatio in pejus* configurada. Ordem concedida.

I – Resta configurada a *reformatio in pejus* quando o Tribunal, em julgamento de recurso de apelação exclusivo da defesa, reconhece circunstância agravante não considerada na sentença de primeiro grau, ainda que tenha reduzido o *quantum* total da pena imposta ao paciente.

II – Não há mero redimensionamento de circunstância judicial desfavorável para o reconhecimento de agravante legal quando, na apelação, o Tribunal inova, levando em consideração fatos não reconhecidos na sentença proferida em primeira instância.

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, conceder a ordem para retirar da pena o aumento decorrente da circunstância agravante previsto no art. 61, II, *g*, do Código Penal, determinando, por consequência, o correspondente redimensionamento da sentença do paciente, sem prejuízo do *quantum* já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Brasília, 2 de março de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Luiz Gustavo Moreira de Mello, em favor de *Maria Elizabete da Silva*, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

O impetrante narra, em suma, que a paciente foi condenada à pena de doze anos de reclusão, em regime fechado, além da perda do cargo público, pela prática do delito previsto no art. 12, c/c o art. 18, III, ambos da Lei 6.368/1976.

Afirma que contra a sentença condenatória foi interposta apelação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que reduziu a reprimenda para cinco anos, seis meses e vinte dias, aplicando a pena-base de três anos e seis meses de reclusão.

Inconformada, a defesa manejou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, no qual requereu o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/1976, em razão da retroatividade de lei mais benéfica, bem como fosse retirada a agravante prevista no art. 61, II, *g*, do Código Penal, ao fundamento de que houve *reformatio in pejus* no julgamento da apelação pela Corte Regional.

O STJ concedeu parcialmente a ordem para excluir da condenação a majorante prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/1976, determinando, ainda, que o Tribunal de origem analisasse a viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e, de ofício, afastou da condenação à imposição do regime integralmente fechado para cumprimento da pena.

É contra essa última decisão que se insurge o impetrante.

Sustenta, em síntese, que a Corte Superior laborou em equívoco, uma vez que não retirou da pena aplicada à paciente a agravante prevista no art. 61, II, *g*, do Código Penal.

Argumenta, mais, que, no julgamento do recurso de apelação, foi reconhecida circunstância agravante embora o juiz de primeiro grau, ao proferir sentença condenatória, tenha declarado não haver atenuantes tampouco agravantes.

Destaca, ainda, que, diante de tal situação, ocorreu a *reformatio in pejus*, uma vez que a decisão condenatória transitou em julgado para o Ministério Público e o "TRF1 não poderia majorar-lhe a pena por circunstância judicial não admitida pelo juízo de primeira instância", aduzindo que a "revisão da pena imposta à paciente pelo TRF1 só poderia ser efetuada com elementos constantes e retirados da decisão de primeiro grau, não lhe sendo lícito acrescer pontos que a sentença condenatória não considerou" (fl. 4).

Requer, ao final, "seja retirada da sentença condenatória da paciente o acréscimo de oito meses de reclusão aplicado com base no art. 62, inciso II, alínea *g*, do Código Penal pelo TRF1 e mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, declarando a sua pena corporal definitiva aquela (sic) prevista como pena-base pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ou seja, três anos e seis meses de reclusão" (fl. 4).

Em 4-8-2009, por estarem bem instruídos os autos, determinei fossem eles remetidos à Procuradoria-Geral da República (fl. 16).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Mário José Gisi, opinou pela denegação da ordem (fls. 19-27).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de concessão da ordem.

Eis trecho da ementa do acórdão impugnado, na parte que interessa:

> *Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Conduta delituosa anterior à vigência da Lei n. 11.343/06 e Lei n. 11.464/07. Dosimetria de pena. Aplicação do art. 61, II, g, do CP. Ausência de ilegalidade. Afastamento da causa de aumento prevista no art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/76. Abolitio criminis. Vedação à progressão de regime. Óbice superado. Substituição da pena privativade liberdade por restritiva de direito. Possibilidade. Precedentes.*
>
> 1. Algumas circunstâncias judiciais podem surgir como circunstâncias legais, o que ocorreu no caso dos autos quanto ao dever inerente ao cargo. O Juiz de primeiro grau, ao fixar a pena a considerou como circunstância judicial desfavorável, dentre outras, com consequente majoração da pena-base. O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao julgar recurso de Apelação exclusivo da Defesa, considerou, tão somente, como circunstâncias judiciais desfavoráveis, "os motivos do crime" (fl. 12), reconhecendo na segunda fase de aplicação da pena, ou seja como circunstância legal, àquela relacionada à violação de dever inerente ao cargo (art. 61, II, *g*, do CP), o que não enseja *reformatio in pejus*.
>
> (Fl. 92 – Apenso 1.)

Conforme relatado, o impetrante requer seja excluída da pena imposta à paciente a circunstância agravante prevista no art. 61, II, *g*, do Código Penal,[1] ao fundamento de que houve *reformatio in pejus*, uma vez que o juiz de primeiro grau não considerou tal circunstância na sentença condenatória, bem como ressaltou que no caso não havia circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Assim, segundo o Impetrante, o Tribunal *a quo*, ao julgar recurso exclusivo da defesa, não poderia acrescentar novos fundamentos.

Para melhor compreensão do caso, transcrevo trecho da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Federal de Boa Vista/RR, referente à dosimetria da pena:

> Mancomunada com o outro denunciado, a ré, ex-Delegada da Polícia Civil, combinou o recebimento da droga em sua própria residência. Melhor que ninguém sabia da ilicitude de sua conduta, mesmo assim, enveredou pela senda criminosa. É primária e não possui antecedentes. Sua conduta social, pelo que demonstram os autos, é boa. No entanto, seu comportamento durante a instrução revela uma índole criminosa. Os motivos do crime, consubstanciados no objetivo de obter lucro fácil, razão egoística e móbil daqueles que se habilitam ao crime como profissão, se mostram severamente reprováveis, e as circunstâncias lhe são desfavoráveis, porquanto sua conduta foi dirigida para dificultar a atuação da Polícia e da Justiça. As consequências do crime são graves por se tratar de substância que coloca em risco a saúde

---

[1] "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
(...)
II – ter o agente cometido o crime:
(...)
g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão."

> das pessoas e o futuro dos mais moços, em virtude do alto poder que tem para causar dependência física e psíquica, provocando sequelas algumas vezes irreparáveis.
>
> Assim, sopesadas as circunstâncias do artigo 59 do CP, e verificando que em sua maioria são desfavoráveis a esta acusada fixo a pena-base pelo crime previsto no art. 12 da Lei n. 6368/76, em 09 (nove) anos de reclusão e pagamento de 240 (duzentos e quarenta) dias-multa.
>
> Desse modo, não havendo atenuantes nem agravantes, bem como causas de diminuição da pena, aplico tão somente a causa de aumento especial prevista no artigo 18, inciso III (associação), da Lei n. 6.368/76, majorando a pena-base antes fixada em mais 1/3 (um terço), fixando a ré condenada definitivamente a 12 anos de reclusão e pagamento de 320 (trezentos e vinte) dias-multa, cada uma correspondente a 1/10 (um décimo) do salário mínimo.
>
> (Fls. 60-61 – Apenso 1 – Grifos meus.)

No julgamento da apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua vez, reformou a sentença condenatória e estabeleceu nova dosimetria da pena, consignando que

> (...) a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, revela serem desfavoráveis os motivos do crime, quais sejam, a ganância pelo dinheiro fácil proporcionado pelo tráfico de drogas, às custas da saúde dos usuários e dependentes.
>
> Em face disso, fixo a título de pena-base, 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.
>
> **Na segunda fase da fixação da pena, é relevante o fato de que o crime foi cometido com violação de dever inerente a cargo, considerando que à época do crime a ré desempenhava a função de delegada de polícia, o que configura circunstância agravante, nos termos do art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal**.
>
> Em razão disso, agravo a pena em 8 (oito) meses de reclusão, e 8 (oito) dias-multa.
>
> Em relação à terceira fase, verifica-se a existência de majorante, prevista no art. 18, inciso III, da Lei 6.368/76, qual seja, o concurso de agentes, a acarretar a majoração da pena provisória em 1/3 (um terço).
>
> Torno, assim, definitiva, a pena de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 77 (setenta) dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.
>
> (Fl. 12 – Apenso 1 – Grifos meus.)

Ora, da análise dos trechos acima transcritos verifica-se que, de fato, houve acréscimo de novos fundamentos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao inovar na dosimetria da pena da paciente.

A Corte Regional considerou como circunstância agravante o fato da paciente ser à época dos fatos delegada de polícia, majorando a pena em oito meses com fundamento no art. 61, II, *g*, do Código Penal, uma vez que entendeu que a apelante agiu com violação ao dever inerente ao cargo.

Ocorre que, na sentença condenatória, o juiz não fez qualquer menção à mencionada circunstância agravante. Nem mesmo na primeira fase da dosimetria

da pena considerou como circunstância judicial desfavorável, de modo devidamente fundamentado, o fato de a paciente ter praticado o crime com violação de dever inerente ao cargo.

O Tribunal, que julgou a apelação, extrapolou os limites aos quais estava jungido, sopesando, para fixar a pena, fato desconsiderado pelo juiz monocrático, ou seja, uma circunstância agravante declarada inocorrente.

Nesse sentido, transcrevo trecho do parecer exarado pelo ilustre representante do Ministério Público Federal que oficiou no Superior Tribunal de Justiça:

> De se ver, portanto, que a agravante genérica prevista no art. 61, II, *g*, do CP, não fora reconhecida na sentença, mas somente no acórdão decorrente do recurso exclusivo da defesa. Assim, resta configurada *reformatio in pejus* a autorizar a exclusão do *quantum* de 8 (oito) meses acrescido à pena-base.
> (Fl. 80 – Apenso 1.)

É certo que o efeito devolutivo da apelação é amplo e permite a revisão inclusive da dosimetria da pena, sendo possível a readequação de circunstâncias judiciais e legais, desde que não haja piora na situação do sentenciado nos casos de recurso exclusivo da defesa.

Precisamente esse foi o entendimento aplicado pelo STJ no julgamento do *writ* ora atacado.

Contudo, no caso dos autos, apesar de haver o TRF 1 reduzido o montante global da pena da paciente, a Corte inovou os fundamentos da decisão monocrática, levando em conta situação desprezada pelo sentenciante, não se limitando a simplesmente reconsiderar uma circunstância judicial desfavorável para transmudá-la em agravante legal.

Ademais, não tendo o Ministério Público recorrido para atacar a sentença que deixou de reconhecer a referida circunstância agravante, entendo que a matéria ficou preclusa, não podendo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região inovar no tocante à mesma, sob pena de violar o consagrado princípio *ne reformatio in pejus*.

Nessa linha, cito os ensinamentos de Paulo Rangel[2]:

> No processo penal moderno, o juiz não pode agir *ex officio*. É a consagração do brocardo *nemo judex sine actore*. Portanto, se não há acusação, não pode haver piora na situação do réu.
>
> Assim, se somente o réu houver recorrido (seja apelação, recurso em sentido estrito ou qualquer outro recurso) não havendo, portanto recurso do Ministério Público, o Tribunal não poderá agravar sua situação.
>
> (...)
>
> Devemos salientar que qualquer gravame na situação do réu, havendo recurso exclusivo, é vedado.

---

[2] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 804-805.

Ante esse quadro, concedo a ordem para retirar da pena o aumento decorrente da circunstância agravante prevista no art. 61, II, *g*, do Código Penal, determinando, por consequência, o correspondente redimensionando da sentença da paciente, sem prejuízo do quanto decido pelo STJ.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o elemento complicador para o leigo é ter-se chegado a um total de pena, no segundo grau, inferior àquele previsto na sentença. Mas, no caso, houve a reforma prejudicial, no que o Juízo excluiu qualquer causa de aumento, qualquer agravante, qualquer causa atenuante ou de diminuição, e o Tribunal, após considerar as circunstâncias judiciais e diminuir a pena-base, observou uma agravante que já estava fora do contexto jurídico, por não ter havido recurso do Ministério Público.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O Ministério Público não recorreu de nada, não foi?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Não, recurso exclusivo da defesa, até porque a pena foi de doze anos de reclusão, uma pena violenta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Uma pena-base exacerbada no Juízo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Exacerbada. Mas o juiz de primeiro grau não entendeu que o fato de que ela ser delegada era irrelevante, no caso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Glosou a exacerbação, mas assentou: a agravante. Olvidou que o Ministério Público quedara silente, não impugnando a sentença no que deixou de reconhecê-la.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Ele poderia ter dito: ela se valeu do cargo de delegada para cometer o crime.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, acompanho Vossa Excelência no voto proferido.

EXTRATO DA ATA

HC 99.925/RR — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Maria Elizabete da Silva. Impetrantes: Luiz Gustavo Moreira de Mello e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma concedeu a ordem para retirar da pena o aumento decorrente da circunstância agravante previsto no art. 61, II, *g*, do Código Penal, determinando, por consequencia, o correspondente redimensionamento da sentença da paciente, sem prejuízo do *quantum* já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. 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. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 2 de março de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 100.004 — RS

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Valdemar Pereira dos Santos — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal. *Habeas corpus*. Apropriação indébita previdenciária. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Débito que supera o valor fixado no art. 1º, I, da Lei 9.441/1997. Ordem denegada.

1. A impetrante pretende a aplicação do princípio da insignificância alegando que a quantia não repassada à Previdência Social pelo paciente é inferior ao valor mínimo fixado na Portaria MPAS 4.943/1999, para o ajuizamento de ação de execução.

2. O art. 4º da Portaria MPAS 4.943/1999 determina somente o não ajuizamento da execução, quando o débito inscrito como Dívida Ativa do INSS for igual ou inferior a R$ 10.000,00 (valor modificado pela Portaria MPAS 1.105/2002), sem, entretanto, que haja extinção do crédito.

3. Não se pode invocar tal dispositivo legal para fazer incidir o princípio da insignificância, visto que, nesses casos, não há extinção do crédito tributário, mas mera autorização para o não ajuizamento de execução, que, no entanto, poderá ser ajuizada, quando o valor do débito ultrapassar o limite indicado.

4. A extinção do crédito fiscal está prevista no art. 1º, I, da Lei 9.441/1997 e atinge, apenas, os débitos inscritos em Dívida Ativa que não ultrapassarem o montante de R$ 1.000,00 (mil reais).

5. Foi apurado pelo INSS um crédito previdenciário no valor total de R$ 13.884,71 (treze mil oitocentos e oitenta e quatro reais e setenta e um centavos), decorrente do não recolhimento de contribuições pelo paciente.

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 maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 20 de outubro de 2009 — Ellen Gracie, Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.017.441/RS, que ficou assim ementada (fl. 77):

> *Penal e processual penal. Recurso especial. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Lei 9.441/97. Portaria 1.105/2002 do Ministério da Previdência e Assistência Social. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Patamar estabelecido para o ajuizamento da ação de execução da dívida ativa.*
>
> I – A Portaria n. 1.105/2002 do MPAS apenas alterou o patamar anteriormente previsto na Portaria n. 4.910/99 para o ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa das já ajuizadas, não ocorrendo, pois, tal como na Lei n. 9.441/97, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tais dispositivos normativos para regular o valor do débito caracterizador do crime de bagatela.
>
> II – Verificando-se que a importância que deixou de ser recolhida aos cofres do INSS é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos oriundos de contribuições sociais (art. 1º, inciso I, da Lei 9.441/97), deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância.
>
> Recurso provido.

Narra a inicial que o paciente foi condenado como incurso no art. 168-A, § 1º, do Código Penal pelo não recolhimento do valor de R$ 2.288,81 (fl. 7).

Informa que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar recurso interposto pela defesa, absolveu o paciente, por força do princípio da insignificância, "tendo por supedâneo o valor de R$ 5.000,00 fixado na Portaria MPAS n. 4.943 de 4 de janeiro de 1999, com redação dada pela Portaria MPAS n. 1.013 de 30 de julho de 2003" (fl. 7).

Dessa decisão, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial, que foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a aplicação do princípio da insignificância.

A impetrante alega em síntese que, considerando que o valor dos tributos não repassados ao INSS é inferior a R$ 5.000,00, deve ser aplicado o princípio da insignificância, já que "o bem jurídico penalmente protegido não foi afetado relevantemente" (fl. 8).

Requer, ao final, a concessão da ordem para cassar o acórdão do STJ, restabelecendo a decisão do TRF da 4ª Região (fl. 10).

2. Parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pela denegação da ordem (fls. 88-94).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A questão de direito tratada neste *writ,* consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base na teoria da insignificância, por falta de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico tutelado na norma penal.

2. A impetrante pretende a aplicação do princípio da insignificância alegando que a quantia não repassada à Previdência Social pelo paciente é inferior ao valor mínimo fixado na Portaria MPAS 4.943/1999, para o ajuizamento de ação de execução.

3. A redação anterior do art. 4º da Portaria MPAS 4.943/1999 previa que a dívida ativa do INSS de valor até R$ 5.000,00 (cinco mil reais) não seria ajuizada, exceto quando, em face do devedor, existirem outras dívidas que somadas superem esse montante.

Esse dispositivo foi alterado pela Portaria MPAS 1.105/2002, passando a ter a seguinte redação:

> Art. 4º A Dívida Ativa do INSS de valor até R$ 10.000,00 (dez mil reais), considerada por CGC/CNPJ, não será ajuizada, exceto quando, em face do mesmo devedor, existirem outras dívidas, caso em que estas serão agrupadas para fins de ajuizamento.

De outro lado, o art. 1º, I, da Lei 9.441/1997 determina a *extinção* do crédito do INSS, cujo valor total das inscrições em Dívida Ativa, relativamente a um mesmo devedor, seja igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais).

Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão impugnado, da lavra do eminente Ministro Felix Fischer (fl. 81):

> Dessarte, confrontando os dois dispositivos conclui-se facilmente que enquanto a Lei 9.441/97 determina a **extinção do crédito previdenciário** igual ou inferior à R$ 1.000,00 (mil reais), a Portaria n. 4.943/99 apenas prevê o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa das já ajuizadas até que o valor sonegado alcance o limite nela previsto (R$ 5.000,00), não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador do crime de bagatela. Com efeito, tal dispositivo apenas reza que fica postergado o ajuizamento da ação com vista a cobrança da dívida ativa enquanto o montante não alcançar o valores ali previstos, o que não se confunde com a extinção do crédito tributário previsto na Lei n. 9.441/97.

O art. 4º da Portaria MPAS 4.943/1999 determina somente o não ajuizamento da execução, quando o débito inscrito como Dívida Ativa do INSS for igual ou inferior a R$ 10.000,00 (valor modificado pela Portaria MPAS 1.105/2002), sem, entretanto, que haja *extinção* do crédito.

Não se pode invocar tal dispositivo legal para fazer incidir o princípio da insignificância, visto que, nesses casos, não há extinção do crédito tributário,

mas mera autorização para o não ajuizamento de execução, que, no entanto, poderá ser ajuizada, quando o valor do débito ultrapassar o limite indicado.

A extinção do crédito fiscal está prevista no art. 1º, I, da Lei 9.441/1997 e atinge, apenas, os débitos inscritos em Dívida Ativa que não ultrapassarem o montante de R$ 1.000,00 (mil reais).

Adotar raciocínio diverso significaria, inclusive, negar vigência ao art. 168-A, § 3º, II, do Código Penal, que assim dispõe:

> Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
> (...)
> § 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:
> (...)
> II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

4. Entretanto, ainda que se admitisse a incidência do princípio da insignificância para as hipóteses de débitos previdenciários iguais ou inferiores a R$ 10.000,00 (dez mil reais), isso não se aplicaria ao caso em tela.

Com efeito, de acordo com o que consta dos autos, foi apurado pelo INSS um crédito previdenciário no valor total de R$ 13.884,71 (treze mil oitocentos e oitenta e quatro reais e setenta e um centavos), decorrente do não recolhimento de contribuições pelo paciente (fls. 15-20).

Portanto, ao contrário do que afirma a impetrante, o valor total das contribuições não repassadas à Autarquia Previdenciária pelo paciente não foi de "ínfimos R$ 2.288,81 (dois mil duzentos e oitenta e oito reais e oitenta e um centavos)", mas bem superior ao limite fixado na Portaria MPAS 4.943/1999.

Assim, mesmo adotando a tese defendida pela impetrante, não há falar em aplicação do princípio da insignificância na presente hipótese.

5. Ante o exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, vou acompanhá-la com uma breve observação.

Gostaria de afirmar que a aplicação do princípio da insignificância não resulta de uma operação aritmética simplesmente. Afirmei, nos HC 96.496 e 91.756, que a aplicação do princípio deve ser sempre criteriosa e casuística. Quer dizer, o direito penal não deve ser acionado, considerada a chamada intervenção

mínima do Estado, para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados. Mas aqui há bem juridicamente tutelado sim.

Algumas vezes recorri ao que São Tomás de Aquino diz, na Suma Teológica, a respeito da *oculta compensatio*. E tenho afirmado sempre que o princípio da insignificância é o último instrumento de defesa das classes subalternas, dos humildes. Exatamente os que têm os seus direitos aqui violentados por quem desconta do salário ou do vencimento, e não recolhe. Uma maneira de acumular capital – diria – à desabrida.

Entendo que só se chega à atipicidade da conduta em determinadas hipóteses. Ou seja, é necessário pesar, sopesar cada situação, verificar qual o bem jurídico protegido, sob pena de nos transformarmos em uma máquina de calcular: números, datas, valores.

Nessa hipótese, nego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, não obstante o precedente da minha relatoria, também vou acompanhar, tendo em vista sobretudo o fato de que o caso de sonegação previdenciária é regido por outra norma, não aquela que se aplica ao caso, que regia o precedente anterior.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Senhora Presidente, **peço vênia** a todos os eminentes Juízes desta colenda Turma, **inclusive** a Vossa Excelência, **para conceder** a ordem de *habeas corpus*, **apoiando-me**, para tanto, **nos próprios** fundamentos **que deram suporte** à decisão, que, **emanada** do E. TRF/4ª Região (**Apelação Criminal** 2003.71.01.001476-1/RS), **veio a ser reformada**, em sede recursal (**REsp** 1.017.441/RS), pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 100.004/RS — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Valdemar Pereira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Ministro Celso de Mello, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Falou, pelo paciente, o Dr. Eduardo Flores Vieira e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Wagner Gonçalves. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Cezar Peluso.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Cezar Peluso. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 20 de outubro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 100.588 — RJ

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Priscila Garcia Coelho — Impetrante: João Ribeiro Coelho — Coator: Presidente do Superior Tribunal Militar

***Habeas corpus*. Direito processual penal e processual penal militar. Injúria contra militar da União. Não atingimento de instituições militares. Competência da Justiça Federal comum. Legitimidade concorrente. *Writ* concedido.**

1. O presente *habeas corpus* versa sobre a competência para o julgamento de crime de injúria praticado por civil contra militar.

2. A conduta imputada à paciente não possui a capacidade de atingir as Forças Armadas, necessária para firmar a competência da Justiça castrense para o julgamento do feito.

3. É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções. Súmula 714/STF.

4. Cabe ao Juízo competente aferir a existência da manifestação de vontade da ofendida no sentido de autorizar a *persecutio criminis*. E, sendo a suposta ofendida militar da União, compete ao Juízo Federal comum o julgamento do feito.

5. Ordem concedida.

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, deferir a ordem, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 14 de setembro de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Priscila Garcia Coelho* contra julgamento colegiado do Superior Tribunal Militar, que denegou o HC 2009.01.034630-9/RJ, anteriormente ajuizado perante aquela Corte.

2. Na espécie, a paciente foi denunciada pelo Ministério Público Militar pela prática das condutas delituosas descritas no art. 216 e art. 218, inciso III,

ambos do Código Penal Militar, consistente em injúria praticada contra militar, em razão de suas funções.

Inicialmente, o processo criminal instaurado contra a paciente tramitou perante o 17º Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro – RJ. Posteriormente, o Juízo de Direito declinou de sua competência, enviando os autos à 3ª Auditoria da 1ª CJM, que recebeu a denúncia.

No *habeas corpus* impetrado ao Superior Tribunal Militar, a Corte castrense manteve a competência da Justiça Militar para o julgamento do feito. Daí o presente *writ*.

3. O impetrante alega que o crime imputado à paciente não é de competência da Justiça Militar, porquanto a paciente, civil, "não praticou e nem intenção teve de praticar ofensa contra as instituições militares" (fl. 2v.).

Assim, requer a concessão do presente *habeas corpus*, a fim de que seja declarada a incompetência da Justiça Militar para o julgamento do feito, determinando o envio dos autos à Justiça Federal comum competente, caso não seja reconhecida a extinção da punibilidade da paciente, em decorrência da decadência.

4. O pedido de liminar foi indeferido à fl. 12.

5. A Procuradoria-Geral da República exarou parecer pela concessão da ordem (fls. 106-109).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. O presente *habeas corpus* versa sobre a competência para o julgamento de crime de injúria praticado por civil contra militar.

2. O Superior Tribunal Militar, ao julgar o HC 2009.01.034630-9/RJ, manteve a competência da Justiça Militar para o julgamento do feito nos seguintes termos (fls. 85-86):

> *Habeas corpus*. Pedido de trancamento de ação penal. Imputação de crime de injúria e desacato a militar. Agente civil. Justa causa. Competência da Justiça Militar. Ordem denegada.
>
> Palavras de baixo calão proferidas por civil contra enfermeira militar, fato ocorrido no interior de Hospital da Aeronáutica; situação fática a reunir circunstâncias que demonstram a natureza militar da conduta, embora igualmente prevista na legislação comum, em face da pessoa da vítima, o local e a ocasião da consumação do crime, nos termos do art. 9º, inciso III, alínea *b*, do CPM.
>
> Inexistem nos autos evidências de constrangimento ilegal presente ou futuro à liberdade ambulatória da paciente, por ilegalidade ou abuso de poder, à luz das hipóteses presentes no art. 467 do CPPM.
>
> Carecem de razão os argumentos de incompetência da Justiça Militar para, *in casu*, processar e julgar a acusada.

A aferição dos motivos que teriam ensejado a conduta, com o sentimento da pessoa do agente, é matéria a ser apreciada pelo Juízo Natural como os elementos colhidos durante a instrução criminal.

Impossibilidade de, via *habeas corpus*, revolver matéria de mérito e adentrar no contraditório, confrontando provas e aspectos subjetivos que medeiam a questão.

Acresce-se o fato de o trancamento da ação penal constituir medida excepcional, só se justificando quando evidente a falta de justa causa para a ação penal.

Ordem denegada.

Decisão unânime.

3. Neste momento, também se faz oportuna a transcrição de trecho da denúncia do Ministério Público Militar, oferecida contra a paciente (fls. 103 e 103v.):

Conforme demonstrado nos autos, a civil Priscila Garcia Coelho deu entrada no dia 15-8-2008, no Hospital da Aeronáutica dos Afonsos. Ocorre que quando a enfermeira 2º Sgt. Adriana Dutra estava medicando a Sra. Priscila deu entrada na emergência um paciente idoso, com quadro clínico grave necessitando de atendimento prioritário em detrimento dos demais que ali estavam. Na oportunidade, a 2º Sgt. Adriana, única enfermeira de plantão na emergência, foi acionada para atendê-lo.

Após controlar o quadro clínico do idoso, a enfermeira retornou o atendimento a civil Priscila, preparando a administração de seus medicamentos, quando esta, frustrada com a interrupção e demora de seu atendimento, iniciou injúrias contra a militar, vindo a chamá-la de "negrinha", "favelada" e "deveria ser da Rocinha".

O fato foi presenciado pela 1º Ten. Méd. Patrícia da Costa Santos, pela Asp. Méd. Fabiana Ferrari Guimarães e pela Sra. Márcia de Mendonça (filha do paciente idoso).

A conduta da denunciada configura o delito de injúria, previsto no art. 216 c/c inciso III do art. 218 do CPM.

4. A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador da República Wagner Gonçalves, bem pontuou a questão, conforme se verifica no seguinte trecho, que merece transcrição literal (fls. 108-109):

8. Embora a injúria tenha sido praticada contra enfermeira militar em serviço, não está configurado crime contra as instituições militares.

9. De acordo com a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, "o cometimento do delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional", estando caracterizado apenas quando houver "intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado". (HC 86.216/MG, Rel. Ministro Carlos Britto, *DJE* 202, publicado em 24-10-2008).

10. No caso, as circunstâncias em que a injúria ocorreu indicam que não houve intenção de atingir as instituições militares, tendo caráter meramente pessoal. É o que se observa a partir da própria descrição feita na denúncia, estando dispensado o revolvimento de provas.

11. Não é possível vislumbrar, em suma, o intuito da paciente de ofender "bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, de Lei e da ordem" (HC 86.216, *DJE*,

publicado em 24-10-2008), estando clara, portanto, a incompetência da Justiça Militar para julgar a paciente.

12. No caso, impõe-se a aplicação, *mutatis mutandis*, da Súmula 298 desse Pretório, segundo a qual "o legislador ordinário só pode sujeitar civis à Justiça Militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares".

5. Do exposto, e acolhendo como fundamento o parecer da Procuradoria-Geral da República, não vislumbro na conduta imputada à paciente a capacidade de atingir as Forças Armadas, necessária para firmar a competência da Justiça castrense para o julgamento do feito.

6. Por outro lado, o impetrante argumenta que, "considerando-se que o delito de injúria é punido com pena de detenção inferior a um ano, sendo classificado pela legislação penal como crime de menor potencial ofensivo, com ação penal privada condicionada à apresentação de queixa-crime pelo ofendido, dentro do prazo decadencial de seis meses a contar da data do fato (16-8-2008), tendo de há muito decorrido tal prazo decadencial legal, sem que tal direito fosse exercido pela suposta ofendida, pugna o impetrante pela decretação da extinção da punibilidade da paciente em face do transcurso do prazo legal decadencial" (fl. 4).

Primeiramente, destaco que, ao contrário do que afirma o impetrante, quando se tratar de crime contra a honra de servidor público cometido em razão de suas funções, a legitimidade para a propositura da ação penal é concorrente, nos termos da Súmula 714/STF: "É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções".

A representação não exige forma especial, sendo suficiente para suprir os seus efeitos a inequívoca manifestação de vontade do ofendido no sentido de que o ofensor seja processado criminalmente, a qual pode ser verificada no boletim de ocorrência, na *notitia criminis*, nas declarações do ofendido na polícia ou em juízo.

No caso sob exame, cabe ao Juízo competente aferir a existência da manifestação de vontade da ofendida no sentido de autorizar a *persecutio criminis*. E, sendo a suposta ofendida militar da União, compete ao Juízo Federal comum o julgamento do feito.

7. Ante o exposto, **concedo** o presente *habeas corpus* para declarar o Juízo da Justiça Federal comum competente para o julgamento do feito contra a paciente.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 100.588/RJ — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Priscila Garcia Coelho. Impetrante: João Ribeiro Coelho. Coator: Presidente do Superior Tribunal Militar.

Decisão: Deferida a ordem, nos termos do voto da Relatora. 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.

HABEAS CORPUS 100.875 — PR

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Pacientes: Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho — Impetrantes: René Ariel Dotti e Eduardo Sanz de Oliveira e Silva — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Direito processual penal. Extensão dos efeitos a outras ações penais instauradas contra os pacientes. Conexão. Interpretação sistemática do art. 580 do CPP. Descabimento. Pedido de extensão a outros corréus. Supressão de instância. *Writ* denegado. Pedido de extensão não conhecido.**

1. A questão de direito diz respeito a pedido de extensão dos efeitos de *habeas corpus* concedido pelo Superior Tribunal de Justiça para outras ações penais a que respondem os pacientes.

2. O instituto da conexão liga-se às regras de fixação da competência e não encontra relação com regras do julgamento propriamente dito. Dessa forma, apesar de os fatos serem conexos, isso não importará em julgamentos iguais.

3. Cada fato imputado aos pacientes, apesar de conexo a outros, deve ser julgado individualmente, segundo o livre convencimento motivado do magistrado, não devendo a conexão ensejar o mesmo julgamento para todos.

4. Desse modo, não há que se cogitar na extensão dos efeitos do *habeas corpus* anteriormente concedido, para se determinar o trancamento das demais ações penais instauradas contra os pacientes.

5. O art. 580 do CPP trata da extensão subjetiva do efeito devolutivo dos recursos, e os impetrantes pretendem obter o trancamento de outras ações dos mesmos pacientes, valendo-se do dispositivo legal.

6. Se todas as ações penais instauradas contra os pacientes são, na realidade, uma só, desmembrada por conveniência da instrução, o que ocorre é um caso de concurso de crimes.

7. Não há que se cogitar na aplicação, sequer por interpretação sistemática, do art. 580 do CPP.

8. A extensão dos efeitos de *habeas corpus* a outros corréus deve ser dirigida primeiramente à Corte que concedeu o *writ*, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

9. *Habeas corpus* denegado e pedido de extensão não conhecido.

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, indeferir a ordem e não conhecer o pedido de extensão, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 16 de novembro de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Marco Antonio Mansur* e *Marco Antonio Mansur Filho* contra julgamento colegiado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de extensão formulado nos autos do HC 109.205/PR, de relatoria do Min. Celso Limongi.

2. Na espécie, os pacientes foram denunciados pelo Ministério Público Federal no Estado do Paraná por infração ao disposto nos arts. 288, 299 e 334, *caput*, c/c os arts. 69 e 71, todos do Código Penal (fls. 106-126).

O magistrado da 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR recebeu a denúncia apenas quanto aos crimes dos arts. 299 e 334 do Código Penal, rejeitando-a relativamente ao delito do art. 288 (fls. 128-129).

Impetrado *habeas corpus* ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região para que fosse trancada a ação penal quanto ao delito de descaminho, a ordem foi denegada pela Corte Regional (fls. 162-189).

No Superior Tribunal de Justiça, a Sexta Turma concedeu a ordem no HC 109.205/PR e determinou o trancamento da AP 2007.70.00.011097-5, em curso na 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, no que diz respeito especificamente ao delito de descaminho, sob o fundamento de não ter sido encerrada a via administrativa responsável pela constituição do débito tributário (fls. 191-205).

Posteriormente, por meio do HC 123.342/PR, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem para trancar a ação penal em curso contra os pacientes também no que tange ao delito de falsidade ideológica (fls. 207-218).

Os pacientes respondem a outras ações penais decorrentes da mesma operação policial ("Operação Dilúvio"), quais sejam: 2007.70.00.011106-2, 2007.70.00.011102-5, 2007.70.00.016026-7, 2006.70.00.030383-9, 2007.70.00.019704-7, 2007.70.00.018055-2, 2007.70.00.033251-0, 2007.70.00.011105-0, 2007.70.00.011101-3, 2006.70.00.025752-0, 2006.70.00.029132-1 e 2007.70.00.025977-6, todas em trâmite perante a 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR.

3. Neste *writ*, os impetrantes buscam a extensão da decisão favorável aos pacientes havida no HC 109.205/PR, para trancar as demais ações crimi-

nais a que respondem e que também tratam de acusação quanto ao crime de descaminho.

Alegam haver identidade de acusações e de réus e conexão probatória entre as ações, o que reclamaria julgamento uniforme, conforme o art. 580 do Código de Processo Penal, numa interpretação sistemática do dispositivo. Afirmam que todas as ações são fruto da mesma operação policial, desmembradas por conveniência processual.

Assim, requerem a concessão do presente *habeas corpus* para que se determine à Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que estenda os efeitos da ordem concedida no HC 109.205/PR para as demais ações penais em trâmite perante a 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR a que respondem os pacientes, a fim de trancar, em todas elas, a acusação pelo crime de descaminho.

4. O pedido de medida liminar foi indeferido às fls. 973-975.

5. A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 986-987).

6. O impetrante peticionou requerendo sua intimação pessoal da data de julgamento do presente *writ*, a fim de realizar sustentação oral (fl. 990).

7. Peticionaram nos autos *Alessandra Salewski* (fls. 992-994) e *Antônio Carlos Barbeito Mendes* (fls. 1046-1049), por meio de seus advogados, com o intuito de ingressarem no feito na qualidade de litisconsortes ativos, por figurarem como corréus nas mesmas ações penais tratadas neste *writ*, de forma a também obterem a extensão da decisão de trancamento proferida no HC 109.205/PR, do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A questão de direito versada nos presentes autos diz respeito a pedido de extensão dos efeitos do HC 109.205/PR, a outras ações penais a que respondem os pacientes.

No HC 109.205/PR, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou o trancamento da AP 2007.70.00.011097-5, em curso perante a 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR.

2. Para melhor deslinde da controvérsia, entendo ser oportuna a transcrição da ementa do HC 109.205/PR (fl.191):

> *Penal – Habeas corpus – Descaminho – Trancamento da ação penal – Ausência de prévia constituição do crédito tributário na esfera administrativa – Natureza tributária do delito – Ordem concedida.*
>
> 1. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir). Precedente.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional.

Nesse *writ*, os Ministros Paulo Gallotti e Og Fernandes ficaram vencidos e denegaram a ordem, sob o entendimento de que ao crime de descaminho não se aplica o mesmo tratamento dado aos delitos mencionados no art. 1º da Lei 8.137/1990.

3. Entendo, respeitando a posição adotada pela maioria dos membros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que a razão está com os dois Ministros vencidos naquele julgamento.

O descaminho não deve ter o mesmo tratamento aplicado aos crimes contra a ordem tributária. Desse modo, não se faz necessário o encerramento do processo administrativo fiscal para o desencadeamento da ação penal.

A consumação do crime de descaminho se dá com a importação ou exportação de mercadoria sem o pagamento, no todo ou em parte, do imposto devido por sua entrada ou saída. Trata-se, portanto, de crime formal, que não exige resultado naturalístico.

Acerca desse ponto, destaco o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou o *habeas corpus* impetrado em favor dos pacientes (fl. 174):

Processual penal. Habeas corpus. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade. Descaminho. Crime contra a ordem tributária. Objetividade jurídica distinta. Crédito tributário. Constituição definitiva. Independência das instâncias.

O trancamento de ação penal por meio da angusta via do *habeas corpus* consiste em medida excepcional, somente aceita pelos Tribunais pátrios quando demonstrada, inequivocamente, a ausência de justa causa hábil à instauração da *persecutio criminis in judicio*.

Há inequivocamente diferença entre o crime de descaminho e o contra a ordem tributária. São tipos penais com objetividade jurídica distinta, não podendo ser aplicado o mesmo entendimento para ambos, no que se refere à condição objetiva de punibilidade. O delito de contrabando ou descaminho tutela a Administração Pública, em especial o erário, protegendo também a saúde, a moral, a ordem pública. De outro modo, no crime do artigo 1º da Lei n. 8.137/90, o bem jurídico protegido é a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Neste delito, exige-se o resultado naturalístico, tanto que o pagamento do tributo extingue a punibilidade (artigo 34 da Lei n. 9.249/95), ao contrário do descaminho, no qual, mesmo que declarado o perdimento da mercadoria ou tendo sido paga a exação tributária, não há qualquer consequência no âmbito penal.

A conclusão do processo administrativo não é condição de procedibilidade para a deflagração do processo-crime pela prática de delito do artigo 334 do CP.

> Os tributos exigidos, na hipótese de descaminho, cumprem função extrafiscal, ao contrário, do crime contra a ordem tributária. A extrafiscalidade, nas palavras de Hugo de Brito Machado, configura-se "quando seu objetivo principal (do tributo) é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros".

Entretanto, não sendo possível a reforma do acórdão do HC 109.205/PR, que, inclusive, já transitou em julgado, retomo a questão do pedido de extensão de seus efeitos para as demais ações penais a que respondem os pacientes.

4. Os impetrantes asseveram que todas as ações penais contra os pacientes são fruto da mesma operação policial ("Operação Dilúvio"), havendo, portanto, conexão entre elas. Alegam que em nenhuma das ações penais ocorreu o término do procedimento administrativo fiscal. Nessa medida, a todas deve ser aplicada a mesma solução jurídica, qual seja seu trancamento em razão da falta de justa causa.

O instituto da conexão liga-se às regras de fixação da competência e não encontra relação com regras do julgamento propriamente dito. Dessa forma, apesar de os fatos serem conexos, isso não importará em julgamentos iguais.

Com efeito, cada fato imputado aos pacientes, apesar de conexo a outros, deve ser julgado individualmente, segundo o livre convencimento motivado do magistrado, não devendo a conexão ensejar o mesmo resultado para todos.

Desse modo, não há que se cogitar na extensão dos efeitos do *habeas corpus* anteriormente concedido, para se determinar o trancamento das demais ações penais instauradas contra os pacientes.

Ademais, conforme ressaltado acima, entendo que para o crime de descaminho não se faz necessário o término do procedimento administrativo fiscal para que seja instaurada a ação penal.

5. Os impetrantes também argumentam que os efeitos do julgamento do HC 109.205/PR, que determinou o trancamento da ação penal 2007.70.00.011097-5, devem ser estendidos às demais ações penais a que respondem os pacientes, com base em interpretação sistemática do art. 580 do Código de Processo Penal.

O argumento dos impetrantes não merece acolhida. O art. 580 do Código de Processo Penal trata da extensão subjetiva do efeito devolutivo dos recursos e, na espécie, os impetrantes pretendem obter o trancamento de outras ações penais ajuizadas contra os mesmos pacientes, valendo-se do dispositivo legal.

O Ministro Celso de Mello, ao tratar do efeito extensivo previsto no art. 580 do Código de Processo Penal, consignou o seguinte em seu voto:

> **Como se sabe**, a eficácia extensiva das decisões benéficas tem fundamento normativo no art. 580 do CPP, **que permite** a extensão de tais decisões, **quando proferidas** em sede recursal, **se fundadas** "em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal (...)".
>
> **A jurisprudência** dos Tribunais **e o magistério** da doutrina, no entanto, **têm admitido**, excepcionalmente, **a aplicação do efeito extensivo** previsto na norma

legal referida (**que se filia**, historicamente, **ao art. 469** do Código de Processo Penal **do Estado** do Rio Grande do Norte, **editado sob a égide** da Constituição de 1891), **mesmo** nas hipóteses em que a decisão benéfica **tenha sido proferida** em sede **não** recursal, **como**, por exemplo, **em ação de revisão criminal** (*Damásio E. de Jesus*, "*Código de Processo Penal Anotado*", p. 359, 7. ed., 1989, Saraiva) **ou**, como na espécie, **em ação de** *habeas corpus* (**RTJ** 101/127 – **RTJ** 114/119 – **HC** 78.021/RJ – **HC** 80.454/RJ – **HC** 93.790/RJ, **v.g.**).

A **norma** inscrita **no art. 580** do Código de Processo Penal – que conferiu, em caráter excepcional, efeito extensivo às decisões **benéficas** proferidas em sede recursal penal – **tem um claro objetivo**: dar efetividade, no plano jurídico, à garantia de equidade.

(HC 93.056-extensão/PE, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 28-10-2009.)

A equidade mencionada por Sua Excelência diz respeito ao tratamento igualitário que deve ser dado aos agentes do crime quando houver concurso de pessoas, uma vez que o direito penal pátrio adotou a teoria monista ou unitária, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a eles cominadas (art. 29 do CP).

6. Os impetrantes asseveram que "todas as ações penais são, na realidade, uma só, desmembrada por conveniência da instrução" (fl. 13).

O argumento trazido pelos impetrantes demonstra haver conexão entre as ações em razão de concurso de crimes. Portanto, não há que se cogitar na aplicação, sequer por interpretação sistemática, do art. 580 do Código de Processo Penal, para se estenderem os efeitos de *habeas corpus* que terminou o trancamento de uma ação penal a outras ações penais em que os pacientes também figuram como réus, conforme pretendem os impetrantes.

7. Os advogados de *Alessandra Salewski* e *Antônio Carlos Barbeito Mendes*, corréus na Ação Penal 2007.70.00.011097-5, peticionaram nos autos requerendo a extensão dos efeitos do HC 109.205/PR, julgado pelo Superior Tribunal, para que a ação penal também seja trancada em relação a seus constituintes.

A pretendida extensão dos efeitos do HC 109.205/PR, contudo, deve ser dirigida primeiramente à Corte que concedeu o *writ*. Na espécie, o Superior Tribunal de Justiça não apreciou o pleito de extensão dos efeitos aos corréus, o que impede a sua análise por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido o HC 96.977/PA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJE* de 30-6-2009:

Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Decisão fundamentada na garantia da ordem pública. Pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Demonstração. Alegação de excesso de prazo. Pedido de extensão. Supressão de instância. Ordem conhecida em parte e, nessa parte, denegada.

I – A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar, em especial diante da possibilidade de reiteração criminosa, a qual revela a necessidade da constrição.

II – A alegação de excesso de prazo e o pedido de extensão da ordem concedida à corré não foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impede a análise por esta Corte sob pena de indevida supressão de instância e de se extrapolar os limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal.

III – *Writ* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

8. Ante todo o exposto, **denego** o presente *habeas corpus* e **não conheço** do pedido de extensão formulado pelos corréus.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, embora louvando o excelente desempenho da tribuna, pelos eminentes causídicos, eu fico com a postulação do Ministério Público, cujo parecer estou a ler, aqui, atentamente, e que a eminente Ministra Relatora confirma e agrega ao parecer fundamentos que me parecem igualmente convincentes.

Eu também acho que não há como fazer do procedimento fiscal ultimado numa condição de procedibilidade do delito, do crime de descaminho que tem outra configuração, não exatamente tributária, ao menos quanto à primeira parte do núcleo do tipo penal, exatamente isso.

No mais, também me deixo convencer de que não há uma rigorosa identidade de situação no plano fático processual. Para chegarmos a essa conclusão, teríamos que fazer um amplo revolvimento do acervo fático probatório dos autos, o que não parece admitido pela via processualmente contida do *habeas corpus.*

Com essas ressalvas, esses registros, eu acompanho o brilhante voto da eminente Relatora.

EXTRATO DA ATA

HC 100.875/PR — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Pacientes: Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho. Impetrantes: René Ariel Dotti e Eduardo Sanz de Oliveira e Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferida a ordem e não foi conhecido o pedido de extensão, nos termos do voto da Relatora. Decisão unânime. Falou, pelos pacientes, o Dr. René Ariel Dotti e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 16 de novembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 100.938 — SC

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Cristian Silvestri Bertaso — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal. *Habeas corpus*. Art. 168-A do Código Penal. Apropriação indébita previdenciária. Bem jurídico tutelado. Patrimônio da Previdência Social. Caráter supraindividual. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reprovabilidade do comportamento. Ordem denegada.

I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

II – No caso sob exame, não há falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito em comento atinge bem jurídico de caráter supraindividual, qual seja, o patrimônio da Previdência Social ou a sua subsistência financeira. Precedente.

III – Segundo relatório do Tribunal de Contas da União, o déficit registrado nas contas da Previdência no ano de 2009 já supera os quarenta bilhões de reais.

IV – Nesse contexto, inviável reconhecer a atipicidade material da conduta do paciente, que contribui para agravar o quadro deficitário da Previdência Social.

V – 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 Marco Aurélio.

Brasília, 22 de junho de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de *Cristian Silvestri Bertaso,* contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento a recurso especial interposto pelo Ministério Público para restabelecer a sentença condenatória.

O acórdão impugnado porta a seguinte ementa:

> *Crime de apropriação indébita previdenciária. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Valor superior àquele previsto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.441/97.*
>
> 1. Não é possível utilizar o art. 4º da Portaria n. 4.910/99 do Ministério da Previdência e Assistência Social como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao não ajuizamento de ação de execução, e não de causa de extinção de crédito.
>
> 2. O melhor parâmetro para afastar a relevância penal da conduta é justamente aquele utilizado para extinguir todo e qualquer débito oriundo de contribuições sociais junto ao Instituto Nacional de Seguro Social, consoante dispõe o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.441/97, que determina o cancelamento da dívida igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais). Precedentes.
>
> 3. Recurso provido.
>
> (Fl. 308 do apenso 2.)

A inicial narra que o paciente foi condenado à pena de dois anos, seis meses e dez dias de reclusão e quinze dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 168-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, tendo sido a pena substituída por outra restritiva de direito, representada pela prestação de serviços à comunidade e o pagamento da importância de R$ 400,00.

Contra a sentença, a defesa interpôs apelação no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, por maioria, absolveu o paciente, sob o fundamento de que se aplicava ao caso o princípio da insignificância.

Inconformado, o *Parquet* federal ajuizou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, que a ele deu provimento para restabelecer a sentença condenatória.

Eis a razão desta impetração.

A impetrante alega, em suma, que o valor total do dano resultante da infração (R$ 1.748,33) acarretou lesão mínima à Previdência Social, assim como não atingiu o bem jurídico tutelado de maneira ofensiva ou concretamente perigosa de molde a justificar a aplicação da pena.

Sustenta, outrossim, que a insignificância da conduta afigura-se incontestável, uma vez que o Estado deixa de iniciar execução fiscal quando o débito não atinge o montante previsto no art. 4º da Portaria MPAS 4.910/1999.[1]

Entende, assim, que, se não há interesse do Fisco em iniciar demanda para cobrar tributos considerados de valor ínfimo pela legislação fiscal, do mesmo modo inexiste motivo para a intervenção do Direito Penal, que deve ser acionado somente como *ultima ratio* do sistema repressivo.

Ao final, requer a concessão de medida liminar para que seja determinada a suspensão do trâmite da ação penal até decisão final desta Corte. No mérito, pede o trancamento definitivo da ação penal por atipicidade material da conduta.

Em 5-10-2009, indeferi a liminar e, estando bem instruídos os autos, determinei sua remessa à Procuradoria-Geral da República (fls. 16-17).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 20-24).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de denegação da ordem, conforme passarei a demonstrar.

Neste *writ* a impetrante pleiteia o reconhecimento da atipicidade da conduta praticada ante a aplicação do princípio da insignificância, considerado o pequeno valor da contribuição previdenciária descontada e não recolhida (R$ 1.748,33).

Não obstante os argumentos expendidos, considero inviável a aplicação desse postulado ao caso sob exame.

Como se sabe, a configuração do delito de bagatela, conforme tem entendido esta Corte, exige a satisfação concomitante de determinados requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.

Ainda que se possa, em tese, considerar que o montante das contribuições não recolhidas tenha pequena expressão econômica (R$ 1.748,33), cumpre destacar que a conduta do paciente encontra-se qualificada por um intenso grau de reprovabilidade.

Isso porque, no delito de apropriação indébita previdenciária, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a "subsistência financeira da Previdência

---

[1] "Art. 4º A dívida ativa do INSS de valor até R$ 5.000 (cinco mil reais), considerada por CGC/CNPJ, não será ajuizada, exceto quando, em face do mesmo devedor, existirem outras dívidas, caso em que estas serão agrupadas para fins de ajuizamento."

Social" (HC 76.978/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa) ou, como ensina Guilherme de Souza Nucci[2], a figura típica incriminadora do art. 168-A do Código Penal "tem por finalidade proteger a fonte de custeio da seguridade social, em especial a previdência social".

A Constituição Federal, em seu art. 194, dispõe que

> A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Em seguida, o art. 195 impõe a toda a coletividade o dever de financiar a seguridade social.

A finalidade da previdência social, por sua vez, é assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis à sua manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente (art. 3º da Lei 8.212/1991).

Por tais razões, depreende-se que a conduta do paciente, quando deixou de repassar a contribuição descontada do salário do seu empregado, além de violar um dever que tem para com os cofres públicos, violou também o direito que a sociedade tem de possuir um sistema previdenciário que goze de saúde financeira, apto a garantir cobertura a todos que se encontrem naquelas situações de necessidade antes mencionadas.

Cito, nessa esteira, trecho do parecer do Ministério Público Federal, adotado pelo Ministro Maurício Corrêa, como fundamento do voto proferido no HC 76.978/RS, no qual se buscou o reconhecimento da atipicidade da conduta de paciente condenado pela prática do crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/1991:

> Também, a propósito deste tipo penal, e da não incidência do princípio da insignificância por incompossível, ante o que se objetiva tutelar, dissemos em voto na Câmara Criminal do Ministério Público Federal, *verbis*:
>
> "12. Com efeito, tenha-se presente que o tipo penal, que está na alínea *d*, do art. 95, da Lei 8.212/1991 aperfeiçoa-se a partir de uma situação real: o empregador já descontou do salário do empregado o valor destinado ao custeio da Seguridade Social, que quer "assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194, *caput*, da Constituição Federal), e dá-lhe destinação diversa.
>
> 13. Tal comportamento não traduz simples lesão patrimonial mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda sociedade (leia-se: termos do art. 195 e, em especial, seus incisos da Carta Magna), e, sob a ótica do empregador, ainda a marca da infidelidade, porque depositário da contri-

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 771.

> buição também exigida do próprio trabalhador, para de pronto repassá-la aos cofres públicos.
>
> 14. Empresário que é há de assentar seu negócio sobre as bases honestas do dever de fidelidade e compromisso inolvidável de fazer-se corresponsável, com todos mais, no zelo à Seguridade Social. Aqui, a tutela jurídica, que o antes mencionado preceito normativo pune, quando inobservado tão específico tipo penal".

Na mesma linha são os apontamentos de José Paulo Baltazar Júnior em *Crimes Federais*[3], quando discorre sobre o objeto jurídico protegido nos crimes contra a Previdência Social, *verbis*:

> No caso específico da Previdência Social, cuida-se de proteger um sistema contributivo, baseado na solidariedade social, mas obrigatório e indisponível para os particulares, que não têm opção de deixar de vincular-se ao sistema, desde o momento em que exercem atividade econômica (Martinez Lucas: 30-31).
>
> Indiretamente, também resta protegida a ordem econômica, tanto no aspecto tributário-arrecadatório da seguridade, quanto na preservação da livre concorrência (CF, art. 170, IV), pois o delito afeta o potencial competitivo das empresas que cumprem suas obrigações sociais, colocadas em situação de desvantagem frente àquelas que omitem o recolhimento dos tributos arrecadados.

A isso, some-se a situação deficitária em que se encontra a Previdência Social, consoante atesta relatório do Tribunal de Contas da União sobre as contas do Governo da República referente ao exercício de 2009[4], do qual transcrevo, no que interessa, o seguinte trecho:

> Quanto ao Regime Geral de Previdência Social, o Gráfico 1 e a Tabela 1 mostram que a arrecadação líquida em 2009 teve um aumento nominal de 11,4% em relação a 2008, atingindo um valor de R$ 182 bilhões. Segundo o Ministério da Previdência Social, dentre os fatores que explicam esse resultado estão: recuperação do mercado de trabalho formal; empenho gerencial para aumentar a arrecadação; elevação do teto do RGPS de R$ 3.038,99 para R$ 3.218,90 a partir de fevereiro de 2009, o que ampliou a base de contribuição e, consequentemente, as receitas correntes.
>
> A despesa com benefícios previdenciários cresceu 12,7% no exercício, totalizando R$ 224,9 bilhões. Isso aconteceu devido aos seguintes fatores: reajuste do salário mínimo acima da inflação em fevereiro de 2009, fazendo com que o piso previdenciário aumentasse significativamente; aumento dos benefícios pagos; e reajuste em fevereiro de 2009 dos benefícios com valores acima de um salário mínimo.
>
> **Considerando o valor da despesa superior à arrecadação, em 2009 houve um aumento nominal da necessidade de financiamento de 18,4% em comparação a 2008. O resultado previdenciário, em 2009, foi negativo em R$ 42,9 bilhões, sendo R$ 40,3 bilhões para financiar o Setor Rural e R$ 2,6 bilhões para o Setor Urbano**. Em relação a 2008, ambos correspondem a aumentos de 103% e

---

[3] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23.

[4] http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_09/index.htm

> 15%, respectivamente. A necessidade de um alto financiamento no meio rural se deve à política de inclusão previdenciária destinada aos trabalhadores rurais que vivem em regime de economia familiar.
> (Grifos meus.)

Diante desse quadro, não vejo como considerar reduzido o grau de reprovabilidade de tal comportamento, de modo a determinar o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Com efeito, na espécie, dado o caráter supraindividual do bem jurídico tutelado pela norma – o patrimônio da Previdência Social, o qual, é dizer, é patrimônio público, ou, como anota Antonio Lopes Monteiro,[5] "patrimônio não de uma pessoa ou de algumas pessoas, como nos demais crimes previstos nesse Título, mas o patrimônio de todos os cidadãos que fazem parte do sistema previdenciário" – aliado à circunstância de a conduta do paciente contribuir para agravar o quadro da já combalida previdência social brasileira, é de se repelir a pretensão do impetrante.

Por fim, registro que, para os casos de débitos previdenciários de pequena monta, o próprio legislador previu, no § 3º, II, do art. 168-A do CP, hipótese de perdão judicial ou aplicação exclusivamente da pena de multa, preenchidos determinados requisitos, quais sejam: agente primário e de bons antecedentes e valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, igual ou inferior ao estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Ante o exposto, denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 100.938/SC — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Cristian Silvestri Bertaso. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral da União). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio. 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, 22 de junho de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

---

[5] MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a previdência social: Lei 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 31.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 101.358 — RJ

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Recorrente: Cláudio dos Santos Valente Gomes — Recorrido: Ministério Público Federal

Recurso em *habeas corpus*. Direito penal e processual penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Conduta suficientemente individualizada. Condenação fundada em provas idôneas. *Sursis* processual. Não oferecimento. Nulidade relativa. Preclusão. Prescrição da pretensão executória reconhecida. Recurso provido parcialmente.

1. O presente recurso ordinário em *habeas corpus* diz respeito à inépcia da denúncia, à invalidade das provas, à nulidade do processo e à ocorrência da prescrição executória.

2. A conduta do recorrente foi suficientemente individualizada, ao menos para o fim de se concluir pelo juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia.

3. Com efeito, ao recorrente é imputado o fato de, na qualidade de comerciante, ter adquirido mercadoria que deveria saber ser produto de crime (art. 180, § 1º, do Código Penal).

4. As provas utilizadas para fundamentar a condenação do recorrente são plenamente idôneas, conforme se verifica no voto do relator da apelação que confirmou a sentença condenatória.

5. Para se acolher a tese do recorrente e divergir do entendimento assentado no julgado transcrito, seria necessário apurado reexame de fatos e provas, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

6. O não oferecimento de proposta de *sursis* processual gera nulidade apenas relativa, passível de preclusão, caso não arguida no momento oportuno. Precedentes.

7. Na medida em que o paciente ainda não iniciou o cumprimento de sua pena, fica clara a ocorrência da prescrição da pretensão executória da pena, uma vez que já se passaram mais de quatro anos da publicação da sentença.

8. Recurso parcialmente provido.

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, dar provimento parcial ao recurso ordinário, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 24 de agosto de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Cláudio dos Santos Valente Gomes* contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou o HC 74.101/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

2. Na espécie, o recorrente foi condenado em primeiro grau de jurisdição pela prática do delito tipificado no art. 180, § 1º, do Código Penal, à pena de um ano de reclusão, no regime aberto, e doze dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

A sentença condenatória foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Impetrado *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, o *writ* foi denegado em acórdão assim ementado (fls. 573-574):

> *Processo penal. Habeas corpus. Receptação. 1. Sentença afastamento da pena do § 1º do art. 180. Aplicação da reprimenda do caput. Possibilidade de sursis processual. Hipótese distinta daquela da desclassificação. Matéria não agitada oportuno tempore. Preclusão. Constrangimento. Ausência 2. Auto de prisão em flagrante. Suposta nulidade. Contaminação da ação penal. Não ocorrência. 3. Sentença. Amparo apenas em elementos do inquérito policial. Não ocorrência. Existência de confissão e depoimentos judiciais. Nulidade. Ausência. 4. Denúncia. Inépcia formal. Descrição suficiente. Ilegalidade. Não ocorrência. 5. Desclassificação. Da figura dolosa para culposa. Sentença condenatória. Confirmação em sede de apelação. Matéria de revisão criminal. Habeas corpus . Via angusta. Cognição. Impossibilidade.*
>
> 1. Quando, na sentença, o juiz, diante de imputação do crime do art. 180, § 1º, entendendo desproporcional a respectiva sanção, aplica a pena prevista no *caput*, não é de se invocar o enunciado 337 da Súmula desta Corte, visto que não se está a tratar de desclassificação. Ademais, não tendo sido arguida a nulidade, em preliminar da apelação, resta a matéria preclusa.
>
> 2. A suposta ilegalidade do auto de prisão em flagrante não contamina os termos da ação penal, podendo, apenas, conduzir ao relaxamento, se o caso, do encarceramento. Precedentes.
>
> 3. É inviável que a condenação penal arrime-se apenas em elementos colhidos no inquérito policial. Todavia, *in casu*, havendo confissão e prova testemunhal colhida sob o pálio do contraditório, não há se falar em eiva processual.
>
> 4. Não há inépcia da denúncia, quando a peça inaugural demonstra, de forma suficiente, a conduta do agente de aquisição de mercadorias, produto de crime de apropriação indébita, a qual também é detalhadamente descrita.

5. Diante de sentença condenatória, confirmada em sede de apelação, o pleito de desclassificação, de receptação dolosa para culposa, mostra-se inapropriado na angusta via do *habeas corpus*.

6. Ordem denegada, cassada a liminar.

3. Nas razões do presente recurso, o recorrente sustenta a ocorrência de nulidade absoluta do processo criminal, consistente no não oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo pelo membro do Ministério Público Estadual. Assevera ter decorrido o lapso temporal caracterizador da prescrição da pretensão executória da pena. Alega que a condenação fundou-se em informações colhidas em sede policial e não confirmadas em juízo, violando, dessa forma, o princípio do contraditório. Por fim, argumenta ser inepta a inicial acusatória, porquanto não descreve o fato criminoso com todas as suas circunstâncias.

Assim, requer o provimento do presente recurso para que seja anulado o processo desde o recebimento da denúncia e, de forma subsidiária, a cassação da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou ou o reconhecimento da prescrição da pretensão executória da pena.

4. O Ministério Público Federal apresentou suas contrarrazões às fls. 668-671.

5. A Procuradoria-Geral da República exarou parecer pelo provimento do recurso para que seja reconhecida a prescrição punitiva (fls. 732-737).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. O presente recurso ordinário em *habeas corpus* diz respeito à inépcia da denúncia, à invalidade das provas, à nulidade do processo e à ocorrência da prescrição executória.

2. O recorrente argumenta que a inicial acusatória não descreveu o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Para a análise desse ponto, considero pertinente a transcrição de trechos da peça acusatória oferecida contra o recorrente (fls. 26-29):

Denúncia em face de: **Gilson Silva Leite, Claudio Adão de Oliveira Medeiros e Claudio dos Santos Valente Gomes** qualificados às fls. 2/3, do incluso Auto de Prisão em Flagrante n. 288/99, da Delegacia de Roubo e furtos de Cargas – DRFC, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

No dia 29 de dezembro de 1999, por volta das 7:00, o primeiro e segundo denunciados, (Gilson Leite e Claudio Medeiros) funcionários da empresa J. Soares Transporte Ltda, prestadora de serviço da Sadia S/A, em comunhão de ações e desígnios, consciente e voluntariamente, apropriaram-se de coisa alheia móvel – consistente em produtos perecíveis pertencentes à Sadia descritos nos Auto de Apreensão de fls. 21 e 22, de que tinham posse e detenção em razão de emprego: entregadores de carga, na função de motorista e ajudante, respectivamente.

Os 1º e 2º denunciados, no dia dos fatos, por volta de 6:00, saíram da empresa Sadia, com o caminhão auto carga placa SP/BQY 7026 – carregado de mercadorias,

com o fim de fazer entregas a vários estabelecimentos comerciais. Após efetuarem duas entregas, os denunciados apropriaram-se indevidamente da carga descrita, rumando para o estabelecimento comercial: Açougue e Mercearia Mirandão Ltda, situado na Rua Miranda Varejão n. 215, em Realengo, de propriedade do 3º denunciado. Os 1º e 2º denunciados, então, ofereceram a mercadoria apropriada indevidamente ao 3º denunciado, dando conta de sua origem ilícita pela metade do valor que ostentavam as notas fiscais.

Ato contínuo, o terceiro denunciado consciente e voluntariamente, na qualidade de comerciante do gênero de produtos alimentícios, adquiriu as mercadorias descritas no Auto de Apreensão, pelo valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) – metade do valor ostentado nas Notas Fiscais, que se destinavam a outros estabelecimentos comerciais, sabendo de sua origem ilícita.

(...)

No mesmo dia, ou seja: 29 de dezembro de 1999, por volta das 11:30 horas, na Rua Dr. Clemente Marques, em Paciência, o terceiro denunciado, consciente e voluntariamente, na qualidade de comerciante do gênero de produtos alimentícios, transportava no veículo Fiat placa LCV 9068, coisa que sabia ser produto crime qual seja: 21 embalagens, contendo no interior de cada caixa oito frangos da marca Sadia (conforme Auto de Apreensão de fl. 21) – que haviam sido apropriadas indevidamente pelo primeiro e segundo denunciados e vendidas ao terceiro denunciado horas antes, por metade do preço que ostentavam as notas fiscais respectivas que estavam, inclusive, destinadas a outros estabelecimentos comerciais.

Abordado por policiais, em serviço de ronda, o terceiro denunciado informou que as mercadorias transportadas não tinham nota fiscal. Interpelado pelos detetives, o terceiro denunciado confessou que havia comprado a carga desviada da Sadia, na parte da manhã, e que o restante da mercadoria estaria em seu estabelecimento comercial.

Dirigindo-se todos, ao Açougue e Mercearia Mirandão Ltda, de propriedade do terceiro acusado, foram arrecadadas as mercadorias descritas no Auto de Apreensão de fl. 22, bem como diversas notas ficais emitidas pela Sadia (fls. 39/67), sendo-lhe dada voz de prisão, encaminhando-o a DRFC.

(...)

Assim agindo, encontram-se o primeiro e segundo denunciados incursos nas penas do art. 168, § 1º, III c/c 340, do Código Penal, na forma do art. 69 do mesmo diploma legal e o terceiro denunciado incurso nas penas do art. 180, § 1º, do Código Penal.

(Grifos do original.)

Entendo, ao contrário do que se argumenta no presente recurso, que a conduta do recorrente foi suficientemente individualizada, ao menos para o fim de se concluir pelo juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia.

Com efeito, ao recorrente é imputado o fato de, na qualidade de comerciante, ter adquirido mercadoria que deveria saber ser produto de crime (art. 180, § 1º, do Código Penal).

3. O recorrente também alega que a condenação fundou-se em informações colhidas em sede policial, não confirmadas em juízo.

A alegação não merece prosperar. As provas – coletadas em juízo – utilizadas para fundamentar a condenação do recorrente são plenamente idôneas,

conforme se verifica no voto do relator da apelação que confirmou a sentença condenatória (fls. 408-409):

> Afasta-se a arguição de nulidade do auto de prisão em flagrante decorrente do fato de não ter sido assegurada ao apelante a presença de advogado.
>
> Como salienta o Dr. Procurador, as provas em que se baseou a sentença, para a condenação, prescindem de eventual confissão do indiciado, no auto de prisão em flagrante. Baseou-se "na prova pericial, documental, confissão judicial dos corréus, além da prova oral de fls. 364/367 e 414/417" (fl. 625).
>
> A irregularidade apontada refletiria, quando muito, no auto de prisão e nesta, eventualmente.
>
> (...)
>
> A receptação é incontestável. Qualquer do povo, mesmo não comerciante, sabe que o motorista e o ajudante do caminhão, que transportava produtos da Sadia, não poderiam praticar qualquer ato de disposição dos produtos da firma à qual estavam prestando serviços.
>
> A prova oral não deixa a menor dúvida quanto ao desvio e à receptação.
>
> Vejam-se os interrogatórios de fls. 291/292 (Gilson) e 293/294 (Cláudio Adão), bem como os depoimentos de fls. 362/363 (Jardel), 364/365 (Altair), 366/367 (José Roberto) e, ainda, fls. 414/415 (Enio) e fls. 416/417 (Marconi).

Para se acolher a tese do recorrente e divergir do entendimento assentado no julgado transcrito, seria necessário apurado reexame de fatos e provas, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido, entre vários, cito o HC 93.291/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, *DJE* de 21-5-2008:

> *Habeas corpus.* Penal e Processual Penal. Crime de quadrilha ou bando. Ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal não configurada. Materialidade. Reexame de provas. Inviabilidade. Precedentes. Ordem denegada.
>
> 1. Tratando-se de crime de quadrilha ou bando, a denúncia que contém condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente a defesa não configura indicação genérica capaz de manchá-la com a inépcia. No caso, a denúncia demonstrou claramente o crime na sua totalidade e especificou a conduta ilícita do paciente.
>
> 2. O trancamento de ação penal em *habeas corpus* impetrado com fundamento na ausência de justa causa é medida excepcional que, em princípio, não tem cabimento quando a denúncia ofertada narra suficientemente fatos que constituem o crime.
>
> 3. A via estreita do *habeas corpus* não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova.
>
> 4. *Habeas corpus* denegado.

4. O recorrente sustenta a ocorrência de nulidade absoluta do processo criminal, consistente no não oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo pelo membro do Ministério Público estadual.

5. Antes de adentrar na questão da nulidade decorrente da falta de oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, faz-se necessária uma ressalva.

O magistrado de primeiro grau condenou o paciente pela prática do delito descrito no art. 180, § 1º, do Código Penal (receptação qualificada), contudo aplicou a pena prevista no *caput* do art. 180 (receptação simples). Esse posicionamento encontra-se em descompasso com a jurisprudência desta Egrégia Segunda Turma, conforme se verifica no HC 97.344/SP, de minha relatoria, *DJE* de 28-5-2009:

> *Direito penal. Habeas corpus. Art. 180, § 1º do Código Penal. Constitucionalidade. Ordem denegada.*
>
> 1. A conduta descrita no § 1º do art. 180 do Código Penal é evidentemente mais gravosa do que aquela descrita no *caput* do dispositivo, eis que voltada para a prática delituosa pelo comerciante ou industrial, que, pela própria atividade profissional, possui maior facilidade para agir como receptador de mercadoria ilícita.
>
> 2. Não obstante a falta de técnica na redação do dispositivo em comento, a modalidade qualificada do § 1º abrange tanto do dolo direto como o dolo eventual, ou seja, alcança a conduta de quem "sabe" e de quem "deve saber" ser a coisa produto de crime.
>
> 3. Ora, se o tipo pune a forma mais leve de dolo (eventual), a conclusão lógica é de que, com maior razão, também o faz em relação à forma mais grave (dolo direto), ainda que não o diga expressamente.
>
> 4. Se o dolo eventual está presente no tipo penal, parece evidente que o dolo direto também esteja, pois o menor se insere no maior.
>
> 5. Deste modo, não há que se falar em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como pretende o impetrante.
>
> 6. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

Não sendo o *habeas corpus* o instrumento adequado para reformar a sentença condenatória com vistas a prejudicar o paciente, retomo a questão da falta da proposta de suspensão condicional do processo.

6. A tese da nulidade absoluta não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, que entende que o não oferecimento de proposta de *sursis* processual gera nulidade apenas relativa, passível de preclusão, caso não arguida no momento oportuno. Nesse sentido menciono o HC 88.156/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 15-9-2006:

> *Habeas corpus*: denúncia: alegação de errônea capitulação jurídica dada aos fatos, que teria obstado a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo: inércia da defesa em suscitar a ausência da proposta do benefício, que gerou a preclusão.
>
> 1. A análise do alegado erro na classificação jurídica contida na denúncia depende, no *habeas corpus*, que do equívoco advenha efetivo prejuízo ao paciente.
>
> 2. No caso, o benefício, de qualquer modo, não poderia ser concedido ao paciente: a ausência de proposta de suspensão condicional do processo constitui nulidade relativa que precluiu, à falta de protesto oportuno da defesa.
>
> 3. E, dada a ausência de prejuízo concreto decorrente da classificação jurídica contida na denúncia, prevalece a jurisprudência do Tribunal, aplicável à generalidade dos casos, de que, como o réu se defende dos fatos, não há constrangimento

corrigível pela via do *habeas corpus* se eles, tal como narrados na denúncia, ao menos em tese, constituem crime. Precedentes.

Destaco que, no caso em foco, a defesa do recorrente não suscitou a nulidade referente à falta da proposta de suspensão condicional do processo em preliminar de apelação, o que gerou o fenômeno da preclusão.

7. Por fim, chego à questão da prescrição. O recorrente assevera ter decorrido o lapso temporal caracterizador da prescrição da pretensão executória da pena.

Vejamos se a afirmação procede, analisando também a prescrição da pretensão punitiva, por ser matéria de ordem pública, que, caso tenha ocorrido, deve ser reconhecida de ofício.

8. Compulsando os autos, constata-se que os fatos ocorreram em 29 de dezembro de 1999, conforme narra a denúncia; a inicial acusatória foi recebida em 21 de janeiro de 2000 (fl. 26); e a sentença condenatória recorrível foi publicada em 1º de dezembro de 2003, conforme certidão de fl. 333.

A defesa interpôs apelação contra a sentença condenatória, que foi desprovida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foi negado seguimento aos recursos especial e extraordinário e não foi interposto agravo de instrumento contra a decisão que negou seguimento aos recursos. Dessa forma, a condenação do paciente transitou definitivamente em julgado em 15 de dezembro de 2006, conforme certidão de fl. 740v.

9. Ressalto que, na espécie, o último marco interruptível da prescrição da pretensão punitiva é a publicação da sentença penal condenatória recorrível, uma vez que o fato criminoso, o recebimento da denúncia, a sentença condenatória recorrível e o acórdão confirmatório da sentença ocorreram antes da entrada em vigor da Lei 11.596/2007, que instituiu a publicação do acórdão condenatório como marco interruptível da prescrição.

Dessa forma, em relação ao caso sob julgamento, a discussão sobre se o acórdão confirmatório da sentença condenatória possui o condão de interromper a prescrição da pretensão punitiva torna-se irrelevante, já que, à época em que foi prolatado (13-9-2005), o art. 117, inciso IV, do Código Penal previa apenas a sentença condenatória recorrível como marco interrruptivo da prescrição.

10. Na espécie, o recorrente foi condenado à pena de um ano de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direito, e, segundo o inciso V do art. 109 do Código Penal, combinado com seu parágrafo único, para pena igual a um ano a prescrição ocorre em quatro.

Analisando os marcos interruptíveis da prescrição da pretensão punitiva – consumação do fato criminoso (29-12-1999) ao recebimento da denúncia (21-1-2000); recebimento da denúncia (21-1-2000) à publicação da sentença penal condenatória recorrível (1-12-2003); publicação da sentença penal condenatória recorrível (1-12-2003) ao trânsito em julgado em definitivo da condenação (15-

12-2006) –, verifica-se que não transcorreram mais de quatro anos em nenhum dos lapsos temporais.

11. Constatada a inocorrência da prescrição da pretensão punitiva no presente caso e tendo havido o trânsito em julgado em definitivo da condenação do recorrente, torna-se possível a análise da prescrição da pretensão executória da pena.

O Juízo da 1ª Vara Criminal Regional de Bangu/RJ, instado a prestar informações, noticiou que o recorrente ainda não iniciou o cumprimento de sua pena (fls. 694-696). Portanto, no caso, não houve interrupção do curso da prescrição executória da pena (art. 117, V, do CP).

Dessa forma, na medida em que o paciente ainda não iniciou o cumprimento de sua pena, fica clara a ocorrência da prescrição da pretensão executória da pena, uma vez que já se passaram mais de quatro anos da publicação da sentença (1-12-2003).

Portanto, forçoso o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, o que acarreta a extinção da punibilidade do recorrente (art. 107, IV, do CP).

12. Ante todo o exposto, dou **parcial provimento** ao presente recurso ordinário em *habeas corpus*, para reconhecer a prescrição da pretensão executória da pena imposta ao recorrente, subsistindo os efeitos secundários da condenação, contrariamente ao manifestado no parecer da Procuradoria-Geral da República.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RHC 101.358/RJ — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Cláudio dos Santos Valente Gomes (Advogado: Marcos Augusto e Figueiredo). Recorrido: Ministério Público Federal (Advogado: Procurador-Geral da República).

Decisão: Recurso ordinário parcialmente provido, nos termos do voto da Relatora. Decisão unânime. Ausentes, licenciados, neste julgamento, os Ministro Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto. Ausentes, licenciados, os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 24 de agosto de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 102.019 — PB

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Rafael Pereira de Albuquerque — Impetrante: Rafael Pereira de Albuquerque — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Processual penal. Defesa técnica. Direito indisponível e irrenunciável. Inadmissibilidade de o réu subscrever sua própria defesa. Autodefesa. Direito excepcional do acusado. Possibilidade restrita às hipóteses previstas na Constituição e nas leis processuais. Ordem denegada.**

I – A defesa técnica é aquela exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, constituindo direito indisponível e irrenunciável.

II – A pretensão do paciente de realizar sua própria defesa mostra-se inadmissível, pois se trata de faculdade excepcional, exercida nas hipóteses estritamente previstas na Constituição e nas leis processuais.

III – Ao réu é assegurado o exercício da autodefesa consistente em ser interrogado pelo juízo ou em invocar direito ao silêncio, bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas.

IV – Ao acusado, contudo, não é dado apresentar sua própria defesa, quando não possuir capacidade postulatória.

V – 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, 17 de agosto de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por *Rafael Pereira de Albuquerque*, em nome próprio, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem pleiteada no HC 100.810/PB, Rel. Min. Laurita Vaz.

O paciente/impetrante alega, em suma, que teve negado o direito de "redigir" pessoalmente sua defesa técnica em ação penal que responde na 7ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande/PB.

Sustenta, ainda, que houve equívoco do Superior Tribunal de Justiça, em denegar a possibilidade de "redigir" sua própria defesa técnica, que segundo ele está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Afirma, mais, que "o Estado pode constituir defensor dativo, com intuito de fazer eventuais formatações, de tal forma a garantir o asseio e a coerência aos argumentos trazidos à tona por mim" (fl. 2).

Argumenta, assim, que sofreu cerceamento de defesa e violação de suas garantias constitucionais.

Por fim, pede a concessão de ordem para que lhe seja garantido o direito de que seus "argumentos técnicos sejam apreciados pela justiça" (fl. 3).

Em 17-12-2009, solicitei informações à autoridade apontada como coatora, bem como determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fl. 9).

As informações foram prestadas pelo Superior Tribunal de Justiça à fl. 13.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, opinou pela denegação da ordem (fls. 28-30).

À fl. 33, solicitei informações complementares ao Juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande/PB, as quais aportaram nesta Corte em 7-5-2010.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão ora atacado possui a seguinte ementa:

> *Habeas corpus. Processual penal. Direito de advogar em causa própria. Réu não advogado. Impossibilidade. Direito de defesa que é indisponível. Constrangimento ilegal não evidenciado.*
>
> 1. Não obstante não seja exigida capacidade postulatória para determinados atos processuais na esfera penal, como no caso da impetração de *habeas corpus*, nos termos da legislação aplicável à espécie (arts. 261 e 263, do CPP e 2º, do Estatuto da OAB), bem assim dos preceitos constitucionais (art. 5º, LIV e LV), tal possibilidade não se estende à defesa do réu na ação penal, uma vez que o direito de defesa é um direito indisponível.
>
> 2. Ademais, não há de se falar, na espécie, em ofensa à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que garante ao réu a possibilidade de exercer pessoalmente sua defesa, na medida em que tal prerrogativa lhe é assegurada pelo ordenamento jurídico pátrio em todos os atos do processo, mas que somente pode ser exercida de forma complementar à defesa técnica e não, salvo

> nas hipóteses excepcionais, de forma exclusiva. E ainda, ao contrário do sugerido na impetração, não tem a referida Convenção o condão de derrogar o Código de Processo Penal.
>
> 3. Ordem denegada.
>
> (Fl. 17.)

Conforme relatado, sustenta-se na inicial deste *writ* que o Superior Tribunal de Justiça equivocou-se ao denegar a ordem na impetração lá ajuizada, ao fundamento de que o paciente/impetrante possui o direito de apresentar sua própria defesa técnica na ação penal que responde.

Mas, ao contrário do que foi alegado, não vislumbro na decisão atacada, nem mesmo em tese, qualquer eiva de ilegalidade ou coação indevida por parte da autoridade apontada como coatora.

Com efeito, a Constituição Federal assegura a todos os acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do art. 5º, LV.

Com base nesse preceito do texto magno, a teoria processual penal tem classificado as espécies de defesa como defesa técnica e autodefesa.

Assim, a defesa técnica consiste naquela exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, sendo **indispensável** e **irrenunciável** no tocante ao réu.

Já a autodefesa é a exercida por meio da atuação pessoal do acusado, especialmente por ocasião de seu interrogatório, oportunidade em que traz ao juízo a sua versão sobre os fatos, ou, ainda, pelo seu direito de presença, acompanhando os atos instrutórios, como bem esclarece a doutrina:

> Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos a serem escrupulosamente observados: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.[1]

Desse modo, a autodefesa e a defesa técnica devem complementar-se, sendo exercidas em conjunto, não podendo, jamais, a defesa de um acusado, por meio de advogado devidamente habilitado, ser dispensada, pois esta consubstancia um direito fundamental indisponível. A inexistência da defesa técnica ou a sua deficiência acarreta a nulidade absoluta da ação penal.

Nesse sentido, é o entendimento consolidado desta Corte:

> *Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Arts. 133 e 5º, inciso LV, da CB/1988. Trânsito em julgado de decisão que não admitiu agravo de instrumento em recurso especial. Falecimento do único advogado constituído, resultando*

---

[1] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73.

impossibilitada a intimação do acórdão. Violação do contraditório e da ampla defesa. Desconstituição do trânsito em julgado e devolução do prazo recursal. Restituição da liberdade do paciente, que respondeu solto à ação penal. **A CB/1988 determina que "o advogado é indispensável à administração da justiça" (art. 133). É por intermédio dele que se exerce "o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV)**. O falecimento do patrono do réu cinco dias antes da publicação do acórdão, do STJ, que não admitiu o agravo de instrumento consubstancia situação relevante. Isso porque, havendo apenas um advogado constituído nos autos, a intimação do acórdão tornou-se impossível após a sua morte. **Em consequência, o paciente ficou sem defesa técnica. Há, no caso, nítida violação do contraditório e da ampla defesa**, a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão e a devolução do prazo recursal, bem assim a restituição da liberdade do paciente, que respondeu à ação penal solto. Ordem concedida.
(HC 99.330/ES, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau – Grifos meus.)

(...) sendo a defesa técnica essencial e indisponível e, no âmbito de atuação, fundamentais as alegações finais para seu concreto exercício – a ponto de esta Corte entender devam ser formuladas exclusivamente por advogado –, (...). Não se compadece com a garantia da plenitude da defesa que alegações finais sejam subscritas pelo próprio réu sem habilitação, ou que o não sejam por ninguém.
(HC 92.680/SP, Rel. Min. Cezar Peluso – Grifos meus.)

Princípio básico revela que ninguém pode ser processado sem a assistência técnica. (...) Cumpre, então ter presente imposição constitucional – art. 5º, inciso LV –, como também a legal – art. 261 do Código de Processo Penal.
(RE 459.131/RS, Rel. Min. Marco Aurélio – Grifos meus.)

A defesa é direito indisponível, tanto assim que, para os atos que lhe são essenciais, se o defensor do réu – seja ele constituído ou dativo – não os praticar, impõe-se a designação de defensor *ad hoc* para essa prática.
(HC 69.431/MG, Rel. Min. Moreira Alves.)

Ademais, o próprio Código de Processo Penal prevê a necessidade da defesa técnica, ao consignar, no art. 261, que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

Nessa mesma ótica, valho-me mais uma vez de apontamentos doutrinários sobre a indisponibilidade da defesa técnica:

é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, consequentemente, à própria imparcialidade do juiz. Por isso, a Constituição de 1988 considera o advogado indispensável à administração da Justiça (art. 133) e estrutura as defensorias públicas (art. 134).[2]

E mais:

[2] Idem, p. 71.

> **Indisponibilidade do direito de defesa**: trata-se de uma decorrência da indisponibilidade do direito à liberdade, razão pela qual o réu, ainda que não queira, terá nomeado um defensor, habilitado para a função, para o patrocínio de sua defesa.[3]

Desse modo, a pretensão do paciente/impetrante de realizar sua própria defesa mostra-se inadmissível, porquanto, conforme demonstrado, a defesa técnica é indisponível e irrenunciável, não ficando esta ao alvedrio do acusado, que se defende segundo os modos e nas oportunidades que a lei processual estabelece.

Com efeito, aos réus é assegurada a autodefesa, especialmente no momento ao ser interrogado pelo juízo ou quando invoca o direito ao silêncio, bem como ao acompanhar os atos de instrução, tudo isso sem prejuízo de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas.

O ordenamento jurídico pátrio e a Convenção Americana de Direitos Humanos não permitem que o réu renuncie à defesa técnica, constituindo exceção a essa regra a possibilidade deste subscrever peças processuais, tal como ocorre na inicial do *writ* de *habeas corpus*.

Nessa esteira, bem assinalou o Superior Tribunal de Justiça na impetração lá ajuizada:

> (...), tampouco se vislumbra, na espécie, ofensa à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que garante ao réu a possibilidade de exercer pessoalmente sua defesa, na medida em que tal prerrogativa lhe é assegurada pelo ordenamento jurídico pátrio em todos os atos do processo, mas que somente pode ser exercida de forma complementar à defesa técnica (essa sim indispensável) e não, como regra, de forma exclusiva.
> (Fl. 21.)

Além disso, não há falar em nulidade do processo ou violação ao direito à ampla defesa, pois, conforme informou o Juízo da 7º Vara Criminal da Comarca de Campina Grande/PB, o impetrante/paciente foi defendido por advogado constituído nos autos, que acompanhou todos os atos processuais, noticiando, ainda, que, em diversas oportunidades, que aquele peticionou nos autos da ação penal, em causa própria, consoante trechos abaixo transcritos:

> O paciente (...) foi denunciado pelo Ministério Público pela suposta prática de crime de roubo qualificado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo (...).
>
> A ação penal seguiu sua regular tramitação, durante a qual houve a instauração de incidente de insanidade mental do réu, ora paciente, ante os indícios de perturbação mental do mesmo (...).
>
> Cumpre mencionar que o laudo pericial em questão concluiu pela semi-imputabilidade do réu, sendo homologado o parecer e dada continuidade ao feito.

---

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 565.

(...) **a contrário do alegado pelo paciente, não se verificou perante este Juízo qualquer cerceamento ao seu direito de defesa. Sua defesa foi plenamente exercida pelo advogado constituído nos autos, Dr. Sosthenes Marinho Costa, OAB/PB 4886, o qual acompanhou todos os atos do processo desde seu nascedouro, inclusive com apresentação de defesa prévia e rol de testemunhas (devidamente ouvidas em Juízo).**

A despeito de ter advogado nos autos, o qual foi, inclusive nomeado como curador do réu durante o incidente de insanidade mental, o próprio réu peticionou diversas vezes, em causa própria, durante a tramitação da ação, podendo-se mencionar as folhas 165/166, 179/180 (desta encaminhando minucioso relatório sobre sua própria situação, constante às fls. 181/199), 206, 236 e 243, além das folhas 45, 81 e 82 nos autos do incidente instaurado.

(Fls. 39-40 – Grifos meus.)

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, o tema é, por deveras, extremamente interessante.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Fiz um longo voto.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Há um belíssimo filme alemão que se chama "Uma cidade sem passado", em que, a uma determinada altura, uma cidadã se sente prejudicada pelas várias defesas técnicas que contratou e, então, assume a autotutela. A corte constitucional – é um caso verídico, é um filme que retrata uma história verídica – garantiu-lhe o direito de ter a autotutela. É um tema que merece as mais variadas reflexões, mas, no momento, acompanho Vossa Excelência. Só gostaria de fazer esse destaque.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Cito a doutrina – é um voto muito longo; cito Ada Pellegrini Grinover; o eminente mestre da USP, Scarance Fernandes; Antônio Magalhães Gomes Filho, que é o nosso diretor, atualmente, em que eles dizem que a defesa técnica é um direito indispensável e irrenunciável. O réu não pode nem renunciar à defesa técnica.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Acompanho Vossa Excelência.

EXTRATO DA ATA

HC 102.019/PB — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Rafael Pereira de Albuquerque. Impetrante: Rafael Pereira de Albuquerque. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. 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. Compareceu

à abertura da sessão o Ministro Ayres Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 17 de agosto de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 102.422 — SP

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Roberto Luiz Ribeiro Haddad — Impetrantes: Arnaldo Malheiros Filho e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus.* Ação penal (trancamento). Justa causa (ausência). Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito ("caneta-revólver"). Atipicidade.**

1. É possível a concessão de *habeas corpus* para a extinção de ação penal sempre que se constatar ou imputação de fato atípico, ou inexistência de qualquer elemento que demonstre a autoria do delito, ou extinção da punibilidade.

2. Na espécie, não há justa causa para a ação penal com base no art. 16 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). A apreensão de "caneta-revólver" na residência do investigado, cujas características são de todo assemelhadas à arma registrada em seu nome perante o órgão competente, com mera divergência quanto à origem de sua fabricação, não é suficiente para caracterizar o crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, máxime não tendo sido localizado outro equipamento similar de origem diversa.

3. Nas palavras de Reale Júnior, tipicidade é a "congruência entre a ação concreta e o paradigma legal ou a configuração típica do injusto". Não preenchidos esses requisitos, inexiste justa causa para a instauração da persecução penal pelo *Parquet*.

4. *Habeas corpus* concedido.

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 conceder a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de junho de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com requerimento de liminar, impetrado por Arnaldo Malheiros Filho e outros, em favor de *Roberto Luiz Ribeiro Haddad*, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que aceitou denúncia em ação penal em face do paciente.

Os impetrantes esclarecem que o paciente é desembargador federal, membro do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e, nessa condição, juntamente com terceiros, foi objeto de operação policial consistente em interceptações telefônicas e busca e apreensão de objetos, as quais se deram em sua residência, em seu gabinete de trabalho e em oficina mecânica de propriedade de seu irmão, sob a acusação de participar da suposta venda de decisões judiciais.

Oferecida denúncia ao STJ (Ação Penal 549/SP, Rel. Min. **Felix Fischer**) – a qual dava o paciente como incurso nas sanções dos arts. 288, 357 e 321, parágrafo único, c/c o art. 70, todos do Código Penal, bem como do art. 16 da Lei 10.826/2003 –, esta foi parcialmente recebida, apenas no que toca ao suposto delito de posse de arma de fogo de uso proibido, referente ao último dispositivo penal mencionado.

Em síntese, os impetrantes apontam a ilegalidade das escutas telefônicas, ante a inexistência de fundamento válido, redundando na ilicitude da prova obtida por derivação.

De outro lado, enfocam a nulidade da busca e apreensão, quer por serem decorrentes das ilegítimas escutas telefônicas, quer por absoluta ausência de fundamentação apta a excepcionar direito individual constitucionalmente garantido. Dizem que os atos persecutórios transformaram-se em verdadeira autorização de "devassa" deferida à autoridade policial. Ainda quanto a esse ponto, mencionam a ilegalidade resultante do acompanhamento da busca e apreensão por procuradores-regionais da República, aos quais falece atribuição para atuar em feito de competência do STJ.

Referem também à atipicidade da posse de arma de fogo e de munição, tratando-se, na verdade, de uma "caneta-revólver" e dois projéteis de calibre 22, sendo a arma mantida desmuniciada e apenas como objeto de decoração em estante da residência do paciente, contando com o devido registro de colecionador no Ministério da Defesa, o qual se estende sobre as demais peças de seu acervo, em número superior a cinquenta.

Esclarecem que a dúvida lançada no acórdão sobre a "caneta-revólver" apreendida ser a mesma constante do rol de registro no Ministério da Defesa não se sustenta, devendo-se a erro do Exército Brasileiro, responsável pelo ato, na medida em que, por considerar o sistema de acionamento americano, presumiu tratar-se de arma de fabricação americana, quando, na verdade, foi fabricada em Taiwan.

Sucessivamente, sustentam a falta de dolo do paciente, que, ante o equívoco do próprio órgão administrativo, não teria a intenção de manter sob sua posse arma de uso restrito sem devida autorização.

No mais, asseveraram a ineficácia da arma para disparos, pois não estava municiada ou, tampouco, contava com munição disponível ao agente, vez que as duas balas apreendidas encontravam-se em outro cômodo da residência.

Finalmente, defendem que o suposto delito de posse de arma de fogo foi objeto de *abolitio criminis*, conforme prevê o art. 30 da Lei 10.826/2003.

Requerem liminar que determine a suspensão do processo e final concessão de ordem voltada ao trancamento da ação.

Em 28-1-2010, o Ministro **Gilmar Mendes** deferiu o pedido de liminar e solicitou informações à autoridade apontada como coatora (fls. 1539 a 1546).

As informações foram prestadas às fls. 1559 a 1730.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**, opinou pela denegação da ordem (fls. 1733 a 1737).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Como já dito, trata-se de *habeas corpus*, com requerimento de liminar, impetrado por Arnaldo Malheiros Filho e outros, em favor de *Roberto Luiz Ribeiro Haddad*, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que aceitou denúncia em ação penal em face do paciente.

Dizem os impetrantes que o paciente é desembargador federal, membro do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e, nessa condição, juntamente com terceiros, foi objeto de operação policial consistente em interceptações telefônicas e busca e apreensão de objetos, as quais se deram em sua residência, em seu gabinete de trabalho e em oficina mecânica de propriedade de seu irmão, sob a acusação de participar da suposta venda de decisões judiciais.

Oferecida denúncia ao STJ – a qual dava o paciente como incurso nas sanções dos arts. 288, 357 e 321, parágrafo único, c/c o art. 70, todos do Código Penal, bem como do art. 16 da Lei 10.826/2003 –, apenas essa última imputação foi parcialmente recebida para admissão da ação penal, no que toca ao suposto delito de posse de uma "caneta-revólver", arma de fogo classificada como de uso restrito.

O acórdão contra o qual se volta a presente impetração tem ementa do seguinte teor:

> Ação penal originária. Competência do Superior Tribunal de Justiça fixada ex vi art. 105, inciso I, alínea "a", da *lex fundamentalis*. **Desembargador federal** denunciado pela prática dos crimes previstos nos **arts. 288; 317, § 2º; 299, todos do Código Penal e no art. 12 da Lei n. 10.826/2003**. Preliminar de nulidade do material colhido durante a interceptação das conversas telefônicas afastada. Denúncia que, **de um lado**, carece do suporte probatório mínimo legitimador do início da *persecutio criminis in iudicio*, na medida em que não revela de modo satisfatório a materialidade do fato tido por delituoso e a existência de indícios suficientes da autoria a respaldar a acusação e torná-la viável e, **de outro**, narra condutas atípicas. Posse irregular de arma de fogo. Prazo para a regularização da arma. Artigos 30, 31 e 32, do Estatuto do Desarmamento. **Desembargador federal** denunciado

pela prática, em tese, dos **delitos de quadrilha e prevaricação**. Ausência de dados indiciários mínimos capazes de sustentar a imputação. Flagrante ausência de justa causa. **Desembargador federal** denunciado pela prática dos **delitos previstos nos arts. 288, 321, parágrafo único, e 357, todos do Código Penal e do art. 16 da Lei n. 10.826/2003**. Preliminares de nulidade da decisão que determinou a interceptação telefônica das conversas do denunciado e da medida de busca e apreensão afastadas. Ausência de justa causa em relação aos delitos de quadrilha ou bando, exploração de prestígio e advocacia administrativa qualificada. Recebimento da denúncia na parte que é imputada a prática do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

I – A denominada "Operação Têmis" foi levada a efeito sob a alegação de **"venda de decisões judiciais"**. No entanto, apesar do deferimento amplo de diligências (busca e apreensão; excetuando-se em Montevidéu, quebra de sigilo bancário e fiscal; interceptação telefônica), **a imputação de "venda de decisões judiciais" não foi apresentada contra os denunciados com foro especial perante esta Corte**.

II – A dificuldade na apuração de um delito não justifica o oferecimento precoce de denúncia e nem isenta o órgão de acusação de apresentar provas indiciárias do que foi imputado.

III – Inexistência de juízo incompetente para o início das investigações acerca de supostas práticas delituosas praticadas por **A. M. B. C. A.** A **captação fortuita de conversas** entre pessoa cuja interceptação telefônica tinha sido devidamente autorizada com a denunciada, não configura nenhuma nulidade. As suspeitas dali oriundas, é que ensejaram a pronta remessa dos autos a esta Corte, **não se podendo falar, portanto, em ilicitude do material probatório**.

IV – Verifica-se da simples leitura tanto da decisão que autorizou a **quebra do sigilo telefônico** de **Roberto Luiz Ribeiro Haddad**, como da que possibilitou a prorrogação da medida, que a **indispensável** e **suficiente fundamentação** foi rigorosamente apresentada. De fato, todos os **requisitos exigidos pela Lei n. 9.296/96** para a interceptação de conversas telefônicas foram devidamente delineados (**v.g.:** imprescindibilidade da medida, indicação de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão, a sua finalidade, etc.). As decisões apresentaram a **necessária fundamentação** com base em elementos que, **naquela oportunidade**, demonstravam a imperiosidade de sua adoção para **elucidação dos fatos**.

V – Conforme já decidido por esta Corte, a "busca e apreensão, como meio de prova admitido pelo Código de Processo Penal, deverá ser procedida quando houver fundadas razões autorizadoras a, dentre outros, colher qualquer elemento hábil a formar a convicção do Julgador. Não há qualquer ilegalidade na decisão que determinou a busca e apreensão, se esta foi proferida em observância ao Princípio do Livre Convencimento Motivado, visando a assegurar a convicção por meio da livre apreciação da prova". (RMS 18.061/SC, **5ª Turma**, **Rel. Min. Gilson Dipp**, *DJ* de 28-3-2005). **Na hipótese**, o **cabimento da medida** restou **devidamente demonstrado**, a partir do conteúdo das conversas interceptadas. Além disso, **naquele momento**, mostrava-se necessária uma **melhor delimitação da participação de cada um dos supostos envolvidos nos ilícitos penais sob investigação**. Por fim, a possibilidade de apreensão de coisas obtidas por meios criminosos, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração e outros elementos de convicção justificavam, também, a necessidade de tal medida. **Tudo isso, frise-se, restou satisfatoriamente demonstrado na decisão objurgada**.

VI – Segundo já restou decidido por esta Corte, "Conforme o art. 68 da Lei Complementar 75/1993, é atribuição da Procuradoria Regional da República a atuação em processos de competência originária dos Tribunais Regionais Federais" (HC 112.617/DF, **5ª Turma**, de **minha relatoria**, *DJE* de 2-2-2009). **Desta feita**, "Os membros do *Parquet* de Segundo Grau, não têm legitimidade para autuar em Tribunal Superior". (AgRg no Ag 614.771/RS, **5ª Turma**, de **minha relatoria**, *DJ* de 30-5-2005). **No caso**, no entanto, não incide o disposto no destacado dispositivo legal. É que **não se tem no mero acompanhamento de diligência por Procuradores Regionais da República o mencionado ofício em órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria (na hipótese, perante esta Corte), a ponto de se exigir a autorização do Conselho Superior**. De fato, a **louvável medida** levada a efeito em atendimento a Portaria nº 153 da Procuradoria-Geral da República datada de 18 de abril de 2007, **subscrita pelo próprio Procurador-Geral da República**, que no uso de suas atribuições constitucionais e legais **designou diversos Procuradores Regionais da República para, em conjunto com Subprocurador-Geral da República, acompanhar a referida diligência** (fl. 6.715 – volume 25), denota a preocupação de que em sua efetivação fosse assegurada **a observância de todas as garantias constitucionais dos investigados e a regularidade da medida**.

VII – A eventualmente indevida apreensão de objetos que devem ser restituídos, não tendo sido utilizados, não constitui nulidade processual.

VIII – A **denúncia** deve vir acompanhada com o **mínimo embasamento probatório**, ou seja, com lastro probatório mínimo (HC 88.601/CE, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJU* de 22-6-2007), apto a demonstrar, **ainda que de modo indiciário**, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é imperiosa existência de um **suporte legitimador** que revele de modo satisfatório e consistente, a **materialidade do fato delituoso** e a **existência de indícios suficientes de autoria do crime**, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a **imputação penal destituída de base empírica idônea** (Inq 1.978/PR, **Tribunal Pleno**, Rel. **Min. Celso de Mello**, *DJU* de 17-8-2007) o que implica a ausência de justa causa a autorizar a instauração da *persecutio criminis in iudicio*.

(...)

XXV – Não se pode confundir **posse** de **arma** de fogo com o porte de **arma** de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A **posse** consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a **arma** de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a **arma** de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho (**Precedentes**).

XXVI – Os prazos a que se referem os artigos 30, 31 e 32, da Lei n. 10.826/2003, só beneficiam os possuidores de **arma** de fogo, i.e., quem a possui em sua residência ou local de trabalho. Ademais, cumpre asseverar que o mencionado prazo teve seu termo inicial em 23 de dezembro de 2003, e possui termo final previsto até 31 de dezembro de 2008, tão somente para os possuidores de **arma** de fogo de uso permitido (nos exatos termos do art. 1º da Medida Provisória n. 417, de 31 de janeiro de 2008, convertida na Lei 11.706, de 19 de junho de 2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03). *In casu*, a conduta atribuída à denunciada foi a de **possuir, no interior de sua residência, arma de fogo de uso permitido**. Logo, enquadra-se tal conduta nas hipóteses excepcionais dos artigos 30, 31 e 32 do Estatuto do Desarmamento.

XXVII – Não há como sustentar a participação de **N. DA C. JR.** no apontado **delito de quadrilha** diante dos escassos e, de certa forma, juridicamente irrelevantes dados, trazidos aos autos. Nada há que justifique a conclusão de que o denunciado integrava **associação estável e permanente formada com a deliberada intenção de cometer crimes**. De fato, tudo aquilo que foi colhido em seu desfavor é claramente insuficiente para a configuração do delito de quadrilha. Os mencionados encontros registrados pela autoridade policial entre ele e outros apontados integrantes da suposta quadrilha, tais como **Roberto Luiz Ribeiro Haddad** e **L. J. D.**, quer no gabinete do denunciado, quer em outros locais abertos ao público, servem, quando muito, apenas para demonstrar que ele conhecia e até mantinha vínculo de amizade com essas pessoas, o que é **insuficiente para a configuração do crime de quadrilha**. Nada se tem nos autos, portanto, que permita concluir, pelo menos de maneira indiciária, que esses relacionamentos são vínculos formados com a intenção de praticar ilícitos penais. Desconsiderados esses dados, pela sua insuficiência em demonstrar o alegado, não há elementos convergentes no sentido da prática, por parte do denunciado, do delito de quadrilha, razão ela qual, **carece neste ponto de justa causa a ação penal**.

(...)

XXXI – Tem-se que o denunciado mantinha, de fato, relacionamento com **L. J. D.** e **Roberto Luiz Ribeiro Haddad**, contudo, **nenhum dado** foi destacado para, **ainda que de forma indiciária**, mas bastante para deflagrar uma ação penal, sustentar que tais relacionamentos eram conservados **para a prática de ilícitos penais**. Aliás, especificamente sobre esses vínculos de amizade há na proemial, expressa menção a vários encontros entre o denunciado e os co-denunciados referidos acima nos quais seriam traçados os objetivos criminosos da quadrilha. Não foi carreado aos autos, entretanto, nenhum outro elemento capaz de indicar que, realmente, tais encontros tinham o propósito de traçar, por assim dizer, o *modus operandi* dos crimes imputados. A conversa telefônica interceptada travada entre **o denunciado** e **L. J. D.,** e destacada na inicial, como bastante para demonstrar indícios de eventual prática criminosa indica, apenas, que um encontro foi agendado. A conclusão de que aí, "negócios" escusos foram discutidos fica apenas no **campo do imaginário**, **da suposição**, pois a falta de base empírica concreta para se demonstrar, *primo ictu oculi* o alegado, é evidente.

XXXII – Não se tem qualquer sinal de que o denunciado teria retardado o julgamento do recurso de apelação em mandado de segurança apenas **para satisfazer interesses recônditos e ilegais**. Diálogos cifrados travados entre co-denunciados em **aparente referência ao processo sob a relatoria do denunciado**, desacompanhados de qualquer outro dado que trace o indispensável vínculo entre possíveis condutas criminosas praticadas pelos demais e a participação do denunciado não serve para, **ao menos em relação a este último**, embasar a deduzida pretensão punitiva em juízo. Aliás, sobre esse fato em específico, **segundo a imputação**, o feito somente foi retirado de pauta, **a uma**, diante da exploração de prestígio de **Roberto Luiz Ribeiro Haddad** junto ao denunciado e, **a duas**, como uma forma de demonstração para os representantes legais da **Companhia Comercial OMB – OMB** da **real ingerência da quadrilha sob o trâmite do processo em destaque**, o que, na oportunidade, se mostrava necessário tendo em vista o "desinteresse demonstrado por José Carlos de Brito e Paulo Carlos de Brito, representantes da OMB, em negociar com **L. R. P.**" (fl. 3.778). A simples afirmação de que o denunciado teria, **indevidamente**, determinado o adiamento do feito para atender aos interesses da

quadrilha da qual faria parte, sem a indicação de elementos indiciários que amparem a acusação, ou seja, de um mínimo de prova que demonstre ser ela **viável** e **verossímil**, torna **temerária a imputação**. **Por óbvio**, não se está a exigir **prova cabal, inequívoca certeza acerca do alegado**, mas não se pode admitir tão só os **superficiais** e **juridicamente irrelevantes** dados constantes nos autos como suficientes para se iniciar a ação penal.

(...)

XXXIV – Do mesmo modo como afirmado acima em relação aos **outros denunciados com foro especial perante esta Corte**, também aqui, não como há como sustentar a participação de **Roberto Luiz Ribeiro Haddad** no apontado delito de quadrilha diante dos **escassos** e **juridicamente irrelevantes dados**, trazidos aos autos. Nada há que justifique a conclusão de que o acusado integrava **associação estável e permanente formada com a deliberada intenção de cometer crimes**. De fato, tudo aquilo que foi colhido, em seu "desfavor" é **claramente insuficiente** para a configuração do **delito de quadrilha**. Com efeito, os mencionados encontros registrados pela autoridade policial, servem, somente, para demonstrar que o denunciado conhecia e até mantinha vínculo de amizade com pessoas presentes em tais encontros. Nada se tem nos autos, portanto, que permita concluir, ao menos de maneira indiciária, que esses relacionamentos são, em verdade, vínculos formados com a intenção de praticar ilícitos penais. Desconsiderados esses dados, pela sua insuficiência em demonstrar o alegado, não há elementos convergentes no sentido da prática, por parte do denunciado, do delito de quadrilha.

XXXV – Conversas comprometedoras envolvendo **Roberto Luiz Ribeiro Haddad** com empresários poderiam ensejar apuração indiciária ou administrativa, mas que, por si só, até o oferecimento da denúncia não superam **o plano da mera suspeita, sendo insuficientes para supedanear uma incriminação estranha pelos dados colhidos de quadrilha, até aqui, sem fins lucrativos, por parte do magistrado**. Tudo isto, em investigação que se iniciou em razão de alardeada "**venda de decisões judiciais**". **Apesar do longo período de interceptação telefônica** autorizadas em relação a um grande número de pessoas, das várias quebra de sigilo bancário e fiscal, da ampla medida de busca e apreensão em múltiplos locais, não se conseguiu, **repita-se, até aqui**, estabelecer o envolvimento **em termos de justa causa** do denunciado **Roberto Luiz Ribeiro Haddad** com a mencionada quadrilha. Diálogos, não devidamente explorados, podem dar margem a uma investigação mais detalhada, mas à toda evidência, são insuficientes para sustentar uma imputação. Aquilo que **possivelmente** possa ter ocorrido, mas que de forma satisfatória restou indemonstrado, não pode ser confundido com o que **provavelmente** tenha ocorrido com afirmado, na lição de **Karl Popper**, a probabilidade é um vetor no espaço de possibilidades.

XXXVI – A evidente falta de base empírica concreta do alegado, impossibilita a *persecutio criminis in iudicio*, porquanto meras **ilações**, **suposições**, dados existentes apenas no imaginário são insuficientes para possibilitar a análise da pretensão punitiva deduzida em juízo.

XXXVII – A **conduta típica** do delito de **advocacia administrativa** é **patrocinar**, ou seja, **defender**, **advogar**, **facilitar**, favorecer um **interesse privado**, **ainda que de forma indireta**, **perante a administração pública, aproveitando-se das facilidades que a sua condição de funcionário público lhe propicia**. O patrocínio **não exige**, em contrapartida, qualquer ganho ou vantagem econômica (**Guilherme de Souza Nucci in** "Código Penal Comentado", Ed. RT, 9. edição,

2009, página 1081). A tutela jurídica, aqui, é dirigida à administração pública, à normalidade dos serviços públicos, é uma forma de protegê-la contra a ação de funcionários que se valem do cargo que ocupam para defender interesses particulares, lícitos ou ilícitos, perante a própria administração pública (**Heleno Cláudio Fragoso in** "Lições de Direito Penal – Parte Especial – Volume II", Ed. Forense, 1. edição, 1989, página 450).

XXXVIII – Segundo a imputação, **Roberto Luiz Ribeiro Haddad** teria cometido o referido delito na medida em que, tal como por ele próprio prometido, o recurso de apelação em sede de mandado de segurança, cuja postergação de seu julgamento atendia aos interesses da **Companhia Comercial OMB – OMB**, foi retirado de pauta por indicação do relator atendendo aos interesses do acusado. Sendo assim, se valendo das facilidades que a sua condição de funcionário público lhe proporcionam, teria defendido ilegítimo interesse privado perante a administração pública.

XXXIX – A **leitura detida** e **criteriosa** de tudo aquilo que consta nos autos e que é indicado na acusação como satisfatório para a caracterização do delito, leva a **irrefutável conclusão** de que, pelo menos considerando-se o material cognitivo colhido durante toda a investigação, **dados escassos foram apresentados**, para justificar o início de ação penal pela suposta prática do delito de **advocacia administrativa**. A falta de elementos probatórios da ocorrência do apontado ilícito penal (**v.g.:** prova testemunhal, escuta ambiental, etc) é evidente e denotam que, realmente, **seria imprescindível uma investigação mais profunda e detalhada de tudo o que se procura demonstrar**. Conforme, afirmado acima, inegavelmente, há nos autos algumas conversas cuja **forma aparentemente cifrada** levantam suspeitas de seu conteúdo o que, evidentemente **justificam o início de uma investigação, mas nunca de uma ação penal**. Ocorre que, após o longo período do procedimento inquisitório, **nenhum outro elemento relevante foi agregado**, restando a narrativa da imputação carente do suporte mínimo que se exige, admitindo-se o alegado apenas no campo da suposição, das conjecturas.

XL – O crime de **exploração de prestígio** é, por assim dizer, uma "subespécie" do crime previsto no art. 332 do Código Penal (tráfico de influência). É a exploração de prestígio, a venda de influência, a ser exercida especificamente sobre pessoas que possuem destacada importância no desfecho de processo judicial (**Nelson Hungria in** "Comentários ao Código Penal – Volume IX", Ed. Forense, 2. edição, 1959, página 529). Trata-se de **crime formal que não exige para a sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico** (**Guilherme de Souza Nucci in** "Código Penal Comentado", Ed. RT, 9. edição, 2009, página 1181). "O tipo penal do art. 357 do Código Penal não exige o prestígio direto, bastando para sua configuração que o pedido ou recebimento de dinheiro ou outra utilidade se dê a pretexto de influir, de qualquer modo, junto a autoridade ou a pessoa que vai atuar em processo cível ou criminal." (**STF**: RHC 75.128/RJ, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Ilmar Galvão**, *DJ* de 16-5-1997).

XLI – Na hipótese dos autos afirma-se que **Roberto Luiz Ribeiro Haddad**, em razão de **sentimento de gratidão** que possuía em relação à **L. R. P.** teria auxiliado este na **exploração de prestígio** junto ao co-denunciado **N. DA C. JR.** para que se retardasse o julgamento do recurso de apelação em mandado de segurança de modo que a quadrilha, por ele integrada, obtivesse o **benefício econômico** desejado junto à **Companhia Comercial OMB – OMB**. Todo o **desencadear dos fatos** descritos são **enlaçados** a partir de afirmações desprovidas de apoio em elementos

concretamente avaliáveis. Diálogos em aparente **linguagem obscura**, **cifrada**, caso investigados com maior profundidade poderiam, por assim dizer, **descortinar uma prática ilícita. Com o que se tem nos autos, tal não se mostra, aqui, possível.**

XLII – As próprias **elementares do delito em questão** não restaram satisfatoriamente delineadas. Em nenhum momento tem-se a indicação de que o denunciado teria **solicitado** ou **recebido**, dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir, no co-denunciado **N. DA C. JR**.

XLIII – Em suma, a imputação mesclou os **delitos de advocacia administrativa e exploração de prestígio,** usando esta última tipificação de forma atécnica, leiga, porquanto a exploração de prestígio não seria em relação ao seu colega magistrado **N. DA C. JR.,** mas sim, em relação ao co-denunciado **L. R. P.** ou até mesmo em relação ao empresário da **Companhia Comercial OMB – OMB**. **Gratidão de situação pretérita** (**o acompanhamento de julgamento de *habeas corpus* impetrado perante o c. Supremo Tribunal Federal o qual ensejou o trancamento de ação penal**) não sustenta denúncia pela prática do **delito previsto no art. 357 do Código Penal (exploração de prestígio), uma vez que o modelo de conduta proibida, no caso, diz** "solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, etc." Além disso, a suposta prática do **delito de advocacia administrativa** perante a Receita Federal **não foi, em nenhum momento**, pormenorizada na imputação em relação ao denunciado **Roberto Luiz Ribeiro Haddad**. **Enfim**, a imputação é confusa neste tópico e não apresenta qualquer supedâneo.

XLIV – Segundo consta, ainda, da imputação, no dia **20 de abril de 2007**, durante a diligência de **busca e apreensão** realizada no endereço residencial de **Roberto Luiz Ribeiro Haddad** verificou-se que este mantinha sob sua guarda, **sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar**, pois não dispunha de **registro da arma no Comandado do Exército**, conforme determina o **art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003**, **arma de fogo de uso restrito e respectiva munição**, perfazendo, assim, a prática do delito de **posse ilegal de arma de fogo de uso restrito**.

XLV – O objeto apreendido na residência do acusado é, inegavelmente considerado, à luz da legislação que rege a matéria, uma **arma de fogo**, frise-se, **de uso restrito**, a despeito do **calibre permitido**. Com efeito, o **art. 16, inciso IX, do Decreto n. 3.665/2000** que deu nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R - 105) estabelece de maneira bastante clara que **são de uso restrito armas de fogo dissimuladas**, conceituadas como tais os **dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma**, tais como bengalas-pistola, **canetas-revólver** e semelhantes. Tal fato, restou, inclusive, destacado no próprio **laudo pericial** realizado onde se lê "é arma dissimulada, portanto, de uso restrito". (fl. 1.276 do volume 5). De ofício do Comando do Exército se extrai que a referida caneta é considerada **arma de fogo de calibre permitido**. Nenhuma consideração a respeito de ser a arma de **uso restrito** ou **permitido** é feita, apenas se destaca que o calibre da arma é permitido e que ela se encontra cadastrada no Sistema de Gerenciamento Militar de Armas – SIGMA, fazendo parte do seu acervo de colecionador. A Portaria n. 024 – Departamento de Material Bélico de 25 de outubro de 2000 que aprovou **normas que regulam as atividades dos colecionadores de armas, munição, armamento pesado e viaturas militares** consigna em seu art. 5º que **ao colecionador é facultado manter, em sua coleção, armas de uso restrito ou proibido, não dispensando, entretanto, o colecionador da exigência contida no art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003 e no art. 2º,**

§ 2º do Decreto n. 5.123/2004 que regulamentou o denominado "Estatuto do Desarmanento", de promover o competente registro desta arma no Comando do Exército. Não há qualquer elemento nos autos que ateste que em **20 de abril de 2007** (data da apreensão) a referida arma encontrava-se **devidamente registrada de acordo com determinação legal e regulamentar**. Confrontando-se os dados constantes no documento juntado aos autos que atesta o registro de uma caneta-revólver de propriedade do denunciado com aqueles registrados no laudo-pericial, denota-se que, aparentemente, não se trata da **caneta-revólver apreendida**, pois a despeito de outras características coincidentes, o país de origem de uma e de outra não são os mesmos (EUA e Taiwan, respectivamente). **Além disso**, conforme reiterada jurisprudência desta Corte (v.g.: HC 124.454/PR, **5ª Turma**, Rel. **Min. Laurita Vaz**, *DJE* de 3-8-2009 e REsp 1106933/PR, **5ª Turma**, de **minha relatoria**, *DJE* de 17-8-2009) o reconhecimento da ***abolitio criminis* temporária** para o crime de **posse de arma de fogo de uso restrito** deve se restringir apenas ao **período compreendido entre dezembro de 2003 e outubro de 2005**, não se estendendo à arma apreendida em **20 de abril de 2007**. **Especificamente** em relação ao **crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito** esta Corte já destacou a irrelevância da arma estar ou não municiada (HC 79.264/PR, **5ª Turma**, Rel. **Min. Arnaldo Esteves Lima**, *DJE* de 3-11-2008). **Além do mais, se a posse de arma desmuniciada, mormente de uso restrito, fosse atípica, o registro seria totalmente desnecessário, tornando inócua a procura de até eventuais depósitos desse tipo de armamento evidentemente perigoso**.

XLVI – As conclusões restringem-se tão somente ao que é imputado aos denunciados que perante esta Corte gozam de foro especial, **sem que isso importe em valoração acerca das eventuais práticas criminosas que são, em tese, atribuídas aos demais codenunciados que, por não possuírem tal prerrogativa, estão sendo processados em outros graus de jurisdição**.

XLVII – Denúncia oferecida em desfavor de **A. M. B. C. A. rejeitada**, por falta de justa causa, no que concerne aos delitos de **prevaricação, corrupção passiva privilegiada** e **quadrilha** e julgada **improcedente** em relação aos delitos de **posse irregular de arma de fogo de uso permitido e falsidade ideológica**, tudo isso, nos termos do art. 395, incisos I e II, do Código de Processo Penal c/c art. 6º da Lei n. 8.038/90.

XLVIII – Denúncia oferecida em desfavor de **N. DA C. JR. rejeitada**, por falta de justa causa, no que concerne aos delitos de **prevaricação** e **quadrilha** tudo isso, nos termos do art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal c/c art. 6º da Lei n. 8.038/90.

XLIX – Denúncia oferecida em desfavor de **Roberto Luiz Ribeiro Haddad rejeitada**, por falta de justa causa, no que concerne aos delitos de **advocacia administrativa qualificada, exploração de prestígio e quadrilha** tudo isso, nos termos do art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal c/c art. 6º da Lei n. 8.038/90 e **recebida** em relação ao delito de **posse ilegal de arma de fogo de uso restrito**. **Pela natureza e por não guardar, o delito, vínculo direto com o exercício de sua função, o afastamento previsto no art. 29 da Loman não deve ser aplicado. (Ação Penal 549-SP, 2006/0278698-0**, da relatoria do eminente Ministro **Félix Fischer**.)

A respeito do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito imputado ao paciente, fez o relator as seguintes considerações:

(...)

Segundo consta da imputação, no dia **20 de abril de 2007**, durante a diligência de **busca e apreensão** realizada no endereço residencial de **Roberto Luiz Ribeiro Haddad** verificou-se que este mantinha sob sua guarda, **sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar**, pois não dispunha de **registro da arma no Comandado do Exército**, conforme determina o **art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003**, **arma de fogo de uso restrito e respectiva munição**, perfazendo, assim, a prática do delito de **posse ilegal de arma de fogo de uso restrito**.

Realizado laudo pericial nos objetos apreendidos, quais sejam, uma arma de fogo no formato de caneta, calibre 22 LR, de cor prateada, sem número de série, modelo e fabricante aparentes e 2 cartuchos de munição calibre nominal 22 LR, concluiu-se tratar de "arma dissimulada, portanto, de uso restrito". (fls. 1274/1276 – Volume 5 dos autos principais).

A análise da adequação típica da conduta que é imputada a **Roberto Luiz Ribeiro Haddad**, passa, necessariamente, pelo enfrentamento e adequada delimitação de algumas questões.

É preciso que reste claro que, efetivamente, o objeto apreendido na residência do acusado é, inegavelmente considerado, à luz da legislação que rege a matéria, uma **arma de fogo**, frise-se, **de uso restrito**, a despeito do **calibre permitido**.

Com efeito, o **art. 16, inciso IX, do Decreto n. 3.665/2000** que deu nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlado (R - 105) estabelece de maneira bastante clara que **são de uso restrito armas de fogo dissimuladas**, conceituadas como tais os **dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma**, tais como bengalas-pistola, **canetas-revólver** e semelhantes. Tal fato, restou, inclusive, destacado no próprio **laudo pericial** realizado onde se lê "é arma dissimulada, portanto, de uso restrito". (fl. 1276 do volume 5).

Essa circunstância não restou contrastada, como se alega, a partir do ofício proveniente do Comando do Exército (fls. 7478/7479). Dele, apenas se extrai que a referida caneta é considerada arma de fogo de calibre permitido. Nenhuma consideração a respeito de ser a arma de uso restrito ou permitido é feita, apenas se destaca que o calibre da arma é permitido e que ela se encontra cadastrada no Sistema de Gerenciamento Militar de Armas – Sigma, fazendo parte do seu acervo de colecionador. Aliás, no que concerne a este último dado, importante observação merece ser feita. A Portaria nº 24 – Departamento de Material Bélico de 25 de outubro de 2000 que aprovou **normas que regulam as atividades dos colecionadores de armas, munição, armamento pesado e viaturas militares** consigna em seu art. 5º que **ao colecionador é facultado manter, em sua coleção, armas de uso restrito ou proibido, não dispensando, entretanto, o colecionador da exigência contida no art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003 e no art. 2º, § 2º do Decreto n. 5.123/2004 que regulamentou o denominado "Estatuto do Desarmamento", de promover o competente registro desta arma no Comando do Exército**. E é justamente este ponto que merece destaque. Não há qualquer elemento nos autos que ateste que em 20 de abril de 2007 (data da apreensão) a referida arma encontrava-se devidamente registrada de acordo com determinação legal e regulamentar.

Confrontando-se os dados constantes no documento juntado aos autos que atesta o registro de uma caneta-revólver de propriedade do denunciado com aqueles

registrados no laudo-pericial elaborado, denota-se que, aparentemente não se trata da caneta-revólver apreendida, pois a despeito de outras características coincidentes, o país de origem de uma e de outra não são os mesmos (EUA e Taiwan, respectivamente). **Além disso**, conforme reiterada jurisprudência desta Corte (cite-se, como exemplo: HC 124.454/PR, **5ª Turma**, Rel. **Min. Laurita Vaz**, *DJE* de 3-8-2009 e REsp 1106933/PR, **5ª Turma**, de **minha relatoria**, *DJE* de 17-8-2009) o reconhecimento da *abolitio criminis* **temporária** para o crime de posse de arma de fogo de uso restrito deve se restringir apenas ao período compreendido entre **dezembro de 2003** e **outubro de 2005**, não se aplicando, portanto, a hipótese. **Por fim**, a discussão que se coloca a respeito da **relevância do desmuniciamento da arma** diz respeito do **delito de porte de arma de fogo**, de que aqui não se trata. No entanto, para que não reste dúvida, no próprio **c. Pretório Excelso** a questão não encontra-se definitivamente decidida, havendo recentes precedentes em sentidos opostos de ambas as Turmas. Confira-se o que restou noticiado nos *Informativos* n. 557 e 550 do **c. Supremo Tribunal Federal**:

Segunda Turma

"Porte Ilegal de Arma e Ausência de Munição

O fato de a arma de fogo encontrar-se desmuniciada torna atípica a conduta prevista no art. 14 da Lei 10.826/2003 ["Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."]. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (Lei 10.826/2003, art. 14), haja vista que a arma encontrava-se desmuniciada. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que, por reputar típica a conduta em tela, indeferia o *writ*."

(HC 99.449/MG, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 25-8-2009.)

Primeira Turma

"Porte Ilegal de Arma e Ausência de Munição.

Para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo é irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniciada e de o agente não ter a pronta disponibilidade de munição. Com base nesse entendimento, a Turma desproveu recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (Lei 9.437/97, art. 10), no qual se alegava a atipicidade do porte de revólver desmuniciado ante a ausência de lesão ao bem jurídico penalmente protegido. Assentou-se que a objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal para alcançar 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. Enfatizou-se, destarte, que se mostraria irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para configuração do tipo penal em comento – isto é, se ela estaria, ou não, municiada ou se a munição estaria, ou não, ao alcance das mãos –, porque a hipótese seria de crime de perigo abstrato para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação."

(RHC 90.197/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 9-6-2009.)

Nesta Corte, tem-se na **5ª Turma** diversos precedentes no sentido de que pouco importa para a configuração do delito tipificado no **art. 14 da Lei n. 10.826/03** que a **arma** esteja **desmuniciada**, sendo suficiente o **porte de arma de fogo** sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (**nesse sentid**o: HC 124.581/SP, Rel. **Ministro Napoleão Nunes Maia Filho**, *DJE* de 29-6-2009; REsp 1103293/RJ, Rel. **Ministro Arnaldo Esteves Lima**, *DJE* de 18-5-2009; HC 98.296/RJ, Rel. **Ministra Laurita Vaz**, *DJE* 8-9-2008 e HC 104.044/RJ, **de minha relatoria**, *DJE* de 13-10-2008). **Já na c. 6ª Turma**, há **dois precedentes** nos quais verificado o empate na votação e prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente (HC 116.742/MG, Rel. Ministra **Jane Silva** – desembargadora convocada do TJ/MG –, Rel. p/ Acórdão Ministro **Nilson Naves**, *DJE* de 16-2-2009 e HC 70.544/RJ, Rel. Ministro **Nilson Naves**, *DJE* de 3-8-2009).

Especificamente em relação ao **crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, entretanto**, esta Corte já destacou a irrelevância da arma estar ou não municiada (**HC** 79.264/PR, **5ª Turma**, Rel. **Min. Arnaldo Esteves Lima**, *DJE* de 3-11-2008). **Além do mais, se a posse de arma desmuniciada, mormente de uso restrito, fosse atípica, o registro seria totalmente desnecessário, tornando inócua a procura de até eventuais depósitos desse tipo de armamento evidentemente perigoso**.

Diante de tudo o que foi dito e nos termos do art. 395, inciso I, do Código de Processo Penal c/c art. 6º da Lei n. 8.038/90, no que diz respeito ao denunciado *Roberto Luiz Ribeiro Haddad*, voto pela rejeição da denúncia, por ausência de justa causa, em relação aos delitos de quadrilha, exploração de prestígio e advocacia administrativa e pelo recebimento da denúncia (sic) e, relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Pela natureza e por não guardar, o delito, vínculo direto com o exercício de sua função, o afastamento previsto no art. 29 da Loman não deve ser aplicado.

(...)

Batem-se os impetrantes neste *writ* nas seguintes premissas para o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito:

a) – ilegalidade das escutas telefônicas, ante a inexistência de fundamento válido, redundando na ilicitude da prova obtida por derivação;

b) – nulidade da busca e apreensão, quer por serem decorrentes das ilegítimas escutas telefônicas, quer por absoluta ausência de fundamentação apta a excepcionar direito individual constitucionalmente garantido. Dizem que os atos persecutórios transformaram-se em verdadeira autorização de "devassa" deferida à autoridade policial. Ainda quanto a esse ponto, mencionam a ilegalidade resultante do acompanhamento da busca e apreensão por procuradores-regionais da República, aos quais falece atribuição para atuar em feito de competência do STJ;

c) – atipicidade da posse de arma de fogo e de munição, tratando-se, na verdade, de uma "caneta-revólver" e dois projéteis de calibre 22, sendo a arma mantida desmuniciada e apenas como objeto de decoração em estante da residência do paciente, contando com o devido registro de colecionador no Ministério da Defesa, o qual se estende sobre as demais peças de seu acervo, em número superior a cinquenta. Esclarecem que a dúvida lançada no acórdão

sobre a "caneta-revólver" apreendida ser a mesma constante do rol de registro no Ministério da Defesa não se sustenta, devendo-se a erro do Exército Brasileiro, responsável pelo ato, na medida em que, por considerar o sistema de acionamento americano, presumiu tratar-se de arma de fabricação americana, quando, na verdade, foi fabricada em Taiwan;

d) – sucessivamente, sustentam a falta de dolo do paciente, que, ante o equívoco do próprio órgão administrativo, não teria a intenção de manter sob sua posse arma de uso restrito sem a devida autorização;

e) – asseveram a ineficácia da arma para disparos, pois não estava municiada ou, tampouco, contava com munição disponível ao agente, vez que as duas balas apreendidas se encontravam em outro cômodo da residência; e

f) – defendem que o suposto delito de posse de arma de fogo foi objeto de *abolitio criminis*, conforme prevê o art. 30 da Lei 10.826/2003.

Tenho que o caso é de concessão da ordem.

Começo, contudo, por afastar a argumentação de que o apontado delito de posse de arma de fogo de uso restrito tenha sido objeto de denominada *abolitio criminis* pelo legislador.

Diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma, prorrogado pelas Leis 10.884/2004, 11.118/2005 e 11.191/2005, houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito, entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005.

A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória 417, convertida na Lei 11.706/2008, e posteriormente pela Lei 11.922/2009, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2009 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas de uso restrito, como se classifica a "caneta-revólver" apreendida no caso dos autos.

O paciente, flagrado no dia 20 de abril de 2007, de posse daquele armamento, não estava, por esse aspecto, autorizado a mantê-lo sob sua posse sem a devida regularização.

Nesse sentido é maciça a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> *Habeas corpus. Posse ilegal de munição para arma de fogo de uso restrito. Inocorrência de abolitio criminis. Conduta não abrangida pelos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, com redação da MP 417, posteriormente convertida na Lei 11.706/08. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. HC denegado.*
>
> 1. Com o advento da Lei 11.706/08, resultante da conversão da Medida Provisória 417/08, esta Corte firmou o entendimento de haver atipicidade apenas no concernente à conduta de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12) nos termos aclarados nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03. A posse de arma de fogo ou munição para arma de fogo de uso proibido ou em desacordo com determinação

legal ou regulamentar, que ensejou a condenação do paciente, é típica e não está mais abrangida pelas referidas normas.

2. *Habeas Corpus* denegado, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 140.113/SP – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – 5ª Turma – *DJE* de 7-12-2009.)

Quanto à proclamada atipicidade de conduta, por se cuidar de arma desmuniciada e ineficaz para pronto uso, observo que a jurisprudência desta Suprema Corte ainda não se pacificou.

Como asseverou o eminente Ministro **Félix Fischer** por ocasião do recebimento de denúncia ofertada contra o réu, o entendimento sedimentado na Primeira Turma é no sentido de que "para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo é irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniciada e de o agente não ter a pronta disponibilidade de munição", enquanto para a Segunda Turma "o fato de a arma de fogo encontrar-se desmuniciada torna atípica a conduta prevista no art. 14 da Lei 10.826/2003".

A questão ainda não foi dirimida pelo Plenário desta Suprema Corte, de modo que mantenho a orientação dada em recente julgamento do HC 96.072/RJ perante a Primeira Turma, do qual participei, da relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, *in verbis*:

Penal. Habeas corpus. Porte de arma de fogo desmuniciada. Inteligência do art. 14 da Lei 10.826/2003. Tipicidade reconhecida. Crime de perigo abstrato. Ordem denegada. 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 não importa o resultado concreto da ação. III. *Habeas corpus* denegado.

(*DJE* de 8-4-2010.)

Tenho, contudo, que, no caso, a ausência de justa causa para a instauração da ação penal está determinada por outra razão: a aludida "caneta-revólver", de fato, estava regularmente registrada perante órgão competente (Exército Brasileiro), havendo mero equívoco no que toca à menção de sua origem (taiwanesa e não norte-americana), indevidamente consignada no certificado de registro de colecionador expedido em favor do paciente.

Observo que o D. Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves** sustentou, em parecer ofertado a fls. 1733/1738, pela necessidade da instrução probatória tendente à comprovação desse fato, fazendo as seguintes ponderações:

(...)

In casu, se o paciente, colecionador de armas, procedeu corretamente ao devido registro da caneta-revólver; se tal arma é realmente procedente de Taiwan; se o

que houve foi, "tão somente", um erro material ("já retificado, inclusive") quanto à procedência da arma, tudo restará esclarecido ao final da instrução criminal que, ao que parece, não deverá, sequer, estender-se muito.

12. O que está claro é que não é viável nem sensato que se impeça, neste momento, a indispensável instrução processual, avaliando-se prematuramente a pretensão punitiva deduzida em Juízo. Para tal finalidade, à toda evidência, não se presta o *habeas corpus*.

13. Com efeito, **ir além desse exame perfunctório da lide, para analisar as circunstâncias em que se consumou (ou não) o delito em questão, seria** inaceitável nos estreitos limites do HC. Para que sejam dirimidas possíveis dúvidas ou contradições, **faz-se necessária a instrução processual**, que não pode ser interrompida, *ab ovo*, pelo *writ*.

14. Exposta como está a controvérsia, deve esta ser analisada, debatida e concluída após o trâmite regular do processo. Se inocente o paciente, tal inocência restará provada ao final da ação penal. O que não se pode é, neste momento, antecipar-se o julgamento da causa, violando-se os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Havendo indícios claros de autoria e materialidade do crime – e eles existem no caso *sub examine* –, há que se dar ao autor da ação penal a oportunidade de provar o quanto alegado em sua denúncia.

(Destaques no original.)

A esse respeito, todavia, filio-me ao entendimento do eminente Ministro **Gilmar Mendes**, por ocasião da concessão de medida liminar neste *writ*, que me permito transcrever:

Ressalvado exame mais aprofundado, a ser feito em momento oportuno, quanto aos argumentos de nulidade das escutas telefônicas e da busca e apreensão encetadas em desfavor do paciente; *abolitio criminis*; atipicidade da posse de arma de fogo sem munição e a possível falta de dolo do agente –, vislumbro, de início, plausibilidade quanto à ausência de justa causa para ação penal com relação ao crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003.

Com efeito, o fundamento do acórdão questionado para a aceitação da denúncia assenta-se no fato de existir disparidade entre a "caneta-revólver" apreendida na busca e apreensão e a descrição na lista de armas registradas em nome do paciente. Isto é, enquanto a **caneta-revólver** apreendida foi fabricada em Taiwan, o registro em nome do paciente permite-lhe a posse de uma caneta-revólver fabricada nos Estados Unidos da América.

No entanto, a descrição foi agora retificada em nova "relação de armas" emitida pelo Ministério da Defesa em quatro de dezembro de 2009, passando a designar a origem correta.

De fato, os documentos de fls. 1505/1519 deixam claro que o paciente é reconhecido como colecionador de armas pelo Exército Brasileiro desde 1997, contando, em seu acervo, com exatamente cinquenta e uma armas, conforme relação anexa ao certificado n. 14149, tais como metralhadoras, revólveres, pistolas, fuzis, carabinas e espingardas dos mais diversos calibres, modelos e origens.

Dessa lista de armas registradas no Ministério da Defesa, portanto de posse legítima, consta um revólver sob n. Sigma 391562, sem marca, calibre 22, modelo caneta, 101 mm, fabricado em Taiwan.

Ou seja, às fls. 1517/1519, há documento expedido pelo *Ministério da Defesa, Exército Brasileiro, Comando Militar do Sudeste, 2ª Região Militar, Região*

das Bandeiras, datado de 4 de dezembro de 2009, no qual a autoridade competente relaciona a arma objeto da questão ora tratada, **retificando a procedência e atribuindo a ela a devida origem: Taiwan**.

Uma ligeira observação dos fatos indica que a pré-falada caneta-revólver encontrada na busca e apreensão realizada na casa do paciente parece ser a mesma submetida a registro, porém com erro material claro, no que diz respeito à procedência. Inexatidão esta, repita-se, já devidamente corrigida, pois o Ministério da Defesa aceitou o pedido de correção, acolhendo o argumento esboçado na inicial.

Certamente, admitida a plausibilidade do argumento utilizado pelo Tribunal impetrado, sobre a não correspondência entre a arma apreendida e o registro, não haveria razão para o órgão federal responsável – Ministério da Defesa – efetuar a correção.

De resto, como indica o presente pleito, é de todo plausível que haja apenas uma "caneta-revólver", devidamente localizada, em tudo correspondendo à descrição constante do registro no Ministério da Defesa, afora o país de origem. Esse erro material, ao que parece, já se encontra retificado.

O STF, em diversos arestos, vem rejeitando a instauração da ação penal quando flagrante a ausência de justa causa para a formação da relação jurídica penal. Será sempre o caso de não instauração de feito criminal ou de trancamento daquele existente em sede de *habeas corpus*, quando o comportamento do réu "nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma ação penal, resulta de pura criação mental da acusação".

(RE 150/393, Rel. Min. Orozimbo Nonato.)

De fato, não há mínimos indícios de que o paciente, colecionador e detentor de inúmeras outras armas de fogo de posse restrita, inclusive armas automáticas e de grosso calibre, pudesse, de fato, possuir uma segunda "caneta-revólver", de calibre 22, de origem norte-americana, mantendo sob sua posse, de forma ilícita, idêntico dispositivo de origem taiwanesa. E que, por ocasião da realização da busca e apreensão empreendida, a única arma não localizada seja exatamente essa "caneta-revólver", dispositivo que não dispõe de numeração de série, e em todo o mais (exceto sua origem) idêntico àquele apreendido sem o devido registro.

O fato, portanto, é atípico, uma vez que o tipo penal previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003 consiste, precisamente, em "possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, **sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar**".

O paciente era colecionador regularmente autorizado pela autoridade competente, com declaração, na relação de armas, do mencionado armamento, inclusive com posterior retificação regularmente anotada pelo Ministério da Defesa (fls. 1517/1519).

Inexiste, portanto, adequação do fato ao tipo penal. Nas palavras de **Reale Júnior** (**Parte Geral do Código Penal – Nova interpretação**. São Paulo: RT, 1988, p. 21), tipicidade é a "congruência entre a ação concreta e o paradigma

legal ou a configuração típica do injusto". Não preenchidos esses requisitos, inexiste justa causa para a instauração da persecução penal pelo *Parquet*.

Na lição de **Frederico Marques** (**Elementos de direito processual penal,** v. 1, p. 292) "são os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida o mérito da pretensão, aplicando o direito objetivo a uma situação contenciosa".

Logo, *ictu oculi*, lendo o julgador o inquérito ou peças de informação correlatas, que acompanham a denúncia ou queixa, e não vislumbrando qualquer dos elementos do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), deve rejeitar ***in limine*** a peça acusatória.

No caso, somente haveria possibilidade de se permitir o ajuizamento da ação penal, produzindo-se prova ao longo da instrução, como postulado pelo Ministério Público Federal, caso o pedido se afigurasse juridicamente viável, significando dizer, que o fato, em tese, fosse considerado crime. Havendo, contudo, demonstração inequívoca de que, no caso, a imputação não constitui crime, pela falta de elemento essencial à sua tipificação, o prosseguimento da ação penal constitui inegável constrangimento ilegal, ensejador da concessão da tutela constitucional requerida perante esta Suprema Corte.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Só para ter certeza do que ouvi de Vossa Excelência. Esta retificação que foi feita diz respeito rigorosamente ao mesmo objeto, portanto?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Exatamente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acompanho o Relator, Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu acompanho o Relator e gostaria de fazer uma observação com base num antigo artigo que li, de um desembargador paulista muito eminente, que pertenceu no passado ao Ministério Público chamado José Damião Cogan – creio que foi colega de Vossa Excelência também, Senhor Presidente, foi meu colega no Tacrim e depois no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nesse artigo ele trata de um tema muito interessante, dizendo que a Lei Orgânica da Magistratura, consubstanciada na LC 35/1979, lista, entre as prerrogativas dos juízes brasileiros, no art. 33, precisamente no inciso V, o porte de arma para defesa pessoal. Esse art. 33, inciso V, da Lei Orgânica da Magistratura, que é uma lei complementar, concede, portanto, aos magistrados o direito de portar armas para defesa pessoal, e não faz distinção

entre arma restrita e arma permitida, desde que seja de defesa pessoal, excluindo portanto carabinas, espingardas, metralhadoras, bazucas etc. Esse é um aspecto.

Então, segundo este desembargador e também doutrinador – professor da Escola Paulista da Magistratura, e da Academia Militar do Barro Branco – esta lei, evidentemente, tem uma hierarquia superior à Lei 10.826, que regula a matéria. Portanto, não há nem que se falar em lei especial que afastaria uma lei geral, anterior, que trata do mesmo tema.

E há um outro aspecto muito interessante. A lei anterior, essa Lei 10.826, que disciplinava a matéria, ou seja, a Lei 9.437, já havia recepcionado o porte de armas por parte dos membros da magistratura e dos membros do Ministério Público. Ademais, o art. 6º dessa Lei 10.826, de 2003, diz o seguinte, no *caput:*

> Art. 6º É proibido porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

Ou seja, aplica-se aos magistrados, membros do Ministério Público, e eventualmente outros que sejam regidos por legislação própria.

E há vários outros incisos que excepcionam a aplicação da lei:

> I – para os integrantes das Forças Armadas;
> II – para os integrantes de órgãos referidos nos incisos do *caput* do art. 144 da Constituição Federal;
> III – os integrantes das guardas municipais (...).

Portanto, não apenas pelos brilhantes argumentos trazidos pelo Ministro Dias Toffoli, mas também por este argumento, entendo que a conduta é atípica.

Concedo, pois, a ordem, nos termos concedidos pelo eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, costuma-se dizer que a arte imita a vida, mas não raras vezes a vida é mais surpreendente no plano da criatividade do que a própria arte. Eu nunca pensei que o espírito humano fosse tão engenhoso a ponto de inventar, de criar uma caneta-revólver.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O 007 já tinha.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É que a caneta também costuma matar, sem ser revólver.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, mais surpreendente é um magistrado possuir essa espécie de caneta.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pois é. Porque a arma do magistrado é a sua caneta honesta e competentemente usada. Mais isso é uma opinião pessoal. Realmente, há muito tempo eu escrevi assim: "Sou o desarme do gatilho, disparo somente o coração". Então, quando vejo que um magistrado coleciona armas e detém, em sua residência, um arsenal, fico surpreendido. Mas isso não tem nada

a ver com a questão posta em julgamento. Eu estou aqui como operador jurídico e, como operador jurídico, acompanho o voto do Relator, considerando a conduta atípica e, portanto, incapaz de gerar relações jurídico-penais.

Eu também tranco a ação penal, na linha do voto do Relator, e concedo o *habeas corpus*. Mas retiro do meu voto a fundamentação de Vossa Excelência quanto ao desmuniciamento da arma. Apenas isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ele não adentrou.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas ele não adentrou.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não adotou como fundamento.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não. Eu só fiz o registro das duas posições.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Nem como *obiter dictum* também?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Com as posições das Turmas.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu cito as posições da Primeira Turma e da Segunda e digo, explicitamente, aqui. Só para ficar bem claro.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não precisa. Se Vossa Excelência não fez uso do argumento do desmuniciamento como fundamento de sua decisão, acompanho Vossa Excelência com toda a tranquilidade intelectual, às inteiras.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não, não. Não é fundamento.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Concedo o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Arnaldo Malheiros Filho e outros, em favor de *Roberto Luiz Ribeiro Haddad*, contra ato do Superior Tribunal de Justiça que instaurou ação penal em face do paciente, sem necessária justa causa.

Os impetrantes insurgem-se contra o recebimento de denúncia pelo STJ, a qual se limitou ao crime de posse de arma de fogo de uso proibido (art. 16 da Lei 10.826/2003).

Argumentam que a investigação originou-se na suposta venda de decisões judiciais, utilizando-se de escutas telefônicas e de mandado de busca e apreensão, sem, contudo, encontrar qualquer indício daquilo que a princípio buscava.

Os impetrantes apontam a ilegalidade das escutas, ante a inexistência de fundamento válido, o que redunda na ilicitude da prova obtida por derivação.

De outro lado, enfocam a nulidade da busca e apreensão, quer por ser decorrente das ilegítimas escutas telefônicas, quer por absoluta ausência de fundamentação apta a excepcionar direito individual constitucionalmente garantido. Dizem que os atos persecutórios transformaram-se em verdadeira autorização de "devassa" deferida à autoridade policial. Ainda quanto a esse ponto, mencionam a ilegalidade resultante do acompanhamento da busca e apreensão por

procuradores-regionais da República, aos quais falece atribuição para atuar em feito de competência do STJ.

No mérito, referem-se também à atipicidade da posse de arma de fogo e de munição, tendo em vista tratar-se, na verdade, de uma "caneta-revólver" (desmuniciada) – e de dois projéteis de calibre 22 –, mantida apenas como objeto de decoração em estante da residência do paciente, com o devido registro de colecionador no Ministério da Defesa, o qual se estende sobre as demais peças de seu acervo, em número superior a cinquenta.

Esclarecem que não se sustenta a dúvida, lançada no acórdão, sobre a "caneta-revólver" apreendida ser, ou não, a mesma constante do rol de registro no Ministério da Defesa, ressaltando que a divergência decorreu-se de erro do Exército Brasileiro, responsável pelo ato, na medida em que, por considerar o sistema de acionamento americano, presumiu tratar-se de arma de fabricação americana, quando, na verdade, foi fabricada em Taiwan.

Sucessivamente, sustentam a falta de dolo do paciente, que, ante o equívoco do próprio órgão administrativo, não teria a intenção de manter sob sua posse arma de uso restrito sem devida autorização.

No mais, defendem a ineficácia da arma para disparos, pois não estava municiada ou, tampouco, contava com munição disponível ao agente, uma vez que as duas balas apreendidas encontravam-se em outro cômodo da residência.

Finalmente, defendem que o suposto delito de posse de arma de fogo foi objeto de *abolitio criminis*, conforme prevê o art. 30 da Lei 10.826/2003.

Requerem o trancamento da ação penal, ante a ausência de justa causa.

Em janeiro deste ano, eu deferi o pedido liminar, suspendendo o curso da ação penal, tendo em vista a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo na demora.

Há parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

Votou o Ministro Relator pela concessão da ordem de *habeas corpus* e trancamento da ação penal.

Passo ao exame do mérito.

O caso em exame refere-se aos fatos trazidos a juízo por intermédio do Ministério Público Federal em conhecida operação da Polícia Federal nominada de "Operação Têmis", a qual tinha por objetivo apurar suposta corrupção no Judiciário Federal da 3ª Região.

De acordo com a declaração oficial emitida pelo Ministério Público e pela Polícia Federal em 20-4-2007, "A atuação da organização criminosa consistia em obter decisões dos magistrados envolvidos que atendiam aos interesses dos donos de bingos e dos empresários, que se utilizavam dos serviços ilegais oferecidos por aquela".

E, conforme ainda as instituições consorciadas na investigação, "Outra área de atuação da organização criminosa estava relacionada à obtenção de

decisões em matéria tributária, que viabilizavam a compensação indevida e/ou a suspensão da exigibilidade de créditos tributários de grande monta". (*Nota conjunta à imprensa – Operação Têmis* – Ministério Público Federal e Polícia Federal, disponível em http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/criminal/nota-conjunta-a-imprensa-operacao-temis).

Ao fim e ao cabo da apuração conduzida em sede de inquérito judicial no Superior Tribunal de Justiça, mencionada Corte Superior houve por bem instaurar ação penal contra o ora paciente por crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, rejeitando a denúncia no que dizia respeito aos delitos de advocacia administrativa qualificada, exploração de prestígio e formação de quadrilha, pela ausência de justa causa para a instauração de processo criminal.

A suposta corrupção – que justificou o deferimento de diversas medidas invasivas, praticadas não apenas em relação ao paciente, mas a outros magistrados, além de buscas e apreensões executadas na sede do Judiciário Federal da 3ª Região – não restou minimamente configurada.

A decisão cautelar de busca e apreensão, exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, fundava-se na "necessidade de se colher provas nas residências, escritórios e empresas dos principais membros da organização criminosa", e foi assim deferida para "obter evidências de práticas de outros delitos e do envolvimento de outras pessoas e empresas no suposto esquema de corrupção do Poder Judiciário, Receita Federal e Polícia Civil." (*Decisão no Inq 547/SP, doc. 15, fl. 1381*).

Observo que, com essa justificativa, as medidas descritas na decisão de fls. 1381/1449 foram executadas de forma ostensiva pela Polícia Federal e com o aval do MPF, em claro desrespeito à discrição ordenada na decisão que concedeu a busca e apreensão.

O fundamento para o recebimento da denúncia, segundo exposto no acórdão questionado, assenta-se exclusivamente no fato de, no momento da busca e apreensão, ter sido apreendida arma idêntica àquela que consta da lista de armas registradas em nome do paciente, porém fabricada nos Estados Unidos da América do Norte.

Todavia, os documentos de fls. 1505/1519 deixam claro que o paciente é reconhecido como colecionador de armas pelo Exército Brasileiro desde 1997, contando, em seu acervo, com exatamente 51 armas, conforme rol anexo ao certificado n. 14149, tais como metralhadoras, revólveres, pistolas, fuzis, carabinas e espingardas dos mais diversos calibres, modelos e origens.

Desse rol de armas registradas no Ministério da Defesa, **portanto de posse legítima**, consta um revólver sob n. Sigma 391562, sem marca, calibre 22, modelo caneta, 101 mm, cuja informação inicial assentava a procedência dos EUA. No entanto, às fls. 1517/1519, há documento expedido pelo *Ministério da Defesa, Exército Brasileiro, Comando Militar do Sudeste*, *2ª Região Militar, Região das Bandeiras*, datado de 4 de dezembro de 2009, no qual a autoridade competente relaciona a arma objeto da questão tratada, retificando a procedência e atribuindo a ela a devida origem: *Taiwan*.

Resta evidente que a caneta-revólver objeto da busca e apreensão realizada na casa do paciente é a mesma submetida a registro, porém com erro material claro, no que diz respeito à procedência. Inexatidão esta, aliás, já devidamente corrigida pelo órgão competente, ainda que posteriormente ao recebimento da denúncia.

A conclusão é cristalina: a arma de fogo apreendida pela Polícia Federal, objeto da denúncia do Ministério Público Federal, está devidamente registrada no órgão competente, o que resulta na completa atipicidade da conduta do paciente e, por isso, não há justa causa para a ação penal.

O STF, em diversos arestos, não vem admitindo a instauração da ação penal quando flagrante a ausência de justa causa para a formação da relação jurídica penal. Será sempre o caso de não permissão para instauração de feito criminal, ou para o trancamento daquele existente em sede de *habeas corpus*, quando o comportamento do réu "nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma ação penal, resulta de pura criação mental da acusação" (*RE 150/393, Rel. Min. Orozimbo Nonato*).

Permito-me fazer algumas considerações quanto à preocupação com esse tipo de denúncia. Sem dúvida alguma, aqui parece que houve um excesso no que diz respeito à denúncia. Mas houve também um excesso em relação ao seu recebimento, como se se fizesse aquilo que, na linguagem ou na metáfora futebolística, se diz "vamos fazer um tipo de compensação", já que houve tanto esforço, o tribunal se envolveu tanto, deu decisão, busca e apreensão, fecharam a Avenida Paulista para fazer busca e apreensão no Tribunal Regional Federal. Depois, o resultado dessa chamada Operação Têmis é isto: o recebimento da denúncia por uma caneta-revólver.

Eu fico a pensar, Senhor Presidente, que o país está carente de uma lei de abuso de autoridade para quem oferece denúncia dessa natureza, para quem faz investigação desse tipo e para quem recebe a denúncia desse tipo. Sem dúvida alguma é preciso que haja limite para essas situações.

Já falei em outra oportunidade que devemos rezar para ter senso de justiça, mas, se o perdermos, temos de pedir a Deus para, pelo menos, não perdermos o senso do ridículo, o que evitaria esse tipo de vexame.

Raramente se vê um caso com tantas características de picaresco, de circense, de bizarro. Diria que este caso ganharia o campeonato mundial de bizarrice não tivéssemos antes tido aqui no Tribunal o HC 84.338/SP, referente ao caso dos dólares no Afeganistão – também denúncia do Ministério Público Federal. Aquele em que em um juiz, ao fazer sua declaração de imposto de renda, em um erro corriqueiro, clicou o país "Afeganistão" (que fica próximo a "Brasil" na declaração eletrônica) para informar que possuía certa quantia em dólares. Contudo, na lista de bens que todo servidor público deve apresentar anualmente, informara que os tais dólares encontravam-se com ele. Em decorrência desse fato, apontou-se um crime de falso. É preciso meditar sobre essas coisas. Acredito que todos nós temos de meditar sobre isso. Tem de meditar muito o STJ.

É um caso de estudo. Tem de meditar muito o Ministério Público sobre esse tipo de coisa, porque, sem dúvida alguma, este é um caso que constrange, que envergonha quem dele participou.

Defiro a ordem para trancar a Ação Penal 549/SP (2006/0278698-0), acompanhando o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, faço uma distinção, considerado o processo a envolver uma ação penal – em que estabelecido o contraditório – e o processo que revela essa impetração nobre – o *habeas corpus* –, em que não se tem o contraditório.

É certo que oficia o Ministério Público neste último, mas o faz estritamente como fiscal da lei, não como parte propriamente dita.

O que houve no caso, Presidente? Apresentou-se denúncia abrangente, referindo-se a diversas imputações. Aludiu-se aos crimes dos arts. 288, 357, 321, parágrafo único, todos c/c o art. 70 do Código Penal, e ao do art. 16 da Lei 10.826/2003.

A história versada na peça primeira da ação penal configuraria tipos, e defrontou-se o Superior Tribunal de Justiça com essa mesma história e com o que seria, àquela altura, no ato de recebimento da denúncia, a prática criminosa, tendo em conta a posse de arma de uso restrito. Não sabia que uma arma de calibre 22 pode ser reputada como de uso restrito das Forças Armadas. Não sei se estou equivocado na premissa quanto ao calibre da "caneta".

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): É por conta do estilo dela, que é mais decorativa do que funcional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A dissimulação!

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): É.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal de origem, a meu ver, foi criterioso no que encerra o juízo natural quanto a processo contra juiz integrante de Tribunal Regional Federal. Diante do contexto existente, pronunciou-se no sentido do recebimento da denúncia. Posso, a esta altura, substituir-me ao Superior Tribunal de Justiça para, como que ante elementos coligidos neste processo revelador de *habeas corpus,* em que não há o contraditório, simplesmente proceder ao julgamento da ação penal? A meu ver, o passo é demasiadamente largo, implica, sob a minha óptica, com a devida vênia, atalho, queima de etapas.

O Sr. Arnaldo Malheiros Filho (Advogado): Senhor Presidente... Poderia prestar ao Ministro...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, vou continuar com a palavra.

O Sr. Arnaldo Malheiros Filho (Advogado): Perdão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Peço a Vossa Excelência que, da mesma forma que aceitou, em silêncio, outras falas, favoráveis ao seu constituinte, ouça, pelo menos, a minha.

O Sr. Arnaldo Malheiros Filho (Advogado): Peço perdão a Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Posteriormente ouvirei – estou sempre pronto a ouvir os Srs. Advogados – Vossa Excelência.

O Sr. Arnaldo Malheiros Filho (Advogado): Perdoe-me.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Estamos em um Colegiado. Percebi, Presidente, que Vossa Excelência não permitiria que a minha palavra fosse truncada pela defesa.

Presidente, não posso substituir-me ao Superior Tribunal de Justiça, não posso – repito –, ante o contexto que implicou o recebimento da denúncia, dizer que o Superior Tribunal de Justiça e o Ministério Público cometeram ilegalidades, atuaram com abuso de poder.

A questão sobre a confusão que teria havido – e não confundo Taiwan com Estados Unidos – no registro da arma é matéria de prova a ser definida no processo-crime e não no processo revelador de *habeas corpus*, que pressupõe ilegalidade, e no qual não há – como ressaltei – o envolvimento de parte acusadora, não há o contraditório propriamente dito.

Presidente, é esse o panorama. Preciso apreciar se, à época do recebimento da denúncia, havia, ou não, justa causa. Esta, de início, parte do que retratado na peça primeira da ação penal. É saber se a narração do Ministério Público se enquadra, ou não, no figurino penal. O Tribunal assentou, como o faria, se lá estivesse, que ficou configurada prática para recebimento de denúncia. Não estamos num juízo de valor quanto à culpabilidade, à prática individualizada de um tipo penal. A retificação do registro, e aqui se tem outro aspecto a demandar prova, inclusive sob o ângulo do fator temporal, ou seja, quando teria havido essa retificação no Ministério da Defesa, ou no Exército.

Peço vênia, Presidente, à maioria já formada – e depois ainda dizem que sou progressista, sou libertário no campo penal – para concluir que não estou diante de uma extravagância do Ministério Público, e prefiro lidar com excessos do que com apatia, nem diante da prática de um ato ilegal do Superior Tribunal de Justiça no recebimento, no simples recebimento da denúncia. A jurisprudência é reiterada no sentido de que o trancamento de ação penal por falta de justa causa é excepcional e, diante daquele contexto, não estou a julgar, repito, ação penal, não praticou o Superior a ilegalidade.

Por isso, indefiro a ordem.

Sou um juiz que evolui, se realmente convencido de assistir maior razão à tese inicialmente repudiada. Ouço o ilustre advogado.

O Sr. Arnaldo Malheiros Filho (Advogado): Senhor Presidente, quero reiterar minhas desculpas ao Ministro Marco Aurélio e ao Tribunal pela minha

impertinência involuntária, mas trata-se de uma questão de fato, que até por ineficiência minha não foi comunicada ao Tribunal, de que o ato coator, que é o recebimento da denúncia, ele se compõe da decisão que a recebeu e se completa por embargos declaratórios opostos pelo paciente, com a comunicação ao Tribunal dessa retificação. Então esse é o único fato que eu gostaria de deixar constando. Muito obrigado e me perdoem novamente.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o eminente Relator, por duas razões. Primeiro, porque tive a honra de pertencer à Segunda Turma, onde minha postura era muito conhecida a respeito da inteligência desse tipo penal. Parece-me, e continuo inteiramente convencido disso, que, perante os princípios que governam o Direito Penal, os crimes de perigo abstrato não podem ser levados a uma antecipação tão larga do momento de risco ao bem jurídico, a ponto de transformar em crime, às vezes, meras condutas de infração puramente administrativa. Mais, considero que, no contexto, já era para se ter como clara a inexistência de perigo sequer abstrato, porque era fato conhecido que o denunciado tinha um arsenal de armas de alta potencialidade ofensiva, ao lado de uma pequena caneta de calibre 22, que hoje se usa para matar passarinho, e passarinho pequeno, porque nem grande mata mais. Ou seja, no contexto, um cidadão possuir um arsenal de armas de grande periculosidade e ser tido como perigoso, apenas porque tem uma pequena caneta de calibre 22, a mim me parece alguma coisa, para usar de eufemismo, imodesta. Acho que já deveria aí ter havido certa prudência, sobretudo pelo fato de se tratar de um magistrado, para não submetê-lo às cerimônias degradantes do processo penal. Mas, a despeito disso, como eu havia indagado do eminente Relator, a arma já estava registrada. A retificação simplesmente declarou que aquele era o registro e aquela era a arma objeto do registro.

Bem, dir-se-á, mas isso é alguma coisa que surgiu apenas no curso da instrução e que deveria ser considerada só pelo juízo originário da causa. Não! Do acórdão que recebeu a denúncia já se vê que eles tinham séria dúvida. Olha o que consta do acórdão:

> Confrontando-se os dados constantes no documento juntado aos autos que atesta o registro de uma caneta-revólver de propriedade do denunciado com aqueles registrados no laudo-pericial, denota-se que, não se trata aparentemente, não se trata da **caneta-revólver apreendida**, pois a despeito de outras características coincidentes, o país de origem de uma e de outra não são os mesmos (EUA e Taiwan, respectivamente). (...)

Noutras palavras, havia várias características coincidentes que apontavam para a identidade da arma, era a mesma arma: "país de origem de uma e de outra não são os mesmos". Ou seja, no mínimo o órgão julgador estava num caso de dúvida grave, que tinha de ser resolvida com base nos princípios processuais, que pediam o quê? Que o Ministério Público tivesse feito prova clara de que o

denunciado possuía outra arma igual, que era objeto do recurso. Noutras palavras, a mim me parece que a falta de prova prévia de que o denunciado tivesse outra arma, que correspondia a outro registro, não podia afastar a presunção, de certo modo já firmada pelos próprios termos do acórdão, de que provavelmente se trataria da mesma arma. Ou seja, ao tempo da denúncia, o fato já reunia indícios claros de ser atípico. E, por isso mesmo, a denúncia, a meu ver, não podia ter sido recebida.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Só para registro público, eu não li, mas trouxe o voto e distribuí; a ementa do acórdão tem treze páginas. Para poupar tempo, eu dei conhecimento aos Colegas de todos os elementos relevantes, porém, não quis cansar a Corte com a leitura das treze páginas da ementa, na qual constam todos esses dados.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Restrinjo-me a isso, para demonstrar que a atipicidade, aqui, não é atipicidade que se revelou apenas no curso do processo, ela já estava no início do processo. Daí não vejo como – com o devido respeito – o Tribunal estar, de certo modo, suprimindo o conhecimento da instância originária. É alguma coisa que estava clara desde o início, poderia ser reconhecida e não o foi, e, a meu ver, com o devido respeito, faz muito bem de a reconhecer agora.

EXTRATO DA ATA

HC 102.422/SP — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Roberto Luiz Ribeiro Haddad. Impetrantes: Arnaldo Malheiros Filho e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, concedeu a ordem de *habeas corpus*, para trancar a ação penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a indeferia. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo paciente, o Dr. Arnaldo Malheiros Filho e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

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

Brasília, 10 de junho de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS 103.510 — PR

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Joacyr Reinaldo — Impetrantes: Renato de Moraes e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Competência. Juízo prevento. Existência de conexão. Aplicação do art. 72 do CPP. Descabimento. Ausência de prejuízo. Ordem denegada.**

1. A questão discutida nos autos do presente *habeas corpus* diz respeito à competência por prevenção do Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR para o julgamento de ação penal proposta contra o paciente.

2. A competência para julgamento das ações penais referentes ao "Caso Banestado" foi fixada no Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, especializada em crimes financeiros. Por esse motivo, a ação penal contra o paciente foi distribuída por dependência àquele Juízo.

3. Percebe-se dos autos a existência de conexão entre as condutas imputadas ao paciente e os crimes investigados nos inquéritos policiais e ações penais instaurados em decorrência do "Caso Banestado".

4. Por ocasião do oferecimento da denúncia contra o paciente, o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção de Curitiba/PR já estava prevento para as causas referentes ao "Caso Banestado". Com efeito, correta a distribuição por prevenção para aquele Juízo.

5. A prevenção não é mero critério para decidir um conflito positivo entre dois juízos igualmente competentes. Ela também possui a função de impedir que se demore na propositura da ação penal, sob o pretexto de não se saber qual o juízo competente.

6. Quando já existente um juízo prevento, não se aplica a regra do art. 72 do Código de Processo Penal.

7. No presente *writ*, a impetração não alega ou comprova, em nenhum momento, a ocorrência de algum prejuízo causado ao paciente em decorrência da fixação da competência do Juízo Federal de Curitiba.

8. A alegação de nulidade, relativa ou absoluta, deve ser acompanhada da demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Precedentes.

***9. Writ* 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 a ordem e julgar prejudicado o pedido de extensão, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 30 de novembro de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Joacyr Reinaldo* contra julgamento colegiado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou o HC 50.844/PR.

2. No caso sob análise, o paciente, juntamente com outros três indivíduos, foi denunciado pelo Ministério Público Federal no Estado do Paraná pela suposta prática das condutas criminosas descritas nos arts. 4º, 16 e 22, parágrafo único, combinado com o art. 1º, parágrafo único, I e II, todos da Lei 7.492/1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); art. 1º, VI e VII, c/c o § 1º, I e II; § 2º, I e II; e § 4º do mesmo art. 1º, todos da Lei 9.613/1998 (Lavagem de dinheiro); e art. 288 do Código Penal.

Conforme se extrai da inicial acusatória, os fatos nela narrados foram apurados em diligências realizadas pela Força-Tarefa CC-5, nas cidades de Nova Iorque/NY e Newark/NJ, para aprofundar investigações acerca das atividades de correntistas e ex-correntistas da extinta agência do Banestado em Nova Iorque.

A vestibular acusatória foi distribuída por dependência ao Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, recebendo o número 2005.70.00.008925-4.

O magistrado do feito rejeitou a arguição de incompetência realizada pela defesa do paciente.

Da rejeição da exceção de incompetência, a defesa impetrou *habeas corpus* ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou a ordem.

No Superior Tribunal de Justiça, a Corte denegou o HC 50.844/PR, ajuizado contra a decisão da Corte regional. Daí o presente *habeas corpus*.

3. Neste *writ*, os impetrantes reiteram sua contrariedade com a distribuição por dependência do feito ao Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Alegam, em síntese, que os fatos imputados ao paciente não possuem qualquer liame com o "Caso Banestado"; que as pessoas físicas e jurídicas possuem, respectivamente, domicílio e sede no Estado de São Paulo; e que inexiste qualquer tipo de conexão capaz de justificar o deslocamento da competência ao Juízo do Paraná. Desse modo, assevera que deve ser aplicado ao caso o art. 72 do Código de Processo Penal.

Argumentam que deve ser aplicado ao caso o entendimento firmado pela Primeira Turma desta Corte no HC 90.236/PR.

Assim, requerem a concessão do presente *habeas corpus* para o fim de se fixar a competência da Subseção da Justiça Federal em São Paulo/SP, para processar e julgar a Ação Penal 2005.70.00.008925-4.

Por fim, requerem, caso deferido o pedido, a extensão dos efeitos ao corréu Fernando Janine Ribeiro.

4. Há requerimento de sustentação oral.

5. O pedido de medida liminar foi indeferido às fls. 309-311.

6. A Procuradoria-Geral da República exarou parecer pela denegação da ordem (fls. 314-319).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A questão discutida nos autos do presente *habeas corpus* diz respeito à competência por prevenção do Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR para o julgamento da Ação Penal 2005.70.00.008925-4, proposta contra o paciente.

2. Os impetrantes alegam que os fatos imputados ao paciente não possuem liame com o "Caso Banestado".

Compulsando os autos, observa-se da peça acusatória que, durante as diligências realizadas pela Força-Tarefa CC-5, foram descobertas cerca de 39 contas no *Merchants Bank of New York* com movimentação financeira suspeita, todas de brasileiros. Entre tais contas estava a conta *Chettiar*, aberta pelo ora paciente e por Fernando Janine Ribeiro, corréu na mesma ação penal.

A mencionada Força-Tarefa CC-5, conforme relatado, foi criada com o intuito de aprofundar as investigações acerca das atividades de correntistas e ex-correntistas da extinta agência do Banestado em Nova Iorque.

A competência para julgamento das ações penais referentes ao "Caso Banestado" foi fixada no Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, especializada em crimes financeiros. Por esse motivo, a Ação Penal 2005.70.00.008925-4 foi distribuída por dependência àquele Juízo.

3. Na inicial acusatória, o Ministério Público Federal asseverou: "Dois dos denunciados foram indiciados pela CPMI *do Banestado* pela utilização da conta *Chettiar*, na condição de procuradores da *Chettiar Business Inc*." (Fl. 153.)

4. Posteriormente, ao impugnar a exceção de incompetência oposta pela defesa, o *Parquet* expôs as conexões entre os fatos imputados ao paciente e o "Caso Banestado" (fls. 114-115):

Ocorre porém que o presente processo trata de hipótese peculiar. Conforme devidamente demonstrado na denúncia, a conta *Chetiar* movimentou, de 10 de dezembro de 2001 a 3 de janeiro de 2003, a quantia de US$ 22.751.021,64 (vinte e dois milhões, setecentos e cinquenta e um mil, vinte e um dólares e sessenta e quatro centavos), valor este oriundo ou destinado a outras contas investigadas por esse Juízo, conexas ao caso Banestado.

Neste sentido, cite-se que a conta *Chettiar* recebeu, por exemplo, um crédito em 3 de agosto de 2002 no valor de US$ 100.000,00 da conta *Banco Amambay*. Os diretores do Banco Amambay, com sede no Paraguai, estão sendo processados perante esta 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, nos autos da ação penal n. 2004.70.00.016320-6, em virtude da evasão de divisas através de carros-fortes.

Da mesma forma, a conta *Chettiar* efetuou várias transações com a conta *Braza*, também no Merchants Bank, de titularidade de *Eliott Maurice Eskinazi*, *Renato Bento Maudonet Junior*, *Dany Lederman* e *Hélio Renato Laniado*. Hélio Renato Laniado foi denunciado perante o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, por crimes contra o SFN, em razão da movimentação de US$ 698.959.980,02, na conta n. 588-1, em nome da offshore Watson, no Banco Banestado/NY (ação n. 2003.70.00.051547-7). Além disso, Hélio Renato Laniado e outros quatro indivíduos foram denunciados (ação n. 2004.70.00.025085-1), pela evasão de divisas através da conta citada e também da conta BEST, ambas no Merchants Bank of New York.

Ainda, a conta *Chetiar* efetuou transações de crédito e débito com a empresa *Lespan* S.A., que mantém conta junto ao First Union of New York. A *Lespan* pertence à *Câmbio Gales*, casa cambiária de Montevidéu, paraíso fiscal no cone Sul, e tem como correspondentes a *Tupi Câmbios*, no Paraguai, e a *Alhec Tours* na Argentina. A *Tupi* está envolvida no esquema Banestado (Autos nº 2003.70.00.029533-2), ao passo que a *Alhec* pertence a *Kresimir Juan Bielic*, sócio do réu *Antônio Pires de Almeida* na subconta *Tadeland*, mantida aos cuidados da *Forex*, no banco EAB, em Nova Iorque (Ação Penal n. 2004.70.00.023171-6).

As contas supramencionadas são apenas alguns exemplos de contas que remeteram valores para a conta *Chetiar*, ou desta receberam vultosas quantias, e cujos controladores são "doleiros" brasileiros que promoveram a lavagem do dinheiro que transitou por contas CC-5 e da Beacon Hill Service Corp.

E conclui (fl. 116):

Assim, resta evidente que os recursos depositados na conta *Chetiar*, controlada pelo excipiente, são originários, direta ou indiretamente, de contas CC-5 mantidas em Foz do Iguaçu, portanto, no Paraná, de modo que, pela aplicação da regra assente no artigo 71 do Código de Processo Penal é o Juízo da Circunscrição Judiciária de Curitiba, que conta com Vara especializada na apuração de crimes contra o sistema financeiro, o competente para processamento do feito.

A fixação da competência pelo domicílio dos réus é, portanto, regra supletiva que não se aplica na hipótese.

Na mesma oportunidade, o representante do Ministério Público Federal esclarece que os fatos imputados ao paciente não ocorreram do mesmo modo que os eventos tratados na Ação Penal 2004.70.00.021771-9, que teve a competência para o julgamento declinada do Juízo Federal de Curitiba para o de São Paulo (fl. 114):

Primeiramente, nos Autos n. 2004.70.00.021771-9, o Ministério Público Federal somente manifestou a pretensão de declinar de sua competência em favor do Juízo da Circunscrição Judiciária de São Paulo, por inexistirem, naquele caso específico, elementos que demonstrassem a conexão entre a conduta delituosa perpetrada pelo excipiente e demais denunciados através de subconta da Beacon Hill e o caso Banestado.

5. O magistrado do feito, ao julgar a exceção de incompetência, anotou o seguinte (fl. 122):

12. Quer isso ocorra ou não, o que importa para a definição da competência são os termos da acusação e esta como visto relaciona a movimentação das contas mantidas pelos excipientes no exterior com a evasão de divisas fraudulentamente ocorrida em Foz do Iguaçu.

13. Por certo, não seria admissível acusação da espécie sem base fática.

14. Não obstante, em seu favor, encontra-se o fato de que o MPF aponta pelo menos um depósito na conta Chettiar proveniente de empresa que mantinha conta CC-5 em Foz do Iguaçu (fl. 13 da denúncia), o que leva à natural suposição de vinculação entre as duas atividades.

15. Além disso, como já foi dito, as autoridades brasileiras chegaram às contas do Merchants Bank através de rastreamento de recursos evadidos por Foz do Iguaçu, o que foi feito no inquérito n. 2003.7000030333-4.

16. Houve a partir da prova produzida neste inquérito apenas um desmembramento dos inquéritos e ações penais com base no artigo 80 do CPP e para evitar a inviabilização dos processos diante do gigantismo dos fatos e do número expressivo de envolvidos.

17. Assim, a competência deste Juízo em relação a presente ação penal pode ser justificada também com base na conexão com o aludido inquérito originário e todos os inquéritos e ações penais dele desmembrado e que envolvem várias instituições financeiras e pessoas associadas para a prática de uma mesma atividade complexa e aparentemente ilícita, de evasão de divisas e prática de operações de câmbio no sistema paralelo.

6. Por fim, o magistrado, ao resolver a preliminar de incompetência na sentença condenatória, assentou o seguinte (fls. 325-326):

17. É oportuno destacar que, concluída a instrução, os fatos relatados a seguir, especialmente nos itens 117-123, adiante, confirmam categoricamente a conexão da presente ação penal com outras em trâmite perante este Juízo e, portanto, a competência deste para julgamento da presente causa.

18. Ora, se a ligação entre crime de lavagem e crime antecedente não configura conexão probatória do artigo 76, III, do CPP, então, com todo respeito ao entendimento contrário, não se compreende o que poderia configurá-la?

19. Ainda a ilustrar a evidente conexão, as provas têm origem comum, compartilhamento de quebra de sigilo de contas mantidas no Merchants Bank no exterior, várias provas são comuns a vários processos, e ainda foi realizada audiência conjunta de vários processos para a oitiva de testemunhas de acusação (fls. 252-258 e 295-385).

> 20. De todo modo, tendo a matéria sido resolvida no julgamento dos aludidos *habeas corpus* impetrados em relação a este caso concreto, não cabe aqui revisitá-la.
>
> 21. Portanto, pela conexão com as várias outras ações penais em trâmite nesta Vara e que têm por objeto contas controladas por doleiros brasileiros e mantidas no Merchants Bank de Nova York, cf. já reconhecido neste caso pelo Superior Tribunal de Justiça, a competência é deste Juízo.
>
> 22. Há ainda conexão desta ação penal com a Ação Penal 2004.7000021771-9 proposta contra os mesmos acusados, mas tendo por objeto crimes semelhantes que teriam sido praticados através da movimentação de outras contas no exterior (fls. 03-49 do apenso XVII). Tal ação foi proposta em 12/2008 e recentemente emendada. Apesar da conexão, não há condições, como requerido pela Defesa, de reunir os dois feitos para julgamento conjunto, considerando que se encontram em fases bem distintas. Não é razoável, por outro lado, paralisar este feito, esperando o trâmite daquele.

Das passagens transcritas, percebe-se a existência de conexão entre as condutas imputadas ao paciente e os crimes investigados nos inquéritos policiais e ações penais instaurados em decorrência do "Caso Banestado", e o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR já se encontrava prevento.

7. No caso sob análise não deve ser aplicado, como pretende a impetração, o precedente da Primeira Turma desta Corte, contido no HC 90.236/PR. Naquele julgado, o Relator, Ministro Marco Aurélio, anotou o seguinte:

> O que se nota é a inexistência de dados concretos, na denúncia, a remeterem à espécie de definição da competência que é a conexão probatória. No acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, também não constam elementos que conduzam a conceber prevento, pela conexão, o Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Curitiba. Do mesmo modo, nada, na manifestação da Procuradoria-Geral da República, leva a entender-se como configurada a conexão. No item 8, cita-se operação complexa englobando ampla investigação de doleiros, casas de câmbio e outras instituições financeiras ligadas ao chamado caso Banestado, aludindo-se à existência da conexão probatória entre os processos envolvidos sob tal ângulo. Ocorre que laudo da Polícia Federal anexado ao processo – fls. 96 a 99 – revela justamente o contrário, em resposta ao quesito 1: "Não foram identificadas transações da conta examinada com contas mantidas no Banestado – Nova Iorque". Em síntese, os pacientes, domiciliados em São Paulo e, ao que tudo indica, lá mantendo atividade econômica, estão até aqui compelidos a defenderem-se no Paraná.

Portanto, no precedente referido não se verificou conexão com o "Caso Banestado", o que não ocorre no presente *writ*.

8. Os impetrantes argumentam que nos laudos periciais, realizados pelo Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, não foram identificadas transações da conta examinada com contas mantidas na agência do Banestado em Nova Iorque, o que descaracterizaria qualquer conexão entre os fatos imputados ao paciente e o "Caso Banestado".

Acontece que, analisando atentamente as cópias dos laudos periciais encartados aos autos, verifiquei que restou comprovado que o ora paciente – Joacyr Reinaldo – e o corréu Fernando Janine Ribeiro são os representantes-procuradores da conta da Chettiar Business, mantida no Merchants Bank (fl. 82).

Da conta da Chettiar Business foram identificadas remessas que totalizaram US$ 100.000,00 (cem mil dólares americanos) ao Banco Amambay (fl. 75) e várias outras remessas entre contas da Lespan S.A., que totalizaram US$ 2.800.197,00 (dois milhões, oitocentos mil, cento e noventa e sete dólares americanos) (fl. 86). Todas essas transações foram alvo de investigações no "Caso Banestado".

9. Por ocasião do oferecimento da denúncia contra o paciente, que resultou na Ação Penal 2005.70.00.008925-4, o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção de Curitiba/PR já estava prevento para as causas referentes ao "Caso Banestado". Com efeito, correta a distribuição por prevenção para aquele Juízo.

10. Conforme se extrai do art. 69 do Código de Processo Penal, a prevenção é um dos critérios para a determinação da competência jurisdicional.

Por sua vez, o art. 83 do mesmo caderno processual assim dispõe:

> Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

A prevenção não é mero critério para decidir um conflito positivo entre dois juízos igualmente competentes. Ela também possui a função de impedir que se demore na propositura da ação penal, sob o pretexto de não se saber qual o juízo competente.

11. Os impetrantes pretendem a aplicação ao caso concreto da regra do art. 72 do Código de Processo Penal, o qual determina que, "não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu".

Entendo, entretanto, não ser o caso de aplicação do dispositivo mencionado. Fixada a competência do Juízo Federal de Curitiba pelo critério da prevenção, ela não deve ser atribuída ao foro do domicílio ou residência do réu. Portanto, quando já existente um Juízo prevento, não se aplica a regra do art. 72 do Código de Processo Penal.

12. Por oportuno, trago o teor da Súmula 706 da jurisprudência consolidada desta Suprema Corte: "É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção".

Destaco que na espécie já houve prolação de sentença condenatória, encontrando-se pendente de julgamento o recurso de apelação da defesa. E, no presente *writ*, a impetração não alega ou comprova, em nenhum momento, a

ocorrência de algum prejuízo causado ao paciente em decorrência da fixação da competência do Juízo Federal de Curitiba.

Portanto, os impetrantes apenas insurgem-se contra supostas violações às regras do Código de Processo Penal que tratam de critérios de fixação de competência jurisdicional relativa.

Na esteira da jurisprudência desta Corte: "A alegação de nulidade, relativa ou absoluta, deve ser acompanhada da demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na espécie" (HC 86.166/CE, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJ* de 17-2-2006).

13. Ante o exposto, **denego** o presente *habeas corpus*, ficando prejudicado o pedido de extensão.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 103.510/PR — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Joacyr Reinaldo. Impetrantes: Renato de Moraes e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferida a ordem e julgado prejudicado o pedido de extensão, nos termos do voto da Relatora. Decisão unânime. Falou, pelo paciente, o Dr. Renato de Moraes, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino. Ausente, justificadamente, o Ministro Ayres Britto.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 30 de novembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 103.787 — MG

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Edson Costa Gabriel — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Prática da mendicância e corrupção de menor. *Abolitio criminis*. Atipicidade superveniente dos fatos atribuídos ao paciente. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal. *Writ* prejudicado.**

I – A alegada ocorrência da *abolitio criminis* da imputação feita ao paciente não foi examinada pelo STJ no acórdão ora atacado, não podendo esta Suprema Corte analisá-la, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal.

II – O caso, porém, apresenta peculiaridades que recomendam a concessão da ordem, de ofício.

III – A Lei 12.015/2009 revogou a Lei 2.252/1954, que tratava da corrupção de menores, todavia, inseriu o art. 244-B no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), cuja redação é a mesma da norma revogada.

IV – O art. 60 do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), por sua vez, foi revogado pela Lei 11.983/2009, descriminalizando, assim, a conduta antes descrita como mendicância.

V – Segundo o art. 244-B do ECA, pratica o crime de corrupção de menor quem corrompe ou facilita a corrupção de menor de dezoito anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la.

VI – O objetivo desse dispositivo é a proteção do menor em relação à influência negativa de adultos em uma fase de formação da personalidade, evitando, com isso, sua inserção precoce no mundo do crime.

VII – Deixando de ser a mendicância infração penal, desaparece, no caso sob exame, o objeto jurídico tutelado pelo ECA, uma vez que não mais existe a contravenção que os menores foram levados a praticar, ocorrendo, por consequência, a *abolitio criminis* em relação aos dois delitos imputados ao paciente.

VIII – Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a atipicidade dos fatos atribuídos ao paciente, trancar a ação penal

relativamente às duas imputações (mendicância e corrupção de menor).

IX – *Habeas corpus* prejudicado.

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, julgar prejudicado o pedido de *habeas corpus*, mas manter o ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de outubro de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de *Edson Costa Gabriel*, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao REsp 1.122.937/MG, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado, com outra corré, pela suposta prática das infrações penais previstas no art. 1º da Lei 2.252/1954 e no art. 60 do Decreto-Lei 3.688/1941, nos termos do art. 69 do CP (corrupção de menores para a prática da mendicância), sendo-lhe concedido o benefício da suspensão condicional do processo, pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995 (fls. 48-49).

A impetrante informa, ainda, que, após o transcurso do período de prova, foi extinta a punibilidade pela Juíza da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barbacena/MG.

Contra essa decisão, o Ministério Público estadual interpôs recurso em sentido estrito no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual foi desprovido.

Na sequência, o *Parquet* interpôs recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, tendo a Quinta Turma daquela Corte provido o recurso para cassar a decisão que declarou extinta a punibilidade do ora paciente.

É contra essa decisão que se insurge a impetrante.

Alega, inicialmente, nos termos do art. 2º do Código Penal, a *abolitio criminis* das imputações feitas ao paciente, ante a revogação da Lei 2.252/1954 pelo art. 7º da Lei 12.015/2009 e a do art. 60 do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais) pela Lei 11.983/2009.

Sustenta, também, a impossibilidade da revogação do benefício após o término do período de prova, especialmente depois de declarada a extinção da punibilidade por decisão judicial.

Acrescenta, mais, que deve ser aplicado à suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995, o mesmo entendimento adotado para o livramento condicional (art. 90 do CP), segundo o qual é impossível a revogação do benefício após o término do período de prova, por haver "absoluta identidade entre os dois institutos no que diz respeito à declaração da extinção da punibilidade (...)" (fl. 5).

Requer, ao final, seja reconhecida a atipicidade da conduta praticada pelo paciente, ante a *abolitio criminis* verificada, e, alternativamente, seja restabelecida a sentença de primeiro grau, que declarou extinta a punibilidade.

Em 6-5-2010, não havendo pedido de liminar a ser apreciado e por estarem bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fl. 57).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, opinou pela denegação da ordem (fls. 59-65).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de concessão da ordem, de ofício, julgando prejudicada a impetração.

Como relatado, busca-se a concessão da ordem para que seja reconhecida a *abolitio criminis* da imputação feita ao paciente ou restabelecida a sentença de primeiro grau, que declarou extinta a punibilidade, ao argumento de que não é possível a revogação do benefício da suspensão condicional do processo depois de ultrapassado o período de prova a que se submete o acusado.

A ementa do acórdão ora questionado foi assim redigida:

> *Processual penal. Recurso especial. Suspensão condicional do processo. Descumprimento das condições impostas. Possibilidade. Art. 89, § 5º, da Lei 9.099/1995. Revogação. Declaração posterior. Possibilidade. Recurso provido*.
>
> 1. A revogação do benefício independe de declaração expressa no curso do prazo de suspensão, bastando, para que seja implementada, a ocorrência de fato impeditivo da extinção da punibilidade naquele período. Precedentes do STJ.
>
> 2. Recurso provido para cassar a decisão de declaração da extinção da punibilidade e o acórdão recorrido.
>
> (Fl. 201 do apenso.)

Preliminarmente, verifico que a alegada ocorrência da *abolitio criminis* da imputação feita ao paciente não foi examinada pelo STJ no acórdão ora atacado.

Logo, a sua análise por esta Suprema Corte levaria a indevida supressão de instância e ao extravasamento dos limites de competência do STF, descritos no art. 102 da Constituição Federal.

Contudo, entendo que as peculiaridades do caso recomendam a concessão da ordem, de ofício, conforme passo a demostrar.

A denúncia narra os seguintes fatos:

> Consta dos presentes atos que desde o mês de agosto de 2002, os denunciados, em comunhão de propósito e ações, vem induzindo os menores (...) a constantemente pediram esmolas pelas ruas da cidade de Barbacena, incitando os assim (*sic*), à prática da mendicância.
>
> Destarte, estando denunciados como incurso nas iras do art. 1º da Lei 2.252/54 e art. 60 do Decreto-Lei 3.688/41, na forma do art. 69 do CPB, requer o Ministério Público sejam os mesmos citados para interrogatório e defesa que tiverem e quiserem, ouvidas as vítimas e testemunhas abaixo arroladas, cumpridas as demais formalidades da lei, e ao final julgados e condenados nas sanções que lhes couberem (*sic*).
>
> (Fl. 3 do apenso.)

A Lei 12.015/2009, realmente, revogou a Lei 2.252/1954, que tratava da corrupção de menores. Todavia, inseriu o art. 244-B no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), cuja redação é a mesma da norma revogada, *verbis*:

> Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Neste ponto, cumpre ressaltar a distinção entre o delito ora em exame e a corrupção de menores prevista nos arts. 218-A e 218-B do Código Penal.

Segundo a lição de Nucci:

> O tipo penal construído pelo art. 244-B (antiga previsão da Lei 2.252/54) cuida, apenas, de aspecto, que é a inserção do jovem na criminalidade. Não se deve olvidar o disposto nos arts. 218-A e 218-B do Código Penal, que cuidam da corrupção de menores no campo sexual, favorecendo a depravação precoce do ser humano adolescente que, levado pelo adulto, passa a praticar o ato sexual como se fosse algo banal, prejudicando a boa formação de seus valores morais[1].

Feitas essas observações, volto ao caso concreto.

O art. 60 do Decreto-Lei 3.688/1941[2] (Lei das Contravenções Penais), por sua vez, foi revogado pela Lei 11.983/2009, descriminalizando, assim, a conduta antes descrita como mendicância.

---

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 278.

[2] "Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez:
Pena – Prisão simples, de quinze dias a três meses."

Fazendo-se uma análise da norma prevista no art. 244-B do ECA (corrupção de menor), verifica-se que, para a consumação do delito nela previsto, faz-se necessário que o agente corrompa ou facilite a corrupção de menor de dezoito, **com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la**.

Em outras palavras, o que o Estatuto da Criança e do Adolescente busca é a proteção do menor em relação à influência negativa de adultos em uma fase de formação da personalidade, evitando, com isso, sua inserção precoce no mundo do crime.

Logo, deixando de ser a mendicância infração penal, desaparece, no caso sob exame, o objeto jurídico tutelado pelo ECA, uma vez que não mais existe a contravenção que os menores foram levados a praticar, ocorrendo, por consequência lógica, a *abolitio criminis* em relação aos dois delitos imputados ao paciente.

Ante o exposto, reconhecendo a atipicidade dos fatos atribuídos ao paciente, concedo a ordem, de ofício, para trancar a ação penal relativamente às duas imputações (mendicância e corrupção de menor), julgando prejudicado este *habeas corpus.*

EXTRATO DA ATA

HC 103.787/MG — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Edson Costa Gabriel. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma julgou prejudicado o pedido de *habeas corpus*, mas, concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 26 de outubro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 104.404 — MT

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Silvio Carvalho Junqueira — Impetrante: Silvio Carvalho Junqueira — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Roubo majorado. Alegada nulidade do processo por conter reconhecimento fotográfico realizado sem a presença do paciente. Ausência de requisição de réu preso para audiência de inquirição de testemunhas. Nulidade relativa. Alegação extemporânea e ausência de prejuízo. Alegação de inversão da ordem de colheita da prova oral. Apreciação *per saltum*. Impossibilidade. Supressão de instância. Ordem conhecida em parte e denegada.**

I – O reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório. Ademais, como na hipótese dos autos, os testemunhos prestados em juízo descrevem de forma detalhada e segura a participação do paciente no roubo. Precedentes.

II – Tratando-se de réu preso, a falta de requisição para o comparecimento à audiência de oitiva de testemunhas realizada em outra Comarca acarreta nulidade relativa, devendo ser arguida em momento oportuno e provado o prejuízo, o que não ocorreu nos autos. Precedentes.

III – Demais alegações não foram suscitadas nas instâncias antecedentes e sua apreciação originária pelo Supremo Tribunal implicaria inadmissível supressão de instância. Questões, ademais, que, por envolver reexame de matéria de fato, mostram-se insuscetíveis de apreciação no caso concreto pela via do *habeas corpus*. Precedentes.

IV – Ordem conhecida em parte e, na parte conhecida, 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 conhecer, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, nessa parte, o indeferir, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 21 de setembro de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado por Silvio Carvalho Junqueira, em benefício próprio, condenado pelo crime de roubo (art. 157, § 2º, incisos, I, II e IV, do Código Penal), buscando a nulidade do processo em razão do cerceamento de defesa e da utilização de prova ilícita.

Sem apontar objetivamente a autoridade coatora, menciona a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, denegou a ordem no HC 94.747/MT, Relator o Ministro **Felix Fischer**, impetrado àquela Corte.

Sustenta o impetrante/paciente, em confusa petição, que não foi requisitada sua presença na instrução criminal e que não foi intimado para constituir defensor à época da inquirição de testemunhas (fls. 8 a 11).

Aduz, ainda, afronta ao contraditório, pois "o ilustre juiz processante já iniciara a instrução criminal com a oitiva das testemunhas de acusações (...) sem presença do paciente e de quaisquer tipo de defensor" (fl. 15).

Alega, por fim, a nulidade da sentença penal condenatória fundamentada exclusivamente em prova ilícita e que teria ocorrido inversão tumultuária do processo, uma vez que a oitiva das testemunhas teria ocorrido antes de seu interrogatório (fls. 16/17).

Requer a concessão da ordem para anular o processo que resultou em sua condenação (fl. 20).

Dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora (fls. 39/40), o Ministério Público Federal apresentou parecer pela denegação da ordem (fls. 42 a 46).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Como relatado, cuida-se de *habeas corpus* buscando a nulidade do processo em razão do cerceamento de defesa e da utilização de prova ilícita.

Infere-se da inicial que o impetrante/paciente foi condenado por crime de roubo pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal de Cuiabá/MT, sendo esta decisão confirmada pelo Tribunal *a quo*. O acórdão transitou em julgado em 27-11-2011.

Não se conformando com tal decisão, impetrou o HC 43.190/MT perante o Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, denegou a ordem, com ementa de seguinte teor:

> *Criminal. Habeas corpus. Roubo. Corréus. Desmembramento da ação penal. Prova emprestada. Conjunto probatório produzido no mesmo processo. Testemunhas arroladas na defesa prévia iguais às da denúncia. Desistência da oitiva pela defesa. Nulidade. Violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Não ocorrência. Ordem denegada.*

I – Hipótese em que se requer seja reconhecida a nulidade da sentença condenatória que teria se embasado exclusivamente em provas emprestadas, supostamente produzidas sem o crivo do contraditório.

II – As provas produzidas no mesmo processo judicial e regularmente levadas ao crivo do contraditório não se tratam de provas emprestadas, mas de provas comuns, lícitas.

III – Não há que se falar em nulidade se a defesa expressamente desistiu da oitiva das testemunhas arroladas na defesa prévia quando instada a se manifestar.

IV – A defesa técnica tem autonomia para se recusar a produzir provas que entender desnecessárias, sem que tal ato configure afronta ao princípio da ampla defesa.

V – Arroladas na defesa prévia, as mesmas testemunhas contidas na exordial acusatória e tendo elas sido ouvidas em juízo na qualidade de vítimas, sem exceção, do roubo praticado pelo paciente e corréus, revela-se coerente a desistência feita pela defesa de proceder à realização de outro ato processual destinado a ouvir as mesmas pessoas.

VI – Ordem denegada.

(Fl. 21.)

Irresignado, o impetrante/paciente impetrou novo *mandamus*, registrado sob o número 94.747/MT, àquela Corte, sob o fundamento de que o isolado reconhecimento fotográfico não é prova suficiente para resultar em condenação. Em tal pretensão, também, não obteve êxito.

Transcrevo a ementa daquela decisão:

Processual penal. Habeas corpus. Roubo majorado. Reconhecimento fotográfico. Prova suficiente para condenação. Ausência de requisição de réu preso para audiência de inquirição de testemunhas. Nulidade relativa. Alegação extemporânea e ausência de prejuízo.

I – O reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório. Ademais, como na hipótese dos autos, os testemunhos prestados em juízo descrevem de forma detalhada e segura a participação do paciente no roubo **(Precedentes)**.

II – Em se tratando de réu preso, a falta de requisição para o comparecimento à audiência de oitiva de testemunhas realizada em outra comarca acarreta nulidade relativa, devendo ser arguida em momento oportuno e provado o prejuízo, o que não ocorreu nos autos **(Precedentes)**.

Ordem denegada.

(Fl. 26.)

Inicialmente, observo que não foram submetidas ao crivo do Superior Tribunal de Justiça as questões relativas à alegada necessidade de intimação do paciente para constituir defensor para inquirição das testemunhas de acusação e à inversão da ordem legal de colheita da prova oral, a obstar seu conhecimento nesta oportunidade.

Com efeito, a apreciação de novos temas por esta Suprema Corte, de forma originária, neste ensejo, configuraria verdadeira supressão de instância, o que não

se admite (HC 92.264/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Menezes Direito**, *DJ* de 14-12-2007; HC 96.977/PA, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 1º-7-2009; HC 96.220/PR, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 1º-7-2009; e HC 90.654/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 25-5-2007).

No mais, como já asseverado por ocasião da análise da inicial, além de estar suficientemente fundamentado, restando justificada a formação do convencimento, o acórdão ora questionado, no que se refere ao reconhecimento fotográfico do paciente e à ausência de sua requisição à audiência, está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Suprema.

A alteração dessas conclusões, a fim de verificar os contornos fáticos em que se deu o reconhecimento, enseja, necessariamente, reexame de circunstâncias fáticas, que, *in casu*, não estão evidentes, impedindo a análise por meio da via exígua do *habeas corpus*.

> *Habeas corpus*. *Alegada nulidade do processo, por conter reconhecimento fotográfico realizado sem a presença do paciente e inquirição de testemunhas sem a presença do advogado constituído. Condenação que, ademais, teria sido decretada diante de quadro de insuficiência de provas.* Alegações improcedentes, no primeiro caso, tendo em vista que a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão, se louvou, não apenas no reconhecimento fotográfico, mas em diversas outras provas reunidas nos autos; e que a inquirição das testemunhas, apesar da ausência do advogado constituído que, não obstante intimado, deixou de comparecer, foi efetivamente acompanhada por defensora *ad hoc*, da assistência judiciária. Pretensas nulidades que, ademais, não foram tempestivamente arguidas no processo, havendo sido alcançadas pela preclusão. De outra parte, a alegação de insuficiência probatória, por envolver reexame de matéria de fato, mostra-se insuscetível de apreciação do *habeas corpus*. Pedido indeferido.
> (HC 69.746/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 26-3-1993.)

Nesse mesmo sentido: HC 92.776/SC, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 4-4-2008; HC 92.839/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Menezes Direito**, *DJ* de 18-4-2008; HC 92.870/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 22-2-2008.

Ainda: **HC 82.625**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**; **HC 82.782**, **82.493**, **82.517**, **82.246**, Rel. Min. **Ellen Gracie**; **HC 82.191**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**; **HC 82.128**, **82.377**, **82.839**, **82.394**, Rel. Min. **Carlos Velloso**.

A esse respeito, também, transcrevo o seguinte trecho do parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves** (fls. 42/46):

> 4. Cumpre registrar, *ab initio*, que as razões da impetração, além de se apresentarem confusas e imprecisas quanto às nulidades processuais apontadas, também **não vieram acompanhadas de elementos probatórios mínimos do quanto alegado**. Como é cediço, o *habeas corpus* exige prova pré-constituída, apta a demonstrar, de plano, o eventual constrangimento ilegal, e o impetrante, *in casu*, deixou

de atender a tal ônus, vez que não juntou cópias de nenhum dos atos e decisões de primeiro grau ora impugnados.
(Fls. 43/44.)

Por outro lado, considerando o teor da controvérsia, analisada sob o prisma estritamente teórico (dada a já aventada carência de prova pré-constituída da qual se pudesse abstrair *ictu oculi* elementos em contrário), esta Suprema Corte já firmou entendimento no sentido da validade do reconhecimento fotográfico quando ratificado em juízo sob o crivo do contraditório, assim como sobre ser relativa a nulidade decorrente da falta de requisição de réu preso à audiência, fazendo-se necessária tempestiva arguição e demonstração de concreto prejuízo à defesa para o reconhecimento da invalidade do ato.

Nesse sentido:

Processual penal. Ausência do réu preso em audiências deprecadas para oitiva de testemunhas de acusação. Nulidade relativa. Necessidade de requisição do acusado ao juízo processante. Demonstração de efetivo prejuízo à defesa. Inocorrência. Indeferimento devidamente motivado. Ausência de prejuízo efetivo. Ordem denegada. I – A alegação de necessidade da presença do réu em audiências deprecadas, estando ele preso, configura nulidade relativa, devendo-se comprovar a oportuna requisição e também a presença de efetivo prejuízo à defesa. II – O pedido, no caso, foi indeferido motivadamente pelo juiz de primeiro grau, diante das peculiaridades do caso concreto, em especial diante da periculosidade do réu e da ausência de efetivo prejuízo. III – Ordem denegada.
(HC 100.382/PR, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJE* de 3-9-2010.)

Habeas corpus. Art. 12 da Lei 6.36819/1976. Falta de alegações preliminares. Nomeação ad hoc na audiência de instrução. Dependência toxicológica. O Tribunal assentou o entendimento de que as alegações prévias não constituem peça essencial na instrução penal. *Não é obrigatória a presença do réu na audiência de instrução, o que pode apenas configurar nulidade relativa que depende de arguição em tempo oportuno com a demonstração do dano efetivamente sofrido (arts. 500 e 571, inciso II, do CPP).* Não é exigido do juiz a indagação acerca de eventual dependência toxicológica do réu se a defesa, em nenhum momento da instrução, levantou essa questão ou se não há qualquer indício nas provas coletadas de que, de fato, exista essa dependência. Precedentes. Ordem denegada.
(HC 83.409/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Nelson Jobim**, *DJ* de 26-3-2004 destaques nossos);

Habeas corpus. Para anulação de processo em que o paciente foi condenado. Alegações de que: a) - mal decretada sua revelia; b) - não foi ele intimado, por edital, da designação de audiência de instrução; c) - não se cumpriu o disposto no art. 372 do CPP; d) - não se procedeu a reinquirição da vítima para efeito de reconhecimento do acusado. Alegações repelidas. Writ denegado. Se o R., mesmo não citado pessoalmente, compareceu a juízo, foi interrogado, indicou advogada (que o defendeu amplamente) e depois desapareceu, sua revelia foi bem decretada, não se justificando sua intimação por edital, nem a reinquirição da vítima para efeito de

reconhecimento, já ocorrido anteriormente. A ausência do acusado à audiência de inquirição de testemunha, sem qualquer objeção da defesa, e sem demonstração de prejuízo, na oportunidade das alegações finais, não constitui vício insanável, a acarretar a nulidade do processo. Precedentes do STF.
(HC 66.875/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 10-2-1989 – Destaques nossos.)

Penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Delitos de roubo. Continuidade delitiva não apreciada pelo Tribunal a quo. Supressão de instância. Sentença fundamentada no reconhecimento fotográfico e nos depoimentos das vítimas. Inexistência de nulidade. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. 1. A questão relativa ao reconhecimento da continuidade delitiva não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, nem pelo Juízo das Execuções Penais, o que inviabiliza o seu conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Observo que a sentença de primeiro grau não se baseou apenas no reconhecimento do recorrente feito em sede policial, mas também nos depoimentos prestados pelas vítimas. 3. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.
(RHC 99.786/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJE* de 16-10-2009.)

Ante o exposto, conheço em parte da impetração e, na parte conhecida, denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 104.404/MT — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Silvio Carvalho Junqueira. Impetrante: Silvio Carvalho Junqueira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma conheceu, em parte, do pedido de *habeas corpus*, e nesta parte o indeferiu, nos termos do voto do Relator.

Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 21 de setembro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 104.530 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Pacientes: Marcelo Amaral de Moura e Justo Gutkoski — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Rádio comunitária. Operação sem autorização do poder público. Imputação aos pacientes da prática do crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997. Bem jurídico tutelado. Lesão. Inexpressividade. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Critérios objetivos. Excepcionalidade. Presença. Apuração na esfera administrativa. Possibilidade. Ordem concedida.**

I – Consta dos autos que o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora é considerado de baixa potência, não tendo, deste modo, capacidade de causar interferência relevante nos demais meios de comunicação.

II – Rádio comunitária localizada em pequeno município do interior gaúcho, distante de outras emissoras de rádio e televisão, bem como de aeroportos, o que demonstra que o bem jurídico tutelado pela norma – segurança dos meios de telecomunicações – permaneceu incólume.

III – A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica.

IV – Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela.

V – Ordem concedida, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos aos pacientes na esfera administrativa.

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 empate de votação, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Relator-Presidente. Votaram pelo indeferimento a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 28 de setembro de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pelo Defensor Público Federal Paulo Henrique de Menezes Bastos, em favor de *Marcelo Amaral de Moura* e *Justo Gutkoski*, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp 1.101.637/RS (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Narra a inicial que os pacientes foram denunciados pelo Ministério Público Federal por, supostamente, terem praticado o crime tipificado no art. 183 da Lei 9.472/1997 (desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação).

A Defensoria aduz, inicialmente, que o juízo de primeiro grau, entendendo ser o caso de aplicação do princípio da insignificância, decidiu pela improcedência da imputação e absolveu os acusados.

Assevera, também, que o *Parquet* apelou para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso e manteve a aplicação do princípio da insignificância, em razão da baixa potência dos equipamentos utilizados pela emissora de rádio (fls. 3-4).

Alega, mais, que o Ministério Público interpôs recurso especial para o STJ, o qual foi provido para afastar o reconhecimento da bagatela e determinar o retorno dos autos ao juízo singular para prosseguimento do feito.

Diz que, contra esse *decisum*, a defesa ajuizou agravo regimental, oportunidade em que a Quinta Turma negou provimento ao recurso.

É contra essa última decisão que se insurge o impetrante.

Sustenta, em síntese, a necessidade de aplicação do princípio da insignificância, ao argumento de que a conduta imputada aos pacientes não tem potencialidade lesiva apta a justificar a incidência do direito penal.

Afirma, outrossim, que a tipicidade deve ser analisada tanto sob o aspecto formal, como no aspecto material e que, por essa razão, só será típica a conduta que se amolde ao tipo penal e, ao mesmo tempo, viole ou exponha a perigo o bem jurídico tutelado.

Assevera, também, que a conduta dos pacientes é de nenhuma ou de mínima ofensividade, uma vez que:

> (...) operavam rádio comunitária no município (...) com pouco mais de dois mil habitantes, **utilizando um transmissor de 25 Watts, que nos termos do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.612/98** (norma que regulamenta o Serviço de Radiodifusão Comunitária), **é de baixa potência, com altura do sistema irradiante não superior a trinta metros**
> (Grifos nos originais – Fl. 9.)

Argumenta, ainda, que a atividade desenvolvida não possuía reprovabilidade nem riscos sociais, pois a emissora era utilizada, exclusivamente, para a promoção de atividades educacionais, culturais e de lazer daquela comunidade.

Alega, ademais, que, não obstante o laudo pericial ter concluído pela possibilidade de interferência em outros setores, era impossível que a operação causasse lesão ou provocasse qualquer prejuízo nos serviços de telecomunicações, pois a rádio estava localizada em cidade distante de aeroportos, bem como de outras emissoras de rádio ou televisão.

Destaca, mais, que a emissora funcionava sem autorização apenas provisoriamente, dado que teria sido protocolado, ainda no ano de 2003, no Ministério das Comunicações, requerimento de autorização para execução de serviços de radiodifusão comunitária, o que demonstraria a boa-fé dos pacientes, no sentido de regularizar o seu funcionamento.

Colaciona, em abono aos argumentos expendidos, precedentes desta Corte.

Requer, ao final, a concessão da medida liminar para determinar a suspensão da Ação Penal 2006.71.05.000152-3, em trâmite na Primeira Vara Federal de Santo Ângelo/RS, até o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito pede a concessão da ordem para que seja cassado o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.101.637/RS.

Em 24-6-2010, indeferi a liminar e, estando bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 58-60).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pela denegação da ordem (fls. 64-66).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de concessão da ordem.

Busca-se, neste *writ*, o reconhecimento da atipicidade da conduta praticada pelos pacientes em virtude da aplicação do princípio da insignificância.

A pretensão merece acolhida.

Conforme relatado, os pacientes foram denunciados como incursos nas sanções do art. 183 da Lei 9.472/1997[1] por operarem rádio comunitária de baixa frequência sem autorização legal.

---

[1] "Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:
Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais).
Parágrafo único. Incorre na mesma pena que, direta ou indiretamente, concorrer para o crime."

O juízo de primeiro grau julgou improcedente a imputação, entendendo aplicável ao caso o princípio da insignificância, decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Inconformado, o *Parquet* interpôs recurso especial, que foi provido pelo Ministro Relator para determinar o regular curso da ação, cujo *decisum* foi confirmado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem.

Consta dos autos que o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora possui potência de 25 watts (fl. 15) e que a altura do sistema irradiante não é superior a trinta metros, o qual, nos termos da Lei 9.612/1998, que regulamenta o serviço de radiodifusão comunitária, é considerado de baixa potência, não tendo, deste modo, capacidade de causar interferência relevante nos demais meios de comunicação.

Nesta senda, considerando que o bem jurídico tutelado pela norma – a segurança dos meios de telecomunicações – permaneceu incólume, não tendo sofrido qualquer espécie de lesão, ou ameaça de lesão, que mereça a intervenção do Direito Penal, não há como reconhecer a tipicidade material da conduta ante a incidência, na hipótese, do princípio da insignificância.

Conforme entendimento assentado nesta Corte a partir do julgamento do HC 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, para que a infração seja considerada insignificante, devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: i) mínima ofensividade da conduta; ii) nenhuma periculosidade social da ação; iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Pois bem, tenho que, no caso dos autos, é possível verificar a presença de todos os mencionados requisitos, de modo que a aplicação do princípio da insignificância é medida que se impõe.

Isso porque, como se infere dos autos, a rádio comunitária era operada no Município de Inhacorá, pequena cidade localizada no interior gaúcho na qual habitam cerca de duas mil pessoas, distante de outras emissoras de rádio e televisão, bem como de aeroportos, o que demonstra ser remota a possibilidade de a rádio aqui tratada causar algum prejuízo para outros meios de comunicação.

Acrescente-se a isso que, em comunidades localizadas no interior de tão vasto país, nas quais o acesso à informação certamente não é tão amplo como nos grandes centros, as rádios comunitárias surgem como importante meio de divulgação de notícias de interesse local, de modo que não se vislumbra, na espécie, reprovabilidade social da ação dos pacientes.

Por fim, oportuno ressaltar que, conforme se infere do documento de fls. 18-20, em 2003, foi pleiteada, ao Ministério das Comunicações, autorização para execução do serviço de radiodifusão em favor da Rádio Comunitária de Inhacorá.

Como é cediço, o Direito Penal deve ocupar-se apenas de lesões relevantes aos bens jurídicos que lhe são caros, devendo atuar sempre como última medida na prevenção e repressão de delitos, ou seja, de forma subsidiária a outros instrumentos repressivos. Isto significa que o bem jurídico deve receber a tutela da norma penal somente quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para punir e reprimir determinada conduta.

Conforme magistério de Guilherme de Souza Nucci[2],

> o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas.

Logo, atento às peculiaridades do caso sob exame, entendo, ante a irrelevância da conduta praticada pelos pacientes e da ausência de resultado lesivo, que a matéria não deve ser resolvida na esfera penal e sim nas instâncias administrativas.

Por todo exposto, concedo a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e restabelecer a sentença absolutória, em face da atipicidade da conduta imputada aos pacientes, sem prejuízo da possível apuração dos fatos a eles atribuídos na esfera administrativa.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Com esses esclarecimentos, Senhor Presidente, eu vou acompanhar Vossa Excelência. Com isso, no mínimo, já se estabelece um empate, prevalecendo, consequentemente, a concessão. Sugiro, inclusive, que se estabeleça na ementa que se trata de um caso excepcional, para que ele não sirva de precedente para outras circunstâncias.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Se Vossa Excelência me acompanhar, eu o farei, dizendo que se trata de um caso excepcionalíssimo, em razão do tamanho da cidade, da distância de aeroportos e que não ficou provado que há interferência.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Há, ademais, o fato de a cidade não ter nenhum outro meio de comunicação, pelo que Vossa Excelência relatou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, veja, isso não afasta a necessidade de licença.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A licença que a Anatel tem que conceder.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A licença foi pedida.

---

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas não foi concedida, por isso é clandestina.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas passou-se a atuar independentemente da licença.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Este é um problemão: rádios comunitárias clandestinas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há, no processo-crime, um laudo, revelando a possibilidade de interferência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Interessante também, apenas uma reflexão metajurídica. Quer dizer: as grandes rádios que, às vezes, são sustentadas por interesses econômicos legítimos, mas poderosos, estão numa campanha muito grande contra as rádios comunitárias. Muitas vezes nós ficamos até, de certa maneira, impressionados, com a campanha maciça que se fazem contra as rádios comunitárias, mas em favelas e em localidades distantes, a rádio comunitária é um meio preciosíssimo de comunicação. Pede ambulância para membros da comunidade, relata acidentes, previne incêndios, transmite mensagem de utilidade pública. Eu sou um fã das rádios comunitárias.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Todos somos, Presidente. O problema não é esse, mas a falta do licenciamento exigido. Nisso está o problema.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Mas, vamos admitir que não tenha licença, e, de fato, não tem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Brasil é continental.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente Relator): Será que isso ensejaria uma condenação, com uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, ou, realmente, nas circunstâncias, é de se reconhecer a insignificância da conduta?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas é um serviço público que, para funcionar, depende da licença.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O bem protegido é da maior valia.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, a minha preocupação é que a rádio comunitária que presta serviço, presta um desserviço enorme quando ela é utilizada, por exemplo, por facções criminosas. Por isso a necessidade da licença.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Como diz o Ministro Marco Aurélio: não podemos presumir o excepcional.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O problema é que no Brasil tem o Rio de Janeiro, com seus problemas; São Paulo, com seus problemas, Belo Horizonte e tudo o mais.

Então, vou pedir vênia a Vossa Excelência, mas neste caso eu fico vencida. Acho que, realmente, o princípio da insignificância e algo desse porte não se harmonizam.

Indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, com a vênia de Vossa Excelência e do Ministro Toffoli, indefiro a ordem. Reporto-me a voto que proferi no julgamento do HC 97.051/RS:

> Presidente, não consigo conciliar o furto privilegiado com o qualificado. Entendo que a junção faz surgir um terceiro tipo.
>
> O que se tem na primeira parte do art. 155 do Código Penal? Subtrair para si ou para outrem coisa móvel alheia leva à reclusão de um a quatro anos e multa.
>
> E, então, o § 2º faz uma junção. Na definição do crime como privilegiado, tem-se o conectivo "e", e não a disjuntiva "ou".
>
> > "Se o criminoso é primário [é o caso] e é de pequeno valor a coisa furtada [embora, no caso, afastada a bagatela], o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la [refere-se à pena prevista na cabeça do artigo] de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa".
>
> É o crime de menor envergadura quanto às consequências.
>
> A seguir, no § 4º, a tratar o furto qualificado, nota-se o abandono das balizas anteriores – um a quatro anos com possibilidade de diminuição de um a dois terços, no caso do § 2º, para versar-se pena de dois a oito anos. Deu-se, com isso, a meu ver, uma opção político-normativa inconfundível com a do § 2º do art. 155.
>
> Ou bem assenta-se que o furto se mostrou privilegiado, e, então, há a apenação segundo a cabeça do artigo – de um a quatro anos, com possibilidade de diminuição e substituição pela pena de multa, ou apenas a multa –, ou há o furto qualificado, que eleva o piso e o teto para dois a oito anos.
>
> Por isso, Presidente, peço vênia à Relatora para indeferir a ordem.

VOTO
(Incidências)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): O Ministro Toffoli me acompanha, mas farei essas ressalvas "da excepcionalidade do caso" que estamos discutindo. No caso, vai constar.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Constar da ementa, para que não seja utilizado universalmente.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Pois não. Vou até colocar aqui: constar da ementa.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Porque do voto já consta. Agora, isso não impede as ações administrativas das agências reguladoras e do poder administrativo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Aliás, se Vossa Excelência me permite, eu vou colocar isto: sem prejuízo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tem-se a independência das esferas de atuação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Vou colocar isso também.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Como Vossa Excelência agrega esses elementos, sinto-me ainda mais confortável para acompanhá-lo, porque as alegações da divergência também são bastante ponderáveis.

EXTRATO DA ATA

HC 104.530/RS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pacientes: Marcelo Amaral de Moura e Justo Gutkoski. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por empate na votação, a Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Relator-Presidente; votaram pelo indeferimento a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Brasília, 28 de setembro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 104.704 — RS

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Paciente: Jorge Antônio Freitas Rodrigues — Impetrante: Léo Vital Licks Filho — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal. *Habeas corpus*. Prescrição intercorrente (CP, art. 110, § 1º). Pena fixada em dois anos e dois meses na sentença. Redução para dois anos na apelação exclusiva da defesa. Parâmetro para o cálculo da prescrição. Consumação da prescrição da pretensão punitiva. Precedente do STF.

1. O § 1º do art. 110 do Código Penal dispõe que "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada".

2. A pena a ser considerada no cálculo da prescrição intercorrente, entre a publicação da sentença e seu trânsito em julgado, é, no caso *sub judice,* a de dois anos, fixada na apelação exclusiva da defesa e não a de dois anos e dois meses, imposta na sentença. Precedente: HC 96.009, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 15-5-2009).

3. *In casu,* entre a publicação da sentença, em 27-6-2005 – termo inicial do curso prescricional –, e o julgamento do recurso especial do paciente, em 1º-12-2009, transcorreu prazo superior aos quatro anos previstos no inciso V do art. 109 do Código Penal, impondo-se o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

4. Parecer ministerial pela concessão da ordem.

5. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade do paciente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de *habeas corpus,* nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de março de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial 886.916, cujo voto condutor ostenta o seguinte teor (fl. 44):

> Veja-se o que corretamente anotou a parecerista:
>
> "*In casu,* entre a data da sentença condenatória à pena de 02 anos e 02 meses de reclusão proferida em 27-06-2005 e os dias atuais não transcorreu o lapso temporal de 8 anos; não há que se falar em prescrição.
>
> Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do STJ "a pena aplicada a que se refere o § 1º do art. 110 é a pena da sentença condenatória, e não de eventual acórdão que reduza a pena em grau de apelação" (REsp 817.058/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10-6-2009, *DJE* de 25-6-2009)."
>
> Mantenho, pois, a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental.

O Juízo da Primeira Vara Criminal da Justiça Federal, Subseção Judiciária de Porto Alegre, condenou o paciente a dois anos e dois meses de reclusão pela prática dos crimes tipificados no art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/1990, *verbis:*

> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: *[Vide Lei 9.964, de 10-4-2000]*
>
> *I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*
>
> *II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*
>
> *(...)*
>
> *Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento parcial à apelação **da defesa** para diminuir a pena para dois anos de reclusão, sendo certo que o Ministério Público não recorreu.

O paciente interpôs recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de ofensa aos arts. 370 e 499 do Código de Processo Penal[1].

---

[1] "Art. 370. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas, em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:

I – no dia em que foi registrado;

II – desde a morte de algum dos signatários;

III – A partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários;

IV – do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público."

O recurso especial teve seu seguimento negado com fundamento no art. 38 da Lei 8.038/1990[2], cuja decisão foi atacada por agravo regimental no qual sustentada **tão somente** a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

O impetrante alega que a pena a ser considerada no cálculo da prescrição é a de dois anos, resultante da diminuição operada na apelação; não a de dois anos e dois meses, imposta na sentença, uma vez que o recurso foi interposto pela defesa, com trânsito em julgado para a acusação. Consequentemente, consumou-se a prescrição da pretensão punitiva, porquanto entre a data da publicação da sentença, **em 17-6-2005** – no caso a única causa de interrupção do curso prescricional –, e o julgamento do Agravo Regimental 886.916, **em 4-6-2010**, pela Sexta Turma do STJ, teria transcorrido o lapso prescricional de quatro anos previsto no art. 109, V, do Código Penal.

Requerem a concessão da ordem para declarar a extinção da punibilidade do paciente.

O Ministério Público Federal opina no sentido da concessão do *writ* (fl. 50).

É o relatório.

VOTO

Ementa: Penal. *Habeas corpus*. Prescrição intercorrente (CP, art. 110, § 1º). Pena fixada em dois anos e dois meses na sentença. Redução para dois anos na apelação exclusiva da defesa. Parâmetro para o cálculo da prescrição. Consumação da prescrição da pretensão punitiva. Precedente do STF.

1. O § 1º do art. 110 do Código Penal dispõe que "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada".

2. A pena a ser considerada no cálculo da prescrição intercorrente, entre a publicação da sentença e seu trânsito em julgado, é, no caso *sub judice,* a de dois anos, fixada na apelação exclusiva da defesa e não a de dois anos e dois meses, imposta na sentença. Precedente: HC 96.009, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 15-5-2009).

3. *In casu*, entre a publicação da sentença, em 27-6-2005 – termo inicial do curso prescricional –, e o julgamento do recurso especial do paciente, em 1º-12-2009, transcorreu prazo superior aos quatro anos previstos no inciso V do art. 109 do Código Penal, impondo-se o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

4. Parecer ministerial pela concessão da ordem.

---

[2] "Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal."

5. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade do paciente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): O paciente foi condenado a dois anos e dois meses pela prática dos crimes tipificados no art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/1990, *verbis*:

> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: *[Vide Lei 9.964, de 10-4-2000]*
>
> *I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*
>
> *II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*
>
> *(...).*
>
> *Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento parcial à apelação da defesa, reduzindo a pena para dois anos de reclusão.

A questão é saber se a pena a ser considerada no cálculo da prescrição intercorrente é a da sentença, fixada em dois anos e dois meses de reclusão, qual afirmado no ato ora impugnado, ou a da apelação, reduzida para dois anos de reclusão, como sustentado nas razões da impetração.

O § 1º do art. 110 do Código Penal dispõe que "A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada". Entenda-se "pela pena aplicada" a pena *in concreto*, não mais passível de aumento ou redução.

Extraem-se daí duas condições alternativas para a ocorrência da prescrição intercorrente da punibilidade: a existência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou o não provimento de seu recurso. As razões dessas condições são óbvias. Havendo sentença transitada em julgado para a acusação, ou não provido seu recurso, a pena, em relação a ela – acusação –, estará concretizada e será referencial para o cálculo do lapso prescricional. Do contrário, provida a apelação da acusação, o cálculo da prescrição se dará com base na pena aumentada. Daí por que, de igual modo, a pena reduzida em recurso da defesa é a que deve ser considerada no cálculo da prescrição; não a que foi imposta na sentença. Corrobora esse entendimento o seguinte julgado desta Corte:

> *Ementa: Habeas corpus. Penal. Interpretação contra acórdão que deu provimento a recurso especial interposto pelo Ministério Público. Prescrição da pretensão punitiva: ocorrência. Precedentes. Ordem concedida para reconhecer a extinção da punibilidade do crime imputado ao paciente.*
>
> 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que o acórdão que confirma ou diminui a pena imposta na sentença condenatória não interrompe a prescrição, e o cálculo da prescrição segundo a pena reduzida pressupõe que não haja recurso da acusação para exasperá-la. Precedentes. [Grifei.]

2. **Na espécie vertente, a prescrição há que ser analisada utilizando-se como parâmetro a pena concretizada em recurso especial, que, sendo inferior a um ano, prescreve em dois anos (Código Penal, art. 109, inciso IV**).

3. **Ao reduzir a pena para dez meses e dez dias de reclusão, deveria o Superior Tribunal reconhecer, desde logo, a prescrição da pretensão punitiva, já que transcorreram mais de dois anos entre a publicação da sentença condenatória e a decisão singular do eminente Relator do Recurso Especia**l. [Grifei.]

4. O aumento de um terço no prazo da prescrição em razão da reincidência não incide na prescrição da pretensão punitiva. Precedentes.

5. *Habeas corpus* concedido.

(HC 96.009/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 15-5-2009.)

Celso Delmanto, *in Código Penal comentado*, 6. ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 225, afirma, ao tratar dos limites temporais da prescrição intercorrente, que a pena somente poderá ser considerada concretizada ante a não interposição de recursos da acusação ou da defesa ou pelo exaurimento da via recursal de ambas, sem que haja aumento ou diminuição da pena, *verbis:*

> Conta-se o tempo decorrido entre a sentença condenatória e o seu trânsito em julgado definitivo. Inicia-se, pois, a contagem do prazo na data em que a sentença é entregue em cartório pelo juiz. O marco final desse prazo verificar-se-á quando a decisão se tornar definitiva para ambas as partes (acusação e defesa), por não mais caber recurso de espécie alguma.

O Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida opinou no sentido da concessão da ordem em sucinto, mas elucidativo, parecer de seguinte teor (fl. 50):

> O paciente foi condenado como incurso no art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90. A pena privativa da liberdade, depois de provida parcialmente a apelação da defesa, ficou em dois (2) anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária).
>
> 2. A impetração busca o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, considerada a pena concretizada e o tempo decorrido desde a publicação da sentença (27-6-2005) até o trânsito em julgado.
>
> 3. A pena de dois anos prescreve em quatro anos. No caso, depois de julgada a apelação, foi interposto e admitido o Recurso Especial 886.916/RS, que só foi decidido em 1º-12-2009, ou seja, depois de transcorridos quatro anos desde o último marco interruptivo.
>
> 4. Isso posto, opino pelo deferimento da ordem.

In casu, repita-se, o paciente foi condenado a dois anos e dois meses de reclusão, pena diminuída para dois anos em seu recurso de apelação (**observe-se que o Ministério Público não apelou**). A pena *in concreto* a ser considerada, no cálculo da prescrição intercorrente – entre a sentença condenatória e seu trânsito em julgado (CP, art. 110, § 1º) –, é a resultante da apelação.

Entre a publicação da sentença, em **27-6-2005** – termo inicial do curso prescricional –, e o julgamento do recurso especial do paciente, em **1º-12-2009**,

transcorreu prazo superior aos quatro anos previstos no inciso V do art. 109 do Código Penal, impondo-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Concedo a ordem para declarar extinta a punibilidade do paciente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

EXTRATO DA ATA

HC 104.704/RS — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Jorge Antônio Freitas Rodrigues. Impetrante: Léo Vital Licks Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 15 de março de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 184.327 — SP

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Embargante: Estado de São Paulo — Embargados: Atacio Paiva e outros

Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução. Fazenda Pública. Precatório judicial. Valor expresso em moeda nacional e sua equivalência em OTNs. Violação do art. 117, § 1º, da CF/1967, com a redação da EC 1/1969. Ocorrência. Jurisprudência assentada. Embargos de divergência acolhidos. Não se admite, em conta de liquidação de precatório judicial, equivalência entre padrão monetário e OTN.

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 e nos termos do voto do Relator, em acolher os embargos de divergência. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

Brasília, 24 de março de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de embargos de divergência contra acórdão da lavra do Ministro **Néri da Silveira**, e de cuja ementa consta:

> Precatório judiciário. 2. Hipótese em que o valor expresso em cruzados se fez representar, também, pela equivalência em OTN's, devendo, porém, a requisição efetuar-se em cruzados. 3. Nesse caso, não há ofensa ao art. 117, § 1º, da Emenda Constitucional 1/1969. 4. Recurso extraordinário não conhecido.
> (Fl. 423.)

Requer a embargante seja "consagrada a inconstitucionalidade da equivalência, em conta de liquidação, entre moeda corrente (no caso, cruzados) e OTNs", nos termos do entendimento adotado pela Primeira Turma desta Corte, no julgamento dos **RE 117.648/SP** (Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 29-11-1991); **RE 123.332/SP** (Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 22-9-1995); e **RE 117.813** (Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 2-9-1994) (fls. 425-431).

Em 25-4-2006, neguei seguimento aos embargos, por ausência de comprovação de recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso.

Desta decisão, a embargante, Fazenda do Estado de São Paulo, interpôs agravo regimental, sustentando que a exigência de recolhimento do preparo recursal não se lhe aplicaria, conforme previsão do art. 511, § 1º, do CPC.

Em 5-6-2006, reconsiderei a decisão agravada, para admitir o processamento dos embargos de divergência, e determinei a abertura de prazo para manifestação da parte embargada, nos termos do art. 335, § 2º, do RISTF, c/c o art. 508 do CPC.

A Secretaria do Tribunal reautuou o processo e certificou não ter havido manifestação dos embargados (fl. 460).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Viável o recurso.

A embargante alega, sobre o tema de precatórios, divergência entre julgados das Turmas, citando, para demonstrá-la, o acórdão do **RE 117.648/SP** (Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 29-11-1991), no qual consta "que a **simples equivalência, fixada em conta de liquidação**, entre padrão monetário (*in casu*, cruzados) e OTN, adjetiva-se como inconstitucional".

O aresto foi sintetizado na seguinte ementa:

> *Precatório – Conversão do cálculo em valores correspondentes a ORTNs ou OTNs – Ofensa ao art. 117, § 1º, da Carta Federal de 1969 – Equivalência com o art. 100, § 1º, da Constituição de 1988 – Precedentes – Recurso extraordinário conhecido e provido.*
>
> A jurisprudência firmada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em tema de precatórios, tem averbado de inconstitucionais – além da determinação de pagamento em valor indexado – também as decisões que meramente admitem a possibilidade, em conta de liquidação, da equivalência do padrão monetário em ORTN/OTN.
>
> A mera possibilidade de referência a tais fatores de indexação estimulará procedimentos que, ao viabilizarem a atualização automática dos valores devidos, certamente produzirão efeitos incompatíveis com a exigência de liquidez e certeza que os precatórios devem atender quanto à expressão monetária neles formalmente mencionada.

A quaestio iuris – constitucionalidade, ou não, da expedição de precatório com valor equivalente a número de OTNs e atualização automática, conforme sua variação – já foi decidida por ambas as Turmas, bem como pelo Plenário da Corte, de modo diverso do acórdão ora embargado, como se colhe das seguintes ementas:

Do Plenário:

> **(a)** *Recurso extraordinário. Embargos de divergência. Constituição pretérita. Precatório. Expressão de seu valor em ORTN ou OTN. Impossibilidade.*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 119.237, Rel. Min. Aldir Passarinho, firmou entendimento de que constitui infringência ao art. 117, § 1º da Carta pretérita a expedição de precatórios judiciais com valores expressos em OTNs ou ORTNs, embora também neles estivesse consignado o *quantum* em moeda corrente, a fim de que seu depósito fosse realizado com base na atualização promovida por esses títulos.

O aresto embargado está em confronto com essa orientação.

Embargos de divergência conhecidos e providos.

(**RE 118.342**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 24-9-2004.)

(b) *Precatório. Judicial. Desapropriação*. OTNs. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mantém-se no sentido de que não era admissível, ante o disposto no art. 117, § 1º, da Constituição Federal anterior (Emenda Constitucional 1/69), que dos precatórios constasse, a par do valor em quantia, o número de OTNs a ela correspondente, com objetivo de que, quando da realização do depósito, fosse esse efetuado, não na quantia consignada, mas sim no que fosse apurado pela multiplicação daquele número de OTNs pelo valor que tivessem tais títulos na data do depósito.

(**RE 119.237**, Rel. Min. **Aldir Passarinho**, *DJ* de 19-5-1995.)

Da Primeira Turma:

(a) 1. Recurso extraordinário: o âmbito de devolução do recurso extraordinário é restrito às questões suscitadas na respectiva interposição. Não ventilada, expressamente, a questão infraconstitucional, quando da interposição do presente recurso extraordinário – ainda na vigência da ordem constitucional pretérita –, que alegava violação do art. 117, § 1º, da Carta de 1969, a este aspecto atém-se o Tribunal.

2. Execução contra a Fazenda Pública: precatório com ordem de correção automática do *quantum* da condenação, quando do depósito, que a jurisprudência do STF, reafirmada no julgamento do RE 119.237 (Plenário, 10-10-1990, Aldir Passarinho, *DJ* de 19-5-1995), contra a opinião do relator deste, reputa ofensivo do art. 117, § 1º, da Carta de 1969: recurso da Fazenda conhecido e provido.

(**RE 145.481**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 28-5-2004.)

(b) Liquidação de sentença. Pagamento pela Fazenda Estadual. Conversão do *quantum* da liquidação em OTNs, nos precatórios a ser expedidos.

– Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a conversão do *quantum* do débito da Fazenda em OTNs, nos precatórios a ser expedidos, viola o disposto no § 1º do art. 117 da Emenda Constitucional 1/1969.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

(**RE 130.583**, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 13-9-1991.)

Da Segunda Turma:

(a) *Constitucional. Administrativo. Conta de liquidação. Precatórios em OTNs ou BTNs: Inconstitucionalidade*. CF, 1967, art. 117, §1º.

I – A jurisprudência da Corte Suprema, reiterada por ocasião do julgamento do RE 119.237/SP, e no sentido da inconstitucionalidade da determinação de que

conste nos precatórios um determinado número de OTNs ou BTNs para que, pelo valor de tais títulos, se faça a liquidação.

II – Recurso extraordinário conhecido e provido.

(**RE 136.192**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 16-8-1991.)

(b) Liquidação. Correção monetária. Pagamento pela Fazenda Estadual. Valor calculado à base de OTNs.

Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de não ser possível determinar o Tribunal de Justiça que o precatório fosse expedido fixando a obrigação, para a Fazenda Estadual, de efetuar o pagamento do débito à base de um determinado número de OTNs.

Contrariedade ao art. 117, § 1º da Constituição Federal, então em vigor, atual art. 100, § 1º, da nova Carta Política.

(**RE 119.215**, Rel. Min. **Aldir Passarinho**, *DJ* de 8-2-1991.)

Do cotejo entre o acórdão impugnado e as decisões transcritas e referidas, vê-se logo e claro que aquele dissente do entendimento de ambas as Turmas e do Plenário sobre o tema. Tenho, assim, por admissíveis os embargos.

2. No mérito, é consistente o recurso.

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou manifestação de contrariedade à conta de liquidação dos valores oriundos de condenação judicial, apresentada às fls. 288-289, impugnando a aplicação de índice de atualização do cruzado, mediante a conversão do valor em OTNs.

Argumentou que a jurisprudência desta Corte se teria firmado no sentido de rechaçar tal técnica, pois a aplicação de critérios variáveis para o futuro afrontaria o art. 117, § 1º, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela EC 1/1969, por desrespeitar o princípio da previsão orçamentária no que tange ao pagamento dos débitos da Fazenda Pública.

A conta de liquidação (fls. 278-285) foi homologada por sentença, da qual a Fazenda apelou.

No julgamento da apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo assentou:

O cálculo da equivalência entre as importâncias expressas em cruzados e o valor das OTNs serve por ora de mera referência, não importando na expedição de requisitório em desacordo com o citado Decreto-lei n. 2.284/86.

Por enquanto, será prematura qualquer decisão a respeito de eventuais atualizações antes da inclusão no orçamento, mesmo porque a controvérsia que viria se estabelecer estaria fora do alcance do juiz da execução, deslocando-se para a esfera de competência do Exmo. Sr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça a quem incumbe deliberar a respeito.

Daí por que, feitas as observações acima, negam provimento ao recurso.

(Fls. 313-314.)

A decisão foi confirmada por esta Corte no julgamento do recurso extraordinário (fls. 420-423).

A embargante assevera ser inconstitucional a equivalência, em conta de liquidação, entre moeda corrente (no caso, cruzados) e OTNs, pelos mesmos fundamentos adotados na decisão trazida como paradigma da divergência, ou seja, por entender que

> **a mera possibilidade de referência a tais fatores de indexação estimulará procedimentos que, ao viabilizarem a atualização automática dos valores devidos, certamente produzirão, "como efeito, a incerteza do débito imputado à despesa orçamentária" (...), em clara desarmonia com a exigência de liquidez e certeza que os precatórios devem atender quanto à expressão monetária neles formalmente mencionada (...)**
> (Grifos no original.)

3. Do exposto, **acolho os embargos de divergência**, para excluir, da sentença homologatória da conta de liquidação, a equivalência entre cruzados e OTNs.

EXTRATO DA ATA

RE 184.327-EDv/SP — Relator: Ministro Cezar Peluso. Embargante: Estado de São Paulo (Advogado: PGE/SP – Waldir Francisco Honorato Júnior). Embargados: Atacio Paiva e outros (Advogados: Jefferson Francisco Alves e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), acolheu os embargos de divergência. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

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

Brasília, 24 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.852 — MG

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Frigorífico Mataboi S.A. — Recorrida: União

Recurso extraordinário – Pressuposto específico – Violência à Constituição – Análise – Conclusão. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina – José Carlos Barbosa Moreira –, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento.

Contribuição social – Comercialização de bovinos – Produtores rurais pessoas naturais – Sub-rogação – Lei 8.212/1991 – Art. 195, inciso I, da Carta Federal – Período anterior à EC 20/1998 – Unicidade de incidência – Exceções – Cofins e contribuição social – Precedente – Inexistência de lei complementar. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas naturais, prevista nos arts. 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/1991, com as redações decorrentes das Leis 8.540/1992 e 9.528/1997. Aplicação de leis no tempo – considerações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do recolhimento por sub-rogação sobre a "receita bruta proveniente da comercialização da produção rural" de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/1991, com a redação atualizada até a Lei 9.528/1997, até que legislação nova, arrimada na EC 20/1998, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência. Em seguida, o Relator apresentou petição da União no sentido de modular os efeitos da decisão, que foi rejeitada por maioria, vencida a Ministra Ellen Gracie, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 3 de fevereiro de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou acolhida a pedido formulado em apelação, ante fundamentos assim sintetizados (fl. 743):

> Constitucional, tributário e processual civil. Contribuições sociais sobre a comercialização de produtos rurais. Contribuição da pessoa física. Contribuição do segurado especial. Arguição de inconstitucionalidade afastada. Responsabilidade tributária por substituição do adquirente da produção rural. Constituição Federal, art. 195, I. CTN, art. 128. Lei 8.540/92, art. 1º, que conferiu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei 8.212/91. Fato superveniente. CPC, art. 462.
>
> I. A autoridade da decisão proferida em mandado de segurança deve ser respeitada enquanto não reformada, ensejando, em um primeiro momento, a inexigibilidade das exações questionadas até a edição da Lei 8.540/92. Posteriormente, em face dos arts. 462 e 497, ambos do CPC, com a denegação da ordem de segurança neste Tribunal, restou exigível a Contribuição ao Funrural sem as restrições determinadas no *mandamus*.
>
> II. A Contribuição Social ao Funrural incidente sobre a Comercialização de Produtos Rurais foi recepcionada pelo novo Estatuto Constitucional (ADCT, art. 34), mormente porque atende à universalidade do custeio da seguridade social e aos requisitos da competência residual, veiculação por lei complementar, vedação de *bis in idem* e não cumulatividade (CF, art. 195, § 4º c/c o art. 154, I).
>
> III. Com a edição da Lei 8.212/91, referida contribuição não foi referendada.
>
> IV. Os arts. 12, V e VII, e 25, I e II, da Lei 8.212/91, com a redação que lhes foi conferida pela Lei 8.540/92, têm amparo constitucional no art. 195, I e § 8º, da Carta Constitucional.
>
> V. Não há *bis in idem* ou bitributação se estão todos os tributos questionados discriminados na Constituição Federal.
>
> VI. Prevalece, na jurisprudência do excelso Pretório, o entendimento de que, para fins da composição do arquétipo de incidência fiscal, receita bruta e faturamento se equiparam, tendo esse reconhecimento ocorrido no âmbito da Emenda Constitucional 20/98.
>
> VII. O art. 30, IV, da Lei 8.212/91, com a redação imprimida pelo art. 1º da Lei 8.541/92 consubstancia modalidade de substituição regressiva, tendo fundamento no art. 128 do CTN.
>
> VIII. Apelação improvida.

No recurso extraordinário de fls. 745 a 764, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, articula-se com a transgressão dos arts. 146, inciso III, 154, inciso I, e 195, inciso I, § 4º e § 8º, da Carta Política da República. Sustenta-se que "a crença de que todos devem participar do custeio da seguridade social não pode ser levada ao extremo de que a contribuição se faça a qualquer custo e sobre todas as fontes evidenciadas no art. 195, inciso I, da Constituição Federal" (fl. 752). Salienta-se que devem ser considerados os limites da lei e as características da atividade de determinados empregadores. "Assim, aqueles que não possuem faturamento nem lucro, como os empregadores rurais, pessoas físicas, contribuem somente sobre a folha de salários, sem

que isto signifique a sua exclusão do universo de contribuintes; e aqueles que não possuem empregados, exercendo suas atividades rurais em regime de economia familiar, não contribuem sobre a folha de salários, nem sobre o lucro, mas contribuem sobre o resultado da comercialização da sua produção" (fl. 752). Aponta-se a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/1991. Assevera-se que o resultado da comercialização da produção constituía base de cálculo da contribuição social apenas para os produtores rurais que exercessem suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados, sendo inviável que se estendesse tal hipótese de incidência, mediante lei ordinária, aos demais empregadores rurais, equiparando-os aos segurados especiais. Aduz-se ser imprescindível, para tanto, a edição de lei complementar, cuja ausência acabou por viciar também as leis posteriores a respeito da matéria, até a Lei 9.528/1997. Nesse ponto, argui-se, inclusive, a necessidade, para alteração, de emenda constitucional, em face do disposto no art. 195, § 8º, da Constituição Federal. Afirma-se que as decisões desta Corte proferidas na ADCT 1-1/DF e na ADI 1.103-1/DF, acerca da equiparação de faturamento a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, restringem-se a empresas comerciais, industriais e prestadoras de serviços, não alcançando os empregadores rurais, pessoas naturais. Ressalta-se que a superveniência da EC 20/1998, com o acréscimo, na alínea *b* do inciso I do art. 195 da Carta, da expressão "a receita ou o faturamento", não serve à situação, na medida em que apenas deixou claro que os conceitos de receita e faturamento são distintos. Argumenta-se que, a partir daí, poder-se-á aprovar lei complementar, definindo-se, como base de cálculo para a contribuição social devida pelos empregadores rurais, a receita ou o faturamento. Quanto ao passado, no entanto, mostrar-se-ia inviável a cobrança da exação sobre o resultado da comercialização da produção. Procede-se à transcrição de longo trecho de trabalho doutrinário elaborado por Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, denominado "Inconstitucionalidade da Contribuição Previdenciária dos Produtores Rurais, Instituída pela Lei 8.870/1994".

O Instituto Nacional do Seguro Social apresentou as contrarrazões de fls. 767 a 773. Esclarece que a empresa recorrente é responsável, por substituição tributária, pela retenção e recolhimento das contribuições sociais dos empregadores rurais – pessoas naturais – incidentes sobre a receita bruta da comercialização dos produtos e salienta que a fixação de tal base de incidência por meio de lei ordinária "não constitui inconstitucionalidade, pois não se trata de nova fonte de custeio, já que o faturamento já era expressamente previsto pela CF/1988 como base de incidência para as contribuições sociais" (fl. 772).

O pronunciamento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade encontra-se à fl. 774.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 778 a 783, preconiza o não acolhimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de fls. 43, 213 e 765 evidenciam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à oportunidade, o acórdão recorrido teve notícia veiculada no Diário de 22 de janeiro de 2002, segunda-feira (fl. 744), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 14 de fevereiro imediato, quarta-feira (fl. 745), no prazo assinado em lei, considerando-se que o início da contagem deu-se após o término do período de férias coletivas.

A origem deste processo está no fato de os recorrentes adquirirem bovinos de produtores rurais, pessoas naturais. Então, à luz do inciso IV do art. 30 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, surgem como "sub-rogados nas obrigações da pessoa física de que trata a alínea *a* do inciso V do art. 12 e do segurado especial pelo cumprimento das obrigações do art. 25 desta Lei, exceto no caso do inciso X deste artigo, na forma estabelecida em regulamento". A exceção aberta à responsabilidade fixada corre à conta da comercialização direta pelo produtor rural, a pessoa natural, com o exterior ou no varejo, para o consumidor. Em síntese, são os recorrentes os responsáveis pelo que devido pelo segurado obrigatório, pessoa natural que explore atividade pecuária, consoante dispõe o art. 25, incisos I e II, da Lei 8.212/1991:

> Art. 25. A contribuição da pessoa física e do segurado especial referidos, respectivamente, na alínea *a* do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta lei, destinada à Seguridade Social, é de:
>
> I – dois por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;
>
> II – um décimo por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento de complementação das prestações por acidente de trabalho.

O art. 195 da Carta da República, ao revelar, no inciso I, as balizas primárias da contribuição do empregador, alude à "folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício"; à receita ou ao faturamento e ao lucro – alíneas *a*, *b* e *c*. A previsão é exaustiva quanto aos fatos que podem dar causa à obrigação de financiamento da seguridade social. Na redação primitiva, anterior à EC 20/1998, tratando-se de empregador, a contribuição decorreria da folha de salários, do faturamento ou do lucro, não surgindo a possibilidade de se ter cumulação em virtude de ato normativo ordinário. Somente a Constituição Federal é que, considerado o mesmo fenômeno jurídico, pode abrir exceção à unicidade de incidência de contribuição. Isso ocorre, como exemplificado em parecer de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, p. 94, no tocante à folha de salários, no caso das contribuições para o Sesi, o Sesc, etc e em relação ao faturamento, presentes a Contribuição Social para Financiamento da Seguridade

Social (Cofins) e o Programa de Integração Social (Pis). Tanto é assim que, no art. 240 inserto no Título IX – "Das Disposições Constitucionais Gerais" – da Carta de 1988, previu-se:

> Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Já o PIS veio a ser agasalhado, especialmente considerada a contribuição da empresa a partir do faturamento, pelo art. 239 também das Disposições Gerais da Carta de 1988:

> Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar n. 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

Cumpre assentar, como premissa constitucional, que, no tocante ao faturamento e ao financiamento do gênero "seguridade social", conta-se apenas com essas duas exceções. A regra, dada a previsão da alínea *b* do inciso I do referido art. 195, é a incidência da contribuição social sobre o faturamento, para financiar a seguridade social instituída pela LC 70, de 30 de dezembro de 1991, a obrigar não só as pessoas jurídicas, como também aquelas a ela equiparadas pela legislação do imposto sobre a renda – art. 1º da citada lei complementar. Já aqui surge duplicidade contrária à Carta da República, no que, conforme o art. 25, incisos I e II, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, o produtor rural passou a estar compelido a duplo recolhimento, com a mesma destinação, ou seja, o financiamento da seguridade social – recolhe, a partir do disposto no art. 195, inciso I, alínea *b*, a Cofins e a contribuição prevista no referido art. 25. Vale frisar que, no art. 195, tem-se contemplada situação única em que o produtor rural contribui para a seguridade social mediante a aplicação de alíquota sobre o resultado de comercialização da produção, ante o disposto no § 8º do citado art. 195 – a revelar que, em se tratando de produtor, parceiro, meeiro e arrendatários rurais e pescador artesanal bem como dos respectivos cônjuges que exerçam atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, dá-se a contribuição para a seguridade social por meio de aplicação de alíquota sobre o resultado da comercialização da produção. A razão do preceito é única: não se ter, quanto aos nele referidos, a base para a contribuição estabelecida na alínea *a* do inciso I do art. 195 da Carta, isto é, a folha de salários. Daí a cláusula contida no § 8º em análise "(...) sem empregados permanentes (...)".

Forçoso é concluir que, no caso de produtor rural, embora pessoa natural, que tenha empregados, incide a previsão relativa ao recolhimento sobre o valor da folha de salários. É de ressaltar que a Lei 8.212/1991 define empresa como a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos, ou não, bem como os órgãos e entidades

da administração pública direta, indireta e fundacional – inciso I do art. 15. Então, o produtor rural, pessoa natural, fica compelido a satisfazer, de um lado, a contribuição sobre a folha de salários e, de outro, a Cofins, não havendo lugar para ter-se novo ônus, relativamente ao financiamento da seguridade social, isso a partir de valor alusivo à venda de bovinos. Cumpre ter presente, até mesmo, a regra do inciso II do art. 150 da Constituição Federal, no que veda instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. De acordo com o art. 195, § 8º, do Diploma Maior, se o produtor não possui empregados, fica compelido, inexistente a base de incidência da contribuição – a folha de salários – a recolher percentual sobre o resultado da comercialização da produção. Se, ao contrário, conta com empregados, estará obrigado não só ao recolhimento sobre a folha de salários, como também, levando em conta o faturamento, da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da prevista – tomada a mesma base de incidência, o valor comercializado – no art. 25 da Lei 8.212/1991. Assim, não fosse suficiente a duplicidade, considerado o faturamento, tem-se, ainda, a quebra da isonomia.

O tema ora em discussão por pouco não foi objeto de julgamento quando apreciada a ADI 1.103-1/DF. O Tribunal deixou de adentrar a questão ante a falta de pertinência temática, porque ajuizada a ação pela Confederação Nacional da Indústria. Todavia, foi adiante quanto ao § 2º do art. 25 da Lei 8.870/1994, que tinha a seguinte redação:

> § 2º O disposto neste artigo se estende às pessoas jurídicas que se dediquem à produção agroindustrial, quanto à folha de salários de sua parte agrícola, mediante o pagamento da contribuição prevista neste artigo, a ser calculada sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado.

Pois bem, concluiu-se pelo surgimento de uma nova base de cálculo, ficando assim redigida a ementa:

> 1. Preliminar: ação direta conhecida em parte quanto ao § 2º do art. 25 da Lei 8.870/1994; não conhecida quanto ao *caput* do mesmo artigo, por falta de pertinência temática entre os objetivos da requerente e a matéria impugnada.
>
> 2. Mérito. O art. 195, I, da Constituição prevê a cobrança de contribuição social dos empregadores, incidente sobre *a folha de salários*, o *faturamento* e o *lucro*; desta forma, quando o § 2º do artigo 25 da Lei 8.870/1994 cria contribuição social sobre *o valor estimado da produção* agrícola própria, considerado o seu preço de mercado, é ele inconstitucional porque usa uma base de cálculo não prevista na Lei Maior.
>
> 3. O § 4º do art. 195 da Constituição prevê que a lei complementar pode instituir outras fontes de receita para a seguridade social; desta forma, quando a Lei 8.870/1994 serve-se de outras fontes, criando contribuição nova, além das expressamente previstas, ela é inconstitucional, porque é lei ordinária, insuscetível de veicular tal matéria.
>
> 4. Ação direta julgada procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei 8.870/1994 – *Diário da Justiça* de 25 de abril de 1997, ementário 1866/2002.

Assentou o Plenário que o § 2º do art. 25 da Lei 8.870/1994 fulminado ensejara fonte de custeio sem observância do § 4º do art. 195 da Constituição Federal, ou seja, sem a vinda à balha de lei complementar. O enfoque serve, sob o ângulo da exigência desta última, no tocante à disposição do art. 25 da Lei 8.212/1991. É que, mediante lei ordinária, versou-se a incidência da contribuição sobre a proveniente da comercialização pelo empregador rural, pessoa natural. Ora, como salientado no artigo de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, houvesse confusão, houvesse sinonímia entre o faturamento e o resultado da comercialização da produção, não haveria razão para a norma do § 8º do art. 195 da Constituição Federal relativa ao produtor que não conta com empregados e exerça atividades em regime de economia familiar. Já estava ele alcançado pela previsão imediatamente anterior – do inciso I do art. 195 da Constituição. Também sob esse prisma, procede a irresignação, entendendo-se que comercialização da produção é algo diverso de faturamento e este não se confunde com receita, tanto assim que a EC 20/1998 inseriu, ao lado do vocábulo "faturamento", no inciso I do art. 195, o vocábulo "receita". Então, não há como deixar de assentar que a nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar. O mesmo enfoque serve a rechaçar a óptica daqueles que vislumbram, no art. 25, incisos I e II, da Lei 8.212/1991, a majoração da alíquota alusiva à citada contribuição que está prevista na LC 70/1991.

Ante esses aspectos, conheço e provejo o recurso interposto para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a "receita bruta proveniente da comercialização da produção rural" de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/1991, com redação atualizada até a Lei 9.528/1997, até que legislação nova, arrimada na EC 20/1998, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência (fl. 699).

DEBATE

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro Relator, afastada essa contribuição, não incidiria ela sobre a folha de salários?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, porque eles não têm empregados. Há a questão do § 8º.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não, o § 8º é sobre economia familiar. Não é o caso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: São situações distintas.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Mas é um frigorífico. Obviamente há empregados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O que está previsto no art. 25 da Lei 8.212/1991, nesses dispositivos a que aludi:

> Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea *a* do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:
>
> I – 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não há dúvida de que Vossa Excelência está declarando a norma inconstitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sim.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Então, ele é um empresário, em geral, que paga sobre a folha de salários.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não estou adentrando o problema do pagamento sobre a folha de salários. Estou dizendo que, no caso, essa nova fonte proveniente da comercialização da produção é inconstitucional. É a única questão que está em jogo. O problema da folha de salários não está em jogo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Até que venha uma lei. Penso que, afastada, uma das razões é a isonomia em face do art. 195, I.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Somente com a EC 20/1998 cuidou-se da incidência sobre a receita de forma linear.

EXTRATO DA ATA

RE 363.852/MG — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrentes: Frigorífico Mataboi S.A. e outros (Advogados: Hélio Gomes Pereira da Silva e outros, Paulo Costa Leite, Carlos Augusto Sobral Rolemberg). Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Advogado: Paulo Coelho de Sena).

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau. Falou pelos requerentes o Dr. Paulo Costa Leite. Presidência do Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 17 de novembro de 2005 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: Discute-se neste recurso extraordinário a constitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, prevista no art. 25, I, da Lei 8.212/1991.

2. Os recorrentes alegam que o resultado da comercialização da produção consubstancia base de cálculo da contribuição social devida pelos produtores rurais que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem a contratação de empregados permanentes. Sustentam tratar-se de exceção prevista no texto constitucional, que não poderia ser estendida aos demais empregadores rurais, equiparando-os aos segurados especiais.

3. Afirmam ser imprescindível a edição de lei complementar para a instituição da exação, que deveria ter base de cálculo distinta das bases de cálculo das contribuições já existentes.

4. Asseveram que, no julgamento da ADI 1.103, o Supremo analisou apenas a contribuição devida pelo produtor agroindustrial, em razão da ausência de pertinência temática, considerados o objeto social da entidade de classe requerente e o pedido da ação direta de inconstitucionalidade.

5. Requerem o provimento do recurso, a fim de que, concedida a segurança pleiteada, sejam desobrigados da retenção e recolhimento da contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas físicas ou jurídicas, fornecedores de bovinos para abate, ou do seu recolhimento por sub-rogação. Pedem, incidentalmente, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII; 25, I e II; e 30, IV, da Lei 8.212/1991, com redação atualizada pela Lei 9.528/1997, até que legislação nova, com fundamento na EC 20/1998, reinstitua a exação.

6. Os recorrentes são responsáveis pelo recolhimento das contribuições devidas pelos segurados obrigatórios definidos no art. 12, V, *a*, da Lei 8.212/1991 e segurados especiais. Daí a legitimidade para requerer a declaração incidental de inconstitucionalidade.

7. A LC 11/1971, alterada pela LC 16/1973, instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), cujo custeio era provido por contribuição incidente sobre o faturamento das empresas (art. 15). O trabalhador rural que exercia atividade em regime de economia familiar ou com o auxílio de empregados era considerado segurado especial (art. 3º). Tinha direito à aposentadoria por idade ou por invalidez, pensão e auxílio-funeral (art. 2º e arts. 5º a 10).

8. A Lei 7.787/1989 elevou a alíquota da contribuição devida pelas empresas a 20%, abrangido neste montante o Prorural, que seria suprimido a partir de 1º-9-1989. Mantinha-se, no entanto, a contribuição prevista no art. 15, I, da LC 11/1971, incidente sobre as operações de aquisição de produtos rurais. A jurisprudência do STJ, por sua vez, fixou-se no sentido de que o Funrural só poderia ser exigido até a vigência da Lei 8.212/1991.

9. A EC 20/1998 deu nova redação ao § 8º do art. 195 da Constituição do Brasil, que havia instituído a contribuição do segurado especial:

> § 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime

de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.
(Redação da EC 20/1998.)

10. Os maiores focos de sonegação de contribuição previdenciária ocorriam, naquela época, no meio rural. Decorriam da dificuldade de fiscalização e controle das atividades exercidas pelos trabalhadores, bem assim da impossibilidade de acesso dos rurícolas ao sistema e da falta de recursos financeiros daqueles cuja produção era afetada por intempéries.

11. A Lei 8.212/1991 corrigiu essa distorção, instituindo contribuição diferenciada para o produtor rural pessoa física e para o segurado especial, de modo que passassem efetivamente a contribuir para o sistema, reduzindo-se a sonegação.

12. O preceito veiculado pelo art. 1º da Lei 8.540/1992, impugnado pelos recorrentes, alterou a redação do art. 25 da Lei 8.212/1991, fixando a alíquota de 2% para as contribuições devidas pelos segurados, aplicada sobre a receita bruta da comercialização de sua produção.

13. O art. 25 da Lei 8.870/1994 fixou em 2,5% a alíquota da contribuição devida pelo empregador rural *pessoa jurídica*, em substituição à contribuição de 20% incidente sobre a folha de salários. O § 2º daquele preceito, no entanto, instituiu tratamento diferenciado a ser aplicado às pessoas jurídicas que se dedicavam à produção agroindustrial. Estabeleceu a alíquota de 2,5% "sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado", sem que essas empresas deixassem de contribuir, pela alíquota de 20%, sobre a folha de salários relativa aos empregados do setor industrial.

14. Esse preceito – § 2º do art. 25 da Lei 8.870/1994 – foi declarado inconstitucional na ADI 1.103, de modo que as empresas agroindustriais voltaram a recolher a contribuição incidente sobre a folha de salários a partir da competência de agosto de 1994.

15. A contribuição devida pelos segurados especiais e empregadores rurais *pessoas físicas* – art. 25 da Lei 8.212/1991 – à qual sub-rogados os recorrentes, é o objeto deste extraordinário. Daí por que não há razão para que se discuta nestes autos os eventuais juízos formulados no julgamento da ADI 1.103, porque relativos a outra contribuição – a da *pessoa jurídica* – prevista em outro art. 25, este da Lei 8.870/1994.

16. Alguns memoriais apresentados pelos recorrentes noticiaram a existência de precedente meu quanto à matéria, por força da identidade do número dos artigos, no RE 377.606 (*DJ* de 7-4-2005). Aquele julgamento menciona a ADI 1.103, eis que ali se discute a contribuição devida diretamente pela empresa por força da Lei 8.870/1994 e não a devida por sub-rogação do art. 30, V, da Lei 8.212/1991.

17. Os recorrentes alegam violação ao princípio da igualdade, uma vez que o preceito do art. 25 da Lei 8.212/1991 institui tratamento diferenciado entre o empregador rural e o urbano.

18. A lei, no entanto, como observei, volta-se à correção de uma distorção, estimulando os empregadores rurais ao recolhimento da contribuição social. A alíquota de 20%, elevada, induzia a sonegação fiscal.

19. A alegação de ofensa ao disposto no art. 146, III, da CB/1988 também não prospera.

20. O art. 149 da CB/1988 não remete ao 146, III, alínea *a*, mas ao art. 146, III, amplamente. O preceito veiculado pelo art. 149 determina seja observado o disposto no art. 146, III e suas alíneas no quanto se aplique aos tributos em gênero. Não se aplica especificamente aos impostos, excluídas do seu âmbito de abrangência as taxas e contribuições de melhoria. Assim não fosse, razão não haveria para as remissões específicas feitas nos preceitos dos arts. 195, § 4º e § 6º, aplicando às contribuições sociais certas regras que respeitam aos impostos.

21. Nada impediria, portanto, que a lei ordinária fixasse o fato gerador (arts. 97, III, e 114 do CTN), a base de cálculo (art. 97, IV, do CTN) e o contribuinte da contribuição social. Lembro, neste ponto, a jurisprudência do Tribunal, no sentido de reconhecer a possibilidade da instituição de contribuição social em lei ordinária. Por todos, veja-se o seguinte trecho da ADI 2.010-MC, Rel. Min. *Celso de Mello*, *DJ* de 12-4-2002[1]:

> *Reserva constitucional de lei complementar – Incidência nos casos taxativamente indicados na Constituição – Contribuição de seguridade social devida por servidores públicos federais em atividade – Instituição mediante lei ordinária – Possibilidade*. – Não se presume a necessidade de edição de lei complementar, pois esta é somente exigível nos casos expressamente previstos na Constituição. Doutrina. Precedentes. – **O ordenamento constitucional brasileiro – ressalvada a hipótese prevista no art. 195, § 4º, da Constituição – não submeteu, ao domínio normativo da lei complementar, a instituição e a majoração das contribuições sociais a que se refere o art. 195 da Carta Política.** – Tratando-se de contribuição incidente sobre servidores públicos federais em atividade – a cujo respeito existe expressa previsão inscrita no art. 40, *caput*, e § 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, na redação dada pela EC 20/1998 – revela-se legítima a disciplinação do tema mediante simples lei ordinária. As contribuições de seguridade social – inclusive aquelas que incidem sobre os servidores públicos federais em atividade –, embora sujeitas, como qualquer tributo, às normas gerais estabelecidas na lei complementar a que se refere o art. 146, III, da Constituição, não dependem, para o específico efeito de sua instituição, da edição de nova lei complementar, eis que, precisamente por não se qualificarem como impostos, torna-se inexigível, quanto a elas, a utilização dessa espécie normativa para os fins a que alude o art. 146, III, *a*, segunda parte, da Carta Política, vale dizer, para a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

---

[1] No mesmo sentido: RE 334.798-AgR, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 8-10-2004 e AI 518.082-ED, Rel. Min. *Carlos Velloso*, *DJ* de 17-6-2005.

22. A Lei 8.212/1991 não determina, no entanto, o fato gerador da obrigação tributária. Este elemento da regra-matriz de incidência está descrito em textos normativos emanados do Poder Executivo, o que se não pode admitir visto que excede os limites da função regulamentar que lhe fora conferida pela lei.

23. Os arts. 241 a 244 da Instrução Normativa MSP/SRP 3, de 14 de julho de 2005, definem o fato gerador da contribuição:

> Art. 241. O fato gerador das contribuições sociais ocorre na comercialização da produção rural:
>
> I – de produtor rural pessoa física e de segurado especial realizada diretamente com:
>
> a) adquirente domiciliado no exterior (exportação), observado o disposto no art. 245;
>
> b) consumidor pessoa física, no varejo;
>
> c) adquirente pessoa física, não-produtor rural, para venda no varejo a consumidor pessoa física;
>
> d) outro produtor rural pessoa física;
>
> e) outro segurado especial;
>
> II – de produtor rural pessoa jurídica, exceto daquele que, além da atividade rural, exerce atividade econômica autônoma do ramo comercial, industrial ou de serviços, observado o disposto nos § 4º e § 5º do art. 250;
>
> III – realizada pelo produtor rural pessoa física ou pelo segurado especial com empresa adquirente, consumidora, consignatária ou com cooperativa;
>
> IV – própria e da adquirida de terceiros, industrializada ou não, pela agroindústria, exceto a de piscicultura, carcinicultura, suinocultura e a de avicultura, a partir de 1º de novembro de 2001.
>
> Parágrafo único. O recebimento de produção agropecuária oriunda de outro país, ainda que o remetente seja o próprio destinatário do produto, não configura fato gerador de contribuições sociais.
>
> Art. 242. Os seguintes eventos são também considerados fatos geradores de contribuições sociais:
>
> I – a destinação, para fins diversos daqueles que asseguram a isenção, de produto originariamente adquirido com isenção, tais como o descarte, a industrialização, a revenda, dentre outros;
>
> II – a comercialização de produto rural vegetal ou animal originariamente isento de contribuição com adquirente que não tenha como objetivo econômico atividade condicionante da isenção;
>
> III – a dação em pagamento, a permuta, o ressarcimento, a indenização ou a compensação feita com produtos rurais pelo produtor rural com adquirente, consignatário, cooperativa ou consumidor;
>
> IV – qualquer crédito ou pagamento efetuado pela cooperativa aos cooperados, representando complementação de preço do produto rural, incluindo-se, dentre outros, as sobras, os retornos, as bonificações e os incentivos próprios ou governamentais;
>
> V – o arremate de produção rural em leilões e praças, exceto se os produtos não integrarem a base de cálculo das contribuições.
>
> Art. 243. Na parceria de produção rural integrada, o fato gerador, a base de cálculo das contribuições e as alíquotas serão determinadas em função da cate-

> goria de cada parceiro perante o Regime Geral de Previdência Social – RGPS no momento da destinação dos respectivos quinhões.
>
> Parágrafo único. A parte da produção que na partilha couber ao parceiro outorgante é considerada produção própria.
>
> Art. 244. Nos contratos de compra e venda para entrega futura, que exigem cláusula suspensiva, o fato gerador de contribuições dar-se-á na data de emissão da respectiva nota fiscal, independentemente da realização de antecipações de pagamento.

24. Em matéria tributária – e dessa matéria cuida-se nestes autos – a legalidade prevalece em termos absolutos. Não há espaço, no que concerne à obrigação tributária principal, para o exercício, pelo Poder Executivo, de qualquer parcela de função regulamentar.

25. Nenhum dos preceitos da Lei 8.212/1991 autoriza ou poderia autorizar o Poder Executivo a determinar, por ato seu, no exercício de função regulamentar, o fato gerador da contribuição social. O Código Tributário Nacional estabelece, em seus arts. 97, III, e 114, que somente a lei pode fixar o fato gerador de tributo.

26. Daí por que se torna impossível a exigência do tributo dos empregadores rurais pessoas físicas e dos segurados especiais.

27. Ainda que assim não fosse, outra razão determina a inconstitucionalidade da exação, atinente a matéria de direito intertemporal.

28. O preceito do art. 25 da Lei 8.212/1991, na redação que lhe foi conferida pela Lei 8.540/1992, dispunha:

> Art. 25. A contribuição da pessoa física e do segurado especial referidos respectivamente, na alínea *a* do inciso V e no Inciso VII do Artigo 12 desta lei destinada à Seguridade Social é de:
>
> I – dois por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;
>
> II – um décimo por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento de complementação das prestações por acidente de trabalho.

29. O texto do art. 195 da Constituição do Brasil era, naquela época, o seguinte:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

30. Não há, na redação anterior à EC 20/1998, previsão da receita bruta como base de cálculo da contribuição para a seguridade social. A exação con-

substancia nova fonte de custeio para o sistema e apenas poderia ser instituída por lei complementar (art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da CB/1988).

31. Quanto ao argumento de equivalência entre as expressões, "receita bruta" e "resultado da comercialização da sua produção", lembre-se o recente posicionamento do Tribunal no julgamento dos RE 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, sessão do dia 9-11-2005, que trataram de questão análoga com relação à base de cálculo do PIS e da Cofins.

32. Aqui a amplitude das expressões é ainda maior, uma vez que "receita bruta" é espécie do gênero "resultado", que por sua vez não pode ser equiparado a "faturamento".

Por essas razões, dou provimento ao recurso extraordinário, para desobrigar os recorrentes da retenção e recolhimento, por sub-rogação, da contribuição devida pelos empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, acompanhei com atenção o douto voto do eminente Ministro Eros Grau e também tenho em mãos o voto do eminente Ministro Marco Aurélio.

Convenci-me de que há ofensa ao princípio da isonomia, inexiste lei complementar definindo tributo. Há duplicidade de recolhimento, tendo em vista a mesma destinação.

Portanto, acompanho o Relator para dar provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 363.852/MG — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrentes: Frigorífico Mataboi S.A. e outros (Advogados: Hélio Gomes Pereira da Silva e outros, Paulo Costa Leite, Carlos Augusto Sobral Rolemberg). Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Advogado: Paulo Coelho de Sena).

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

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que conheciam e davam provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie (Presidente), o Ministro Sepúlveda Pertence e, neste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos

Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 30 de novembro de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de recurso extraordinário interposto por Frigorífico Mataboi S.A. e Mataboi Ltda., contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1), que considerou válida a incidência de contribuição social sobre comercialização da produção rural, exigida de *empregadores rurais pessoas físicas* ou dos adquirentes de seus produtos, por força do art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/1991.

O acórdão deu pela compatibilidade da contribuição sob exame com a Constituição da República, por considerar que "não há *bis in idem* nem bitributação" e que "para fins da composição do arquétipo de incidência fiscal, receita bruta e faturamento se equiparam, tendo esse reconhecimento ocorrido no âmbito da Emenda Constitucional 20/98." (fl. 743).

Alegam os recorrentes, em suma, que:

> o art. 1º da Lei n. 8.540/92, simples lei ordinária, criou uma nova contribuição social, ao estabelecer como materialidade sujeita à hipótese de incidência a "**receita bruta, proveniente da comercialização de sua produção**", quando modificou o art. 25 da Lei n. 8.212/91 (...). Essa nova materialidade depende de lei complementar. Esse defeito contaminou a legislação posterior (...).
>
> Há uma diferença patente entre o conceito de "faturamento" (CF, art. 195, I) e o conceito de "receita bruta proveniente da comercialização de sua produção rural", previsto no § 8º do art. 195 da Constituição, que deve ser reconhecida. (...). Tratando-se de grandezas diferentes – a receita e o faturamento – e não havendo, até então [antes da EC 20/1998], o texto do art. 195, I, da CF/88, contemplando esta fonte – "receita" – evidentemente que essa exigência, conforme prevista no art. 1º da Lei n. 8.540/92, não tem amparo no ordenamento jurídico.
>
> (Fls. 753-755.)

Cita, nesse sentido, artigo de **Hugo de Brito Machado**, segundo o qual a base de cálculo do § 8º do art. 195 aplica-se exclusivamente aos produtores rurais sem empregados permanentes, prova de que não se confunde com faturamento: "O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais (...) sem empregados permanentes, porque não são contribuintes da Cofins, nem de nenhuma outra contribuição prevista no art. 195, I, da CF/88, podem validamente se submeter à contribuição prevista no § 8º do art. 195 da CF/88. Essa foi a finalidade do dispositivo. Alargá-lo, de sorte a abarcar como contribuinte também pessoas jurídicas produtoras rurais, já submetidas a Cofins, não é admissível." (fl. 757).

Já a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que a contribuição ao Funrural, prevista originalmente no art. 15 da LC 11/1971, foi recepcionada pelo art. 34

dos ADCT como lei ordinária. Logo, por se tratar de fonte de custeio prevista nos incisos I e II do art. 195 da CF, sua alteração prescindiria de lei complementar, e sua base de cálculo poderia ser determinada pelo legislador ordinário: "Assim, o produtor rural pessoa física, que com a Lei n. 8.212/91 passou a contribuir sobre a folha de salários (art. 20, incisos I e II), a partir da entrada em vigor da Lei n. 8.540/92 passou a contribuir sobre a **receita bruta** proveniente da **comercialização de sua produção** (art. 2º, Lei n. 8.540/92), assim como iria ocorrer depois com o produtor rural pessoa jurídica." (fl. 3 dos memoriais datados de 26-4-2005).

Invoca, após, entendimento – que, pouco tempo depois, foi frontalmente rebatido pela Corte – segundo o qual seria "pacífico no STF que, para fins de incidência de tributos, faturamento e receita bruta se equiparam". (idem, ibidem).

2. O Relator, Ministro **Marco Aurélio**, acolheu integralmente a pretensão recursal e deu provimento ao extraordinário, "para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a 'receita bruta proveniente da comercialização da produção rural' de empregadores, **pessoas naturais**, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/1991, com redação atualizada até a Lei 9.528/1997, até que legislação nova, arrimada na EC 20/1998, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial".

Fundamentou o voto, em resumo, nas seguintes considerações: (i) o art. 195, I, da CF contém "previsão exaustiva quanto aos fatos que podem dar causa à obrigação de financiamento da seguridade social", e somente o próprio texto constitucional pode "abrir exceção à unicidade de incidência da contribuição." (fl. 6 do voto); (ii) o produtor rural está "compelido a duplo recolhimento, com a mesma destinação, ou seja, o financiamento da seguridade social – recolhe, a partir do disposto no inciso I, alínea *b*, a Cofins e a contribuição prevista no referido art. 25 [incisos I e II, da Lei 8.212/1991]" (fl. 8 do voto); c) a cobrança, excepcional, da contribuição para a seguridade social sobre o resultado da comercialização da produção, prevista no § 8º do art. 195, tem como *ratio* o fato de os contribuintes nele indicados – rurícolas sem empregados permanentes – não terem "a base para a contribuição estabelecida na alínea *a* do inciso I do art. 195 da Carta, isto é, folha de salários". (idem); d) a exação ofenderia o princípio da isonomia (art. 150, inciso II), ao tratar desigualmente contribuintes que estão na mesma situação: sem empregados, o produtor rural pessoa física contribui sobre a comercialização da produção; com empregados, será obrigado a recolher sobre a folha de salários e mesmo sobre o faturamento[2], donde não se poder exigir que estes contribuam sobre o resultado da comercialização da produção;

[2] O Relator adota o conceito de empresa do art. 15, I, da Lei 8.212/1991. Embora seja possível sustentar que a equiparação da pessoa física a empresa é inviável, para efeito de cobrança de contribuições sobre faturamento, receita ou lucro, esse argumento não é necessário nem oportuno ao deslinde do caso.

e) comercialização da produção não se confunde com receita ou faturamento, do contrário o § 8º do art. 195 seria supérfluo; daí advém a necessidade de lei complementar para instituir a contribuição sobre aquela grandeza, nova fonte de receita que é; e f) do mesmo modo, também não se pode conceber a contribuição atacada como mera majoração de alíquota da contribuição criada pela LC 70/1991.

Adotaram idêntica conclusão os Ministros **Eros Grau** (que fundamentou seu voto-vista, entretanto, na falta de previsão, legal do fato gerador do tributo, vislumbrando ofensa à legalidade, bem como na falta de dispositivo constitucional que, na redação anterior à EC 20/1998, autorize a incidência de contribuição sobre receita bruta, espécie do gênero "resultado"), **Ricardo Lewandowski**, **Joaquim Barbosa** e **Carlos Britto**.

3. Pedi vista dos autos para melhor exame. E, após detida análise dos fundamentos invocados pelos contribuintes e pelo Fisco, convenci-me plenamente do acerto dos votos até aqui proferidos, que trouxeram a lume diversos pontos de conflito entre a norma questionada e a Constituição Federal, como passo a analisar.

3.1. Em primeiro lugar, salta aos olhos que a contribuição social foi criada de forma teratológica: enxertou-se regra, aplicável exclusivamente às pessoas físicas produtores rurais, sem empregados permanentes (art. 195, § 8º), a **quaisquer** produtores rurais pessoas físicas, inclusive àqueles – e este é o cerne da controvérsia – que lançam mão da colaboração de empregados.

Ora, a contribuição sobre o resultado da comercialização da produção rural do art. 195, § 8º, existe precisamente porque seu destinatário – o produtor rural sem empregados permanentes – não pode, é óbvio, contribuir sobre folha de salários, faturamento ou receita, já que não dispõe de empregados, nem é pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada.

Logo, é imediata a conclusão de que o sujeito passivo objeto pela parte inicial[3] do art. 25 não se enquadra na exceção do art. 195, § 8º, reservada, em caráter exclusivo, ao segurado especial, que recebe proteção constitucional em vista de sua vulnerabilidade socioeconômica.

Não entrando na exceção do art. 195, § 8º, subsume-se o empregador rural pessoa física à regra geral do art. 195, I, que estabelece a contribuição social devida pelo empregador, sobre diferentes bases de cálculo, notadamente a folha de salários – dentre os quais não se encontra, está claro, o "resultado" ou a "receita bruta proveniente da comercialização de sua produção".

---

[3] "Art. 25. A *contribuição da pessoa física* e do segurado especial referidos, respectivamente, na *alínea a do inciso V* e no inciso VII do art. 12 desta lei, destinada à seguridade social, é de:

I – dois por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

II – um décimo por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento de complementação das prestações por acidente de trabalho."

(Redação dada pela Lei 8.540/1992 e alterada por leis subsequentes, como as Leis 9.528/1997 e 10.256/2001.)

Essa razão já bastaria ao reconhecimento da inconstitucionalidade da contribuição social. Há, contudo, outras ofensas à Constituição.

3.2. Aparece evidente, como se disse, a necessidade de lei complementar para válida instituição da figura tributária. É falsa ideia de que seria mera sucessora do Funrural, facilmente modificável por lei ordinária. É que a contribuição sobre a comercialização da produção rural não extrai fundamento de validade do art. 149, nem tampouco das fontes de custeio do art. 195, I.

Em última análise, a legislação impugnada pretendeu aplicar, diretamente, a previsão do art. 195, § 8º, a sujeitos passivos diversos daqueles em relação aos quais a Constituição autorizou a incidência. Sua válida instituição reclamaria, exatamente por isso, lei complementar, nos termos do art. 195, § 4º, já que a contribuição social, tal como instituída, não pode sustentar-se quer no inciso I do art. 195, quer no seu § 8º. Mas não foi o que se deu.

A posição teórica invocada pela recorrida, segundo a qual *faturamento* e *receita bruta* seriam conceitos coextensivos ou assimiláveis, foi categoricamente rechaçada pelo Tribunal por ocasião do julgamento da majoração da base de cálculo de PIS/Cofins.

Não vinga, ademais, a tentativa de equiparação proposta pela Fazenda, de acordo com a qual a contribuição da Lei 8.212/1991 "incide exclusivamente sobre a comercialização da produção rural, ou seja, sobre a receita propriamente dita e nada mais" (fl. 4 dos memoriais). Ainda que, na prática, o universo factualmente submetido à tributação pelo "faturamento" pudesse ser idêntico, em certos casos, ao conjunto de fatos abrangidos pelo critério "resultados" ou "receitas", essa não seria razão juridicamente apta a corrigir a inconstitucionalidade, originária e insanável, da norma, que desbordou dos limites a que se deveria adstringir.

Posto que a extensão de efectualidade da contribuição fosse exatamente a mesma, atingindo grandeza coincidente com o faturamento, a inconstitucionalidade residiria na incompatibilidade entre a definição intensional e o comando do texto supremo. Noutras palavras, embora possa ter o legislador, ao visar ao "resultado", atingido, involuntariamente, algo semelhante a faturamento, a inconstitucionalidade da instituição do tributo não se desvanece.

E, como bem apontou o Ministro **Eros Grau**, a hipótese revela distorção ainda mais grave do que aquela que pretende equiparar faturamento a receita bruta, pois o que se sugere, aqui, é igualar faturamento a *resultado*, conceito mais amplo que o de receita – não obstante a Lei 8.212/1991 tenha empregado, eufemisticamente, o vocábulo "receita bruta" ao instituir a exação, no art. 25, incisos I e II. Impecável, ainda, o argumento de Sua Excelência de que, antes da EC 20/1998, não se poderia instituir contribuição sobre receita, à falta de previsão constitucional.

Mas, suposto se admitisse que o resultado da produção rural fosse faturamento (ou receita), ainda assim a exação seria inconstitucional, porque implicaria *bis in idem* vedado, carente de expressa autorização constitucional. É a lição que se extrai do artigo de **Brito Machado**, transcrito pelo recorrente: "O

faturamento, por seu turno, é gravado pelas contribuições Cofins e PIS, mas isso, também, se deve a expressa disposição constitucional (...). *In casu*, a Lei n. 8.870, de 1994, é diploma de natureza ordinária e não contempla a incumulatividade. É verdade que, apenas para efeito de argumentação, se pode sustentar que a somatória do valor dos produtos rurais implica, afinal de contas, faturamento, referido no art. 195, I, da CF. E por aí da Lei 8.870 teria suporte constitucional. Todavia, a incidência sobre o faturamento, com fulcro no art. 195, I, já existe: é a Cofins." Daí, ainda quando admitida a premissa fazendária, "ter-se-iam duas contribuições com o mesmo fato gerador e a mesma finalidade de custear a seguridade social, em um *bis in idem* que a Constituição não autoriza."

As ideias antes expostas estão bem sintetizadas no parecer do Prof. **Humberto Ávila**:

> A base de cálculo do segurado especial se justifica pelo fato de ele exercer suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, o que torna impossível a cobrança das contribuições sociais sobre as outras bases: não se pode exigir dele a contribuição sobre a folha de salários porque não tem empregados; e não se lhe pode cobrar a contribuição sobre o faturamento e sobre o lucro porque ele tecnicamente não possui nem faturamento nem lucro. Daí ter a CF/88, coerente com o dever constitucional de instituir tratamento equânime entre os contribuintes, previsto regra especial para o segurado especial.
>
> Justamente por isso que os demais contribuintes, dentre os quais o produtor rural pessoa física, que explora a atividade agropecuária com auxílio de empregados, devem contribuir para seguridade social mediante o pagamento de contribuições sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro. Dizendo de outro modo: não é que eles possam pagar sobre essas fontes; eles devem fazê-los, ficando a base de cálculo específica e unificada (resultado da comercialização da produção) reservada ao caso específico do segurado especial que só pode, por questões fáticas, contribuir desse modo.
>
> Isso significa, para o caso ora analisado, que não há autorização para cobrar, dos produtores rurais pessoas físicas, uma nova contribuição social sobre o resultado da comercialização da produção. E incidindo as contribuições do produtor rural pessoa física sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, são essas inconstitucionais. **Mesmo que se pretendesse utilizar o artigo 195, inciso I**, como fundamento para a instituição da nova contribuição, **ela seria, do mesmo modo, inconstitucional**. É que a substituição da contribuição sobre a folha de salários por duas novas contribuições sobre o resultado da comercialização viola o princípio da igualdade, dever de equidade, a proibição de excesso e o dever de coerência sistemática (...).
>
> (Fl. 5.)

3.3. Além disso, sob tal base de cálculo, o empregador rural pessoa física recebe tratamento tributário desfavorável em relação aos contribuintes não rurais, que contribuem apenas sobre as fontes previstas nas alíneas do art. 195, inciso I, o que evidencia ofensa ao princípio da isonomia. Assim, o art. 150, inciso II, da Constituição da República, é atingido gravemente, como o é o art. 194, inciso V, que estabelece a equidade na forma de participação no custeio.

E, pior: o desfecho da **ADI 1.103** (Rel. p/ o ac. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 25-4-1997), torna a situação duplamente iníqua, porque a declaração de inconstitucionalidade da base de cálculo da contribuição dos produtores rurais pessoas jurídicas agroindustriais (art. 25, § 2º, da Lei 8.870/1994, que a definia como o "valor estimado da produção agrícola") restaurou a incidência anterior sobre a folha de salários. Isso inflige tratamento desigual ao produtor rural pessoa física, cuja situação jurídica torna-se desvantajosa tanto em relação aos empregadores urbanos, quanto às agroindústrias.

3.4. Por fim, é forçoso reconhecer que a norma em questão – embora tal defeito não fosse suficiente para lhe caracterizar, por si, a inconstitucionalidade – é contraproducente, porque incentiva o produtor rural a permanecer resignado, provendo à mera subsistência. É inegável que ao produtor pessoa física sem empregados que deseje permanecer como tal, ou que não consiga expandir suas atividades, deve ser assegurado tratamento tributário diferenciado, condizente com sua realidade adversa: aí a razão de ser do art. 195, § 8º.

Advirta-se, contudo, que, se esse produtor tiver ambição, mínima que seja, e desejar progredir, contratando funcionários e gerando empregos, será **punido** pela incidência mais gravosa, porque, além de pagar a contribuição sobre o resultado da produção (instituída, como mostramos, sem apoio na CF), contribuirá *também* sobre a folha de salários e, em exação de questionável constitucionalidade, sobre o faturamento. Cuida-se de genuína armadilha contra a produção e o emprego, que atinge preceitos tão basilares como o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV) e o objetivo fundamental do desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II).

Em suma, tem-se que o legislador tomou de empréstimo base de cálculo reservada, com foros de exclusividade, ao produtor rural pessoa física sem empregados, submetido ao regime de economia familiar, e tencionou estendê-la, sem apoio em nenhuma das fontes previstas na CF, nem observância do procedimento de instituição de contribuições residuais, aos *empregadores rurais pessoas naturais*. Perpetrou, com isso, além das evidentes inconstitucionalidades formais, outras de ordem material, tendo em vista que agrediu os postulados da isonomia e da equidade no custeio e, por arremate, desconsiderou certos princípios fundamentais da República.

4. Diante do exposto, também **dou provimento** ao recurso extraordinário, para afastar a incidência da contribuição social exigida do produtor rural pessoa física sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também acompanho, quer pelo que foi enfatizado no voto do Ministro Relator – a ausência de lei complementar, a questão do Princípio da Legalidade –, mais o que o Ministro Marco Aurélio enfatizou muito em seu voto, agora repetido pelo Ministro Cezar Peluso:

a questão do Princípio da Isonomia, que aqui também estaria frontalmente violado, tal como enfatizado pelos doutos pareceres.

Acompanho, portanto, às inteiras, o eminente Relator.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, no dia de hoje, veio ao Gabinete uma petição da União que – numa premonição, imaginou que este recurso seria realmente provido, como está sendo –, com tintas fortes, em termos de argumentação quanto ao arrecadado, ou ao que poderá deixar de ser, pleiteia – é o que submeto ao Colegiado como Relator – modular-se o pronunciamento do Supremo. Que se dê, neste processo subjetivo, eficácia à Constituição Federal a partir deste julgamento, como se realmente não tivesse sido promulgada de forma rígida em 1988.

Presidente, tenho me pronunciado, até mesmo em processos objetivos, quanto à necessidade de se adotar postura pedagógica, não se estimulando o descumprimento da Carta Magna. Tenho votado no sentido da eficácia da Lei Maior tal como se contém, independentemente da guarda – e se tem a guarda, não a possibilidade de mitigação – atribuída ao Supremo.

Há mais: se formos à parte dispositiva do voto, veremos que concluí, e penso que assim também concluíram os colegas que me acompanharam, no sentido de conhecer e prover o recurso interposto para desobrigar os recorrentes – somente os recorrentes já que o processo é subjetivo, e não objetivo – da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas naturais, que forneçam bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º.

Não posso, a essa altura, dizer, invertendo valores – e a inversão de valores está no momento em voga –, que até aqui prevaleceria a lei inconstitucional e não a Carta Federal, e que esta somente passa a vigorar, com o sentido reconhecido pelo Supremo, a partir desta data. Por isso, adianto ponto de vista no sentido da inadequação da modulação pretendida.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Nós, no caso da Previdência Social, na prescrição previdenciária, fizemos uma modulação de efeitos limitada, entendendo que era possível, sim, fazer essa modulação de efeitos desde que não afetasse os processos. Claro que, como destaca o eminente Relator, a modulação de efeitos no processo subjetivo aqui produziria realmente um resultado talvez quase que manifestamente injusto, porque o recurso extraordinário que provocou a declaração de inconstitucionalidade não se beneficiaria de todo esse esforço. Mas, naquele caso específico, nós limitamos às ações que estavam propostas, não dando ensejo, portanto, à entrada de novas ações. Era aquela questão da

prescrição de dez anos no âmbito da Previdência Social, só para lembrar que já houve um precedente inclusive em matéria tributária.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Até porque, Senhor Presidente, o pagamento desse tributo já foi absorvido e incorporado ao preço cobrado por essas mercadorias. De modo que, estabelecer o Tribunal, nesse momento, a possibilidade de recuperação desses valores, consistiria em admitir um enriquecimento indevido, parece-me.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Só para então deixar claro que já houve em matéria tributária esse tipo de modulação de efeitos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Agora, só um detalhe: é que a modulação tem sido suscitada em situações em que houve a oscilação da jurisprudência no âmbito do Supremo. Aqui, não. Pela primeira vez, estamos a nos pronunciar sobre a matéria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, eu estou dizendo, porque há uma tese corrente que não aceita a modulação de efeitos em matéria tributária. Naquele caso específico, o que nós dissemos foi que as partes, nos processos subjetivos que tivessem arguido se beneficiariam, mas que não era dado aproveitar-se então agora da declaração de inconstitucionalidade para entrar com novas ações.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, considerando a evolução do sistema brasileiro, verifico que, a partir de agora, nós nem sempre teremos, muitos precedentes sobre uma mesma matéria. Deveremos solucionar a matéria de uma só vez. Portanto, esse caso, no qual a matéria pela primeira vez vem ao Plenário, ensejaria, sim, a oportunidade de modulação de efeitos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Agora mais um detalhe: há balizas. Estamos a julgar um conflito de interesse específico. Podemos decidir quanto a interesses jurídicos não versados neste processo, e simplesmente dizer que os cidadãos em geral, as empresas, as pessoas jurídicas, não poderão ingressar em juízo para reclamar devoluções?

Quanto à segurança jurídica, sabemos que há um elemento que a informa – a prescrição – a abranger a repetição do indébito. Então, creio que, no caso, no que se quis preservar a segurança jurídica se preservou, cogitando de prazo para ajuizamento da ação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite também? Com o devido respeito aos votos divergentes, só quero dizer que essa generalização da modulação de efeitos, em matéria tributária, na prática implica, pura e simplesmente, abolição do instituto de repetição do indébito. Se, em todos os casos de decisão de inconstitucionalidade, em matéria tributária, o Tribunal dispuser que só valerá dali para a frente, a repetição de indébito tributário e a prescrição já não servirão para mais nada!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu tenho duas ponderações a fazer. Nós temos sido extremamente rigorosos no que tange a essa

modulação quando se trata do contribuinte. Recentemente, em duas situações, na relativa ao IPI, alíquota zero, e na questão do IPI, crédito prêmio, em que houve uma clara oscilação da jurisprudência, não obstante esse Plenário se recusou a fazer a modulação pleiteada pelos advogados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Profissionais liberais.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Parece-me que agora, em favor da Fazenda, vamos modular.

E há um segundo aspecto: o instrumento utilizado não é apropriado. Nós temos discutido, inclusive, se os embargos declaratórios constituem a via apropriada e temos dito que não. Ou a modulação é pedida na inicial, ou então, não é mais possível fazê-lo. O Plenário tem oscilado. E aqui trata-se de uma mera petição que ingressou no gabinete do eminente Relator.

Então, Senhor Presidente, com todo respeito por eventuais opiniões divergentes, eu já me posiciono contra a modulação.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, também eu, louvando o trabalho da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Advocacia Pública Federal nesta tentativa, não entendo ser ela cabível. O Tribunal, ao dar provimento ao recurso extraordinário, declarou essa norma inconstitucional e, evidentemente, isso vai gerar, e gera, direitos: aqueles que foram à Justiça e aqueles que eventualmente pretendam ir à Justiça futuramente.

Não vejo como determinar a modulação dos efeitos a fim de impedir que as pessoas busquem um direito reconhecido pela mais alta Corte do país.

Então, nesse sentido, acompanho o eminente Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Também, Presidente. Faço apenas uma observação nessa matéria.

Primeiro, a Constituição, como lembrou o Ministro Marco Aurélio, aliás, de maneira muito firme tem repetido aqui que essa é uma Constituição rígida que, uma vez que afrontada, tendo sido afrontada, e, a não ser em situações excepcionalíssimas, em que a execução do que nós decidimos gere mais problemas sociais, principalmente, não econômicos ou financeiros, mas sociais, que realmente poderiam ensejar uma prática dessa natureza em caráter excepcionalíssimo, nós temos de manter até o que é pedagógico para os órgãos do Estado. Não se pode afrontar a Constituição, nem nós aqui, que nos submetemos à Constituição, nem o Congresso Nacional, nem o Poder Executivo. Errou, eu pago na minha vida pessoal e o Estado paga também quando ele erra. Então, não se pode fazer realmente disso uma prática comum.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E é reduzidíssimo o universo dos produtores rurais e empregados.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acompanho inteiramente o Relator. Realmente acho que não é o caso. Acompanho-o no sentido de adotar-se exatamente o que está decidido; é para ser executado. O Supremo Tribunal decidiu, acabou.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Também encontro uma grande dificuldade em juntar modulação de efeitos em um recurso extraordinário, porque possibilita entrar com uma reclamação. Amanhã alguém poderá entrar com uma reclamação aqui no Supremo dizendo que a decisão tomada no RE 363.852 não obriga apenas as partes do processo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É que cada vez mais o recurso extraordinário se torna um processo de índole objetiva. Talvez Vossa Excelência possa, e nós já admitimos essa possibilidade inclusive em *habeas corpus* – o caso da progressão de regime –, mas bastará simplesmente recusar a possibilidade da modulação de efeitos sem dizer que ela não cabe no recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vossa Excelência perdoe a minha enorme franqueza. Nós continuamos sempre praticando o hábito de não deixar que o outro termine a frase. Eu ia encaminhar o meu raciocínio, dizendo que o meu raciocínio é sempre não primário, mas muito cuidadoso e acabar chegando a essa...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas Vossa Excelência chega.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas está sendo difícil, ultimamente, porque nós não deixamos o outro terminar a frase. Vamos ser mais serenos, isso com todo o afeto e carinho que tenho por todos os meus Colegas. Mas como sou o mais idoso, acho que eu...

Vossa Excelência disse o que eu ia dizer no final de tudo. Acompanho o voto do Relator, serenamente.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também tenho admitido a modulação de efeitos temporais das nossas decisões em processo de índole subjetiva, mas, diante de casos especiais, de segurança jurídica, de relevantíssimo interesse social. Nesse caso não vejo motivo relevante o bastante para justificar a modulação pretendida pela União.

Acompanho o eminente Relator e indefiro o pedido da modulação.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, peço vênia a todos os Colegas, já que ficarei na posição do Ministro Marco Aurélio – vencida sozinha –, mas eu daria, sim, modulação, nesse caso.

E daria, Senhor Presidente, porque entendo que o Tribunal ao fazer uma manifestação como a de hoje e não estabelecer limites, ele está indo na contramão de toda a reforma do Poder Judiciário, está incentivando a criação de milhares de novos processos em primeiro grau.

Encontro, ainda, uma outra dificuldade com relação à matéria de fundo. É que evidentemente esse valor recolhido a título de Finsocial já foi incorporado ao preço pelo qual se venderam as mercadorias, de modo que constituirá, no meu entendimento, enriquecimento indevido a restituição deste tributo.

É este o teor do meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também, no caso, acompanho o entendimento aqui formado.

Há o *quorum* especial que temos aplicado, o do art. 27, já de dois terços; logo, no sentido da modulação não se forma maioria para esses entendimentos. Queria ressalvar que nós, em matéria tributária, já fizemos a modulação de efeitos naquele precedente, também em recurso extraordinário, naquele caso dos créditos da Previdência Social, em que a prescrição decenal foi reconhecida como inconstitucional por violar as regras de lei, também aqui de lei complementar.

Quero ressaltar que a minha opinião coincide com a do Ministro Eros Grau, no que concerne à tendência de objetivação do recurso extraordinário, especialmente agora nessa fase da repercussão geral, porque estamos a selecionar casos que de fato acabam tendo, se não um efeito vinculante efetivo, um efeito vinculante virtual.

EXTRATO DA ATA

RE 363.852/MG — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Frigorífico Mataboi S.A. (Advogados: Hélio Gomes Pereira da Silva, Paulo Costa Leite, Carlos Augusto Sobral Rolemberg). Recorrida: União (Advogado: Procurador-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a "receita bruta proveniente da comercialização da produção rural" de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, que

deu nova redação aos arts. 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/1991, com a redação atualizada até a Lei 9.528/1997, até que legislação nova, arrimada na EC 20/1998, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência. Em seguida, o Relator apresentou petição da União no sentido de modular os efeitos da decisão, que foi rejeitada por maioria, vencida a Ministra Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa, com voto proferido na assentada anterior.

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

Brasília, 3 de fevereiro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 497.350 — CE

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Agravante: Estado do Ceará — Agravada: Maria Helena Gomes de Souza

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Prova física. Remarcação. Candidata submetida à cirurgia cesariana dias antes da data marcada para o exame. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Configuração de situação que recomenda o adiamento para que seja observado o princípio da isonomia. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito.

Brasília, 26 de maio de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Em 19 de setembro de 2007, neguei seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado do Ceará contra julgado do Tribunal de Justiça daquele Estado, o qual manteve sentença que concedera a segurança para remarcar a data do exame físico de candidata a concurso público submetida à cirurgia cesariana dias antes da data marcada para o exame. A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

> (...) No caso presente, não se tem como ofendido o princípio da isonomia, que, conforme assente na doutrina, consiste justamente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.
>
> A condição de gestante da recorrida é fato inconteste, e, sem ter formação médica, a todos é unânime o entendimento quanto à impossibilidade de que fossem exigidos exames físicos, marcados para 2-5-1999, tendo ela se submetido à cirurgia cesariana em 22-4-1999 (fls. 2-3).
>
> Situação similar à presente já foi examinada por este Supremo Tribunal Federal:
>
> "*Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Prequestionamento. Existência. Concurso público. Prova de aptidão física. Candidata submetida a parto oito dias antes. Nova data. Designação. Possibilidade*. 1. A oposição de embargos declaratórios visando à manifestação do Tribunal *a quo* sobre matéria anteriormente suscitada atende ao requisito do

prequestionamento, ainda que persista a omissão. 2. Permitir que a agravada realize o teste físico em data posterior não afronta o princípio da isonomia nem consubstancia qualquer espécie de privilégio. A própria situação peculiar na qual a agravada se encontrava requeria, por si só, tratamento diferenciado. Nego provimento ao agravo regimental." (RE 376.607-AgR/DF, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJ* de 5-5-2006.)

Nesse sentido:

"*Concurso público – Prova de esforço físico – Força maior – Refazimento – Princípio isonômico*. Longe fica de implicar ofensa ao princípio isonômico decisão em que se reconhece, na via do mandado de segurança, o direito de o candidato refazer a prova de esforço, em face de motivo de força maior que lhe alcançou a higidez física no dia designado, dela participando sem as condições normais de saúde." (RE 179.500, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 15-10-1999.)

5. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da parte recorrente.

6. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, e art. 21, § 1º, do RISTF).

(Fls. 127-128.)

2. Publicada essa decisão no *DJ* de 4-10-2007 (fl. 129), interpõe o Estado do Ceará, ora agravante, em 9-10-2007, tempestivamente, agravo regimental (fls. 131-135; 137-141).

3. Alega o agravante que "o atendimento ao pleito da agravada, além de implicar em ofensa à legalidade, ferindo o art. 37, incisos I e II, da CF, porquanto alterado regulamento do concurso inicialmente posto, que não permite a renovação de fase do certame, também significará indevida interferência judicial na organização do concurso, em desprestígio à Separação dos Poderes" (fl. 139).

Argumenta, ainda, que "a nova oportunidade conferida judicialmente resultará em tratamento diferenciado, fulminando a isonomia entre os concorrentes (art. 5º, *caput*, CF), já que todos os candidatos, indistintamente, foram avaliados rigorosamente dentro dos critérios e datas previamente estabelecidas no edital" (fl. 139).

Requer a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Razão jurídica não assiste ao agravante.

2. O Tribunal de origem manteve a sentença que concedera segurança para que fosse determinada nova data para prova física em concurso público, nos termos seguintes:

(...) A realização das provas, nas condições em que a impetrante se encontrava [havia sido submetida à cirurgia cesariana em data próxima da marcada para a prova física], de certo causaria um desequilíbrio de igualdade entre ela e os outros

candidatos, pois a aferição da capacidade física deve ser tomada a partir de um estado físico e mental normais, ou seja, todos os concorrentes serão avaliados pelo desempenho físico no mesmo grau de igualdade, assegurando aos participantes que todas as provas terão o mesmo grau de dificuldade, inerente tão somente aos limites mínimos exigidos no Edital, sem influências de condições alheias à vontade das partes.

(...)

A jurisprudência dos tribunais tem adotado um certo grau de flexibilidade no edital, quanto ao aspecto da não previsibilidade de evento imprevisível que possa afastar o candidato da realização do exame físico.

(Fls. 80-81.)

3. Como assentado na decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de ser possível a remarcação da prova física em concurso público, quando configurada situação que recomende o adiamento a fim de que seja observado o princípio da isonomia. Nesse sentido:

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Prequestionamento. Existência. Concurso público. Prova de aptidão física. Candidata submetida a parto oito dias antes. Nova data. Designação. Possibilidade. 1. A oposição de embargos declaratórios visando à manifestação do Tribunal *a quo* sobre matéria anteriormente suscitada atende ao requisito do prequestionamento, ainda que persista a omissão. 2. Permitir que a agravada realize o teste físico em data posterior não afronta o princípio da isonomia nem consubstancia qualquer espécie de privilégio. A própria situação peculiar na qual a agravada se encontrava requeria, por si só, tratamento diferenciado. Nego provimento ao agravo regimental.

(RE 376.607-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJ* de 5-5-2006.)

E:

Concurso público – Prova de esforço físico – Força maior – Refazimento – Princípio isonômico. Longe fica de implicar ofensa ao princípio isonômico decisão em que se reconhece, na via do mandado de segurança, o direito de o candidato refazer a prova de esforço, em face de motivo de força maior que lhe alcançou a higidez física no dia designado, dela participando sem as condições normais de saúde.

(RE 179.500, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 15-10-1999.)

4. Os fundamentos do agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

5. Pelo exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.

EXTRATO DA ATA

RE 497.350-AgR/CE — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Agravante: Estado do Ceará (Advogado: PGE/CE – João Renato Banhos Cordeiro). Agravada: Maria Helena Gomes de Souza (Advogado: Raimundo Arisnaldo Maia Freire).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Almeida de Oliveira.

Brasília, 26 de maio de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 518.325 — RS

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Agravante: Município de São Leopoldo — Agravado: Estado do Rio Grande do Sul

Processual civil. Agravo regimental. Constitucional. Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, *a*, da Constituição. Contribuinte de fato. Inaplicablidade.

A imunidade tributária recíproca não se aplica ao ente público quando este é simples adquirente de produto, serviço ou operação onerosa realizada com intuito lucrativo ("contribuinte de fato").

Pretensão do Município de exonerar as operações de compra de mercadorias e prestação de serviços do pagamento de ICMS realizadas em território nacional, por equipará-las à "importação doméstica".

Os precedentes firmados em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) não se aplicam ao contribuinte de fato.

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 do 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: Trata-se de agravo regimental interposto da seguinte decisão:

> *Decisão*: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição) interposto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual dispensou o Município de São Leopoldo de recolher ICMS nas suas importações, em atenção à Súmula 660 do STF, mas não nas aquisições no mercado interno, tendo em vista que nesse caso ele não é contribuinte do imposto, mas mero usuário ou consumidor das mercadorias adquiridas.

Sustenta-se a violação do art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal. Pleiteia o reconhecimento do direito de não pagar ICMS nas **aquisições** no mercado interno, de bens, mercadorias, equipamentos e serviços que irão se incorporar ao patrimônio municipal, ou que servirão para a consecução dos serviços públicos de sua competência, em face da imunidade recíproca.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da Carta Magna somente se aplica aos impostos incidentes sobre a renda, os serviços ou o patrimônio dos entes federados e nas hipóteses em que tais entidades são sujeitos passivos da exação. A circunstância de a carga tributária ser repassada ao adquirente de mercadoria ou de serviço (efeito translativo ou de "repercussão do ônus fiscal") não altera a sujeição passiva, de modo a tornar o chamado "contribuinte de fato" em "contribuinte de direito".

Esse é o entendimento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal:

"*Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. Fornecimento de energia elétrica para iluminação pública. ICMS. Imunidade invocada pelo Município. Impossibilidade*. 2. A jurisprudência do Supremo firmou-se no sentido de que a imunidade de que trata o art. 150, VI, *a*, da CB/1988, somente se aplica a imposto incidente sobre serviço, patrimônio ou renda do próprio Município. 3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o Município não é contribuinte de direito do ICMS, descabendo confundi-lo com a figura do contribuinte de fato e a imunidade recíproca não beneficia o contribuinte de fato. Agravo regimental a que se nega provimento."

(**AI 671.412-AgR/SP**, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 25-4-2008);

"*Ementa: Constitucional. Tributário. Análise de legislação ordinária. Ofensa indireta à Constituição. ICMS. Município. Contribuinte de fato. Imunidade tributária recíproca. Inaplicável. Agravo improvido*. I – O acórdão recorrido decidiu a questão com base na legislação ordinária e na jurisprudência do STJ. A ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II – A imunidade de que trata o art. 150, VI, *a*, da Constituição somente se aplica ao imposto incidente sobre serviço, patrimônio ou renda. III – Como não é contribuinte de direito do ICMS relativo a serviços de energia elétrica e telefonia, o Município não é beneficiário da imunidade prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição. Precedentes. IV – Agravo regimental improvido."

(**AI 634.050-AgR/SC**, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 14-8-2009).

Confiram-se, ainda, o **RE 78.623** (Rel. Min. *Antonio Neder*, *Segunda Turma*, *DJ* de 23-8-1974) PP-***** *RTJ* Vol-00076-03 PP-00806); o **RE 71.300** (Rel. Min. *Adalicio Nogueira*, *Segunda Turma*, *DJ* de 30-4-1971) e o **RE 69.117** (Rel. Min. *Rodrigues Alckmin*, *Primeira Turma*, *DJ* de 10-12-1972 PP-*****).

Dessa orientação **não** divergiu o acórdão recorrido.

Do exposto, com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Publique-se.

Brasília, 22 de outubro de 2009.

Ministro **Joaquim Barbosa**

Relator.

O Município agravante sustenta a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca ao contribuinte de fato e roga o mesmo tratamento concedido à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Sem razão o Município agravante.

O art. 150, § 3º, da Constituição tem a seguinte redação:

> 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 (art. 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.

---

[1] Isto é, a salvaguarda do pacto federativo e a expressão do princípio da capacidade contributiva.

Essa proibição foi expressamente positivada nos arts. 150, § 3º e § 4º, e 173, § 2º, da Constituição de 1988.

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[2] e *South Carolina v. Baker,* 485 US 505 1987).

De fato, como ponderou a Segunda Turma desta Corte em precedente de minha relatoria, a imunidade tributária nem sequer protege o ente imune, quando o tributo for devido por terceiro particular, ainda que cobrado da primeira entidade, por força do mecanismo da substituição tributária (RE 202.987, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJE* de 25-9-2009).

No caso em exame, a tributação dos provedores de mercadorias e serviços ao Município não tem o potencial para desestabilizar o equilíbrio federativo e tampouco versa sobre operação que não se revela signo presuntivo de riqueza. Como apontado anteriormente, a função da imunidade tributária não é permitir ao ente federado, pura e simplesmente, contratar serviços particulares onerosos a preços inferiores aos praticados pelo mercado em geral.

Por outro lado, nenhum dos precedentes invocados aplica-se ao quadro conforme entende o Município agravante, pois os polos estão invertidos: reconhecer a imunidade da ECT quando presta seus serviços não implica reconhecer a imunidade do ente público quando ele adquire bens em operações onerosas e que tem por objetivo o lucro.

Ante o exposto, **nego seguimento ao agravo regimental**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AI 518.325-AgR/RS — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Agravante: Município de São Leopoldo (Advogados: Renato Lauri Breunig e outros). Agravado: Estado do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul).

---

[2] 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."*

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.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 543.943 — PR

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Município de Dr. Ulysses — Agravado: Consórcio ICA/CPC/ETESCO

Recurso extraordinário – Gasoduto Brasil-Bolívia – Isenção de tributo municipal (ISS) concedida pela República Federativa do Brasil mediante acordo bilateral celebrado com a República da Bolívia – A questão da isenção de tributos estaduais e/ou municipais outorgada pelo Estado Federal brasileiro em sede de convenção ou tratado internacional – Possibilidade constitucional – Distinção necessária que se impõe, para esse efeito, entre o Estado Federal brasileiro (expressão institucional da comunidade jurídica total), que detém "o monopólio da personalidade internacional", e a União, pessoa jurídica de direito público interno (que se qualifica, nessa condição, como simples comunidade parcial de caráter central) – Não incidência, em tal hipótese, da vedação estabelecida no art. 151, III, da Constituição Federal, cuja aplicabilidade restringe-se, tão somente, à União, na condição de pessoa jurídica de direito público interno – Recurso de agravo improvido.

– A cláusula de vedação inscrita no art. 151, III, da Constituição – que proíbe a concessão de isenções tributárias heterônomas – é inoponível ao Estado Federal brasileiro (vale dizer, à República Federativa do Brasil), incidindo, unicamente, no plano das relações institucionais domésticas que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público interno. Doutrina. Precedentes.

– Nada impede, portanto, que o Estado Federal brasileiro celebre tratados internacionais que veiculem cláusulas de exoneração tributária em matéria de tributos locais (como o ISS, p. ex.), pois a República Federativa do Brasil, ao exercer o seu *treaty-making power*, estará praticando ato legítimo que se inclui na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica de direito internacional público, que detém – em face das unidades meramente federadas – o monopólio da soberania e da personalidade internacional.

– Considerações em torno da natureza político-jurídica do Estado Federal. Complexidade estrutural do modelo federativo. Coexistência, nele, de comunidades jurídicas parciais rigorosamente parificadas e coordenadas entre si, porém subordinadas, constitucionalmente, a uma ordem jurídica total. Doutrina.

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 agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 30 de novembro de 2010 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de "*agravo regimental*" interposto **contra** decisão (fls. 519/525), **que**, **ao negar provimento** ao recurso extraordinário **deduzido** pelo Município ora recorrente (fls. 379/396), **confirmou** julgamento **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná **e que está assim ementado** (fl. 263):

> ***REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – ABSTENÇÃO DE ATO PARA COBRANÇA DO ISS – GASODUTO BRASIL-BOLÍVIA – ISENÇÃO TRIBUTÁRIA EM FACE DA REALIZAÇÃO DO ACORDO INTERNACIONAL RATIFICADO PELO CONGRESSO NACIONAL*** *(DEC. N.º 2142/97 E DEC. LEI N.º 128/96) –* ***NORMA TRIBUTÁRIA INTERNA – COMPETÊNCIA DOS ENTES POLÍTICOS EM EDITAR LEIS ESPECÍFICAS DE ISENÇÃO, ENQUANTO VIGORAR O ACORDO – ART. 98 CTN – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO****.*
>
> ***1. Os tratados e as convenções internacionais*** *ratificados pelo Congresso Nacional passam a ser também normas de direito interno e podem revogar ou modificar a legislação tributária interna.*
>
> ***2. "'Não há discricionariedade*** *do poder público municipal em conceder ou não a isenção nos moldes preconizados no acordo tributário internacional firmado entre o governo federal e o governo da Bolívia, pelo que se impõe em reconhecer como nulo o lançamento efetuado em contrariedade ao definido no Decreto nº 2.142/1997, a rigor do artigo 98 do Código Tributário Nacional".*
>
> (**Grifei**.)

Inconformada com esse ato decisório, a parte sucumbente **interpõe** o presente recurso (fls. 542/554), **postulando** o conhecimento **e** o provimento do apelo extremo em questão.

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, **o presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Não assiste razão** à parte recorrente, **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, **não vislumbro**, *tal como ressaltei* na decisão ora agravada, **qualquer** eiva de inconstitucionalidade **na outorga** de isenção de tributo municipal (**ISS**, no caso) **prevista no Acordo bilateral** que a República Federativa do Brasil **celebrou** com a República da Bolívia para fins de "*Isenção de Impostos Relativos à Implementação do Projeto do Gasoduto Brasil-Bolívia*".

É preciso enfatizar, presente o contexto ora em exame, que o preceito normativo **inscrito** no art. 151, III, **da vigente** Constituição **há de ser interpretado** *na perspectiva* **do modelo institucional** que caracteriza o Estado Federal brasileiro.

Todos sabemos que a Constituição da República **proclama**, na complexa estrutura política **que dá configuração** ao modelo federal de Estado, **a coexistência** de comunidades jurídicas **responsáveis pela pluralização** de ordens normativas próprias **que se distribuem** segundo critérios de discriminação material de competências fixadas pelo texto constitucional.

O relacionamento normativo entre essas instâncias de poder – União, Estados-membros, Distrito Federal **e** Municípios – **encontra fundamento** na Constituição da República, **que representa**, no contexto político-institucional do Estado brasileiro, **a expressão formal** do pacto federal, **consoante ressaltam**, em **autorizado** magistério, **eminentes** doutrinadores (PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1/374, 1989, Saraiva; MICHEL TEMER, "**Elementos de Direito Constitucional**", p. 55/59, 5. ed., 1989, RT; CELSO RIBEIRO BASTOS/IVES GANDRA MARTINS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 1/216-221, 1988, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. I/131, item n. 38, 1989, Forense Universitária).

O estatuto constitucional, **em que reside** a matriz do pacto federal, **estabelece**, entre a União **e** as pessoas políticas locais, **uma delicada** relação de equilíbrio, **consolidada** num sistema de discriminação de competências estatais, **de que resultam** – **considerada** a complexidade estrutural do modelo federativo – **ordens jurídicas parciais e coordenadas** entre si, **subordinadas à comunidade total**, **que é o próprio Estado Federal** (cf. HANS KELSEN, **comentado** por O. A. BANDEIRA DE MELLO, "**Natureza Jurídica do Estado Federal**", "*apud*" GERALDO ATALIBA, "**Estudos e Pareceres de Direito Tributário**", vol. 3/24-25, 1980, RT).

Na realidade, **há uma relação de coalescência**, na Federação, **entre** uma ordem jurídica total (**que emana** do próprio Estado Federal, **enquanto** comunidade jurídica total, **e que se expressa**, formalmente, **nas leis nacionais**) **e uma pluralidade** de ordens jurídicas parciais, **que resultam** da União Federal, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nesse contexto, as comunidades jurídicas **parciais** são responsáveis pela instauração de ordens normativas *igualmente parciais*, **sendo algumas de**

natureza central, imputáveis, nessa hipótese, **à União** (enquanto pessoa política de caráter central **e** interno) **e outras de natureza regional** (Estados-membros/Distrito Federal) **ou de caráter local** (Municípios), **enquanto** comunidades **periféricas** revestidas de autonomia institucional.

Cabe advertir, portanto, **que o Estado Federal brasileiro – expressão institucional** da comunidade jurídica total, **que detém** "*o monopólio da personalidade internacional*" (PAULO BONAVIDES, "**Ciência Política**", p. 197, item n. 3.1, 14. ed., 2007, Malheiros) – **não se confunde com a União**, *pessoa jurídica de direito público interno*, **que se qualifica**, nessa condição, como simples ordem **ou** comunidade meramente central, **tal como assinala**, em preciso magistério, o saudoso e eminente VICTOR NUNES LEAL ("**Problemas de Direito Público**", p. 160/161, item n. 1, 1960, Forense):

> *Com aquela corrente se harmoniza* ***a concepção*** *de KELSEN,* ***segundo a qual****, nas federações,* ***existe*** *uma ordem jurídica "total",* ***acima*** *das ordens jurídicas central* ***e*** *estadual,* ***as quais serão****, em face da primeira,* ***ordens jurídicas "parciais"****. "As normas centrais –* ***diz ele*** *– formam uma ordem jurídica central, pela qual se acha constituída uma comunidade jurídica parcial, compreendendo todos os indivíduos que residem em todo o território do Estado Federal.* ***Essa comunidade parcial****, constituída pela ordem jurídica central,* ***chama-se*** *"****União****". Ela é* ***parte*** *do Estado Federal total,* ***no sentido*** *em que a ordem jurídica central* ***é parte*** *da ordem jurídica total do Estado Federal. As normas locais, válidas apenas para determinadas partes do território inteiro, formam ordens jurídicas locais, pelas quais se acham constituídas comunidades jurídicas parciais.* ***Cada comunidade jurídica parcial*** *compreende os indivíduos que residem num desses territórios parciais.* ***Essas comunidades jurídicas parciais*** *são os "Estados-membros".* ***Cada indivíduo*** *pertence, assim, simultaneamente, a um Estado-membro e à União.* ***O Estado Federal, ou a comunidade jurídica total, consiste assim da União****, que é uma comunidade jurídica central,* ***como dos Estados-membros****, que são várias comunidades jurídicas locais.* ***A doutrina tradicional erroneamente identifica a União com o Estado Federal total****. Cada uma das comunidades parciais, tanto a União como os Estados-membros, baseia-se na sua própria constituição – a constituição da União e a constituição do Estado-membro. Todavia, a constituição da União, chamada "Constituição Federal", é, ao mesmo tempo, a constituição do Estado Federal total".*
>
> (**Grifei**.)

Estabelecidas tais premissas, **torna-se possível constatar** que a vedação constitucional em causa, **fundada** no art. 151, III, da Constituição, **incide**, *unicamente*, sobre a União Federal, **enquanto** pessoa jurídica de direito público **interno**, responsável, *nessa específica condição*, pela instauração de uma ordem normativa autônoma **meramente** parcial, **inconfundível** com a posição institucional **de soberania** do Estado Federal brasileiro, **que ostenta**, *este sim*, **a qualidade** de sujeito de direito internacional público **e que constitui**, no plano de nossa organização política, **a expressão mesma** de uma comunidade jurídica global, **investida** do poder de gerar uma ordem normativa de dimensão nacio-

nal **e** total, **essencialmente diversa**, em autoridade, eficácia e aplicabilidade, **daquela** que se consubstancia nas leis e atos de caráter **simplesmente** federal.

Sob tal perspectiva, **nada impede** que o Estado Federal brasileiro **celebre tratados internacionais** que veiculem cláusulas de exoneração tributária **em matéria** de tributos locais (**como** o ISS, *p. ex.*), **pois** a República Federativa do Brasil, ao exercer o seu *treaty-making power*, estará **praticando** ato legítimo **que se inclui** na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica **de direito internacional público**, que detém – **em face** das unidades meramente federadas – **o monopólio** da soberania **e** da personalidade internacional.

Na realidade, **a cláusula de vedação** inscrita no art. 151, **III**, da Constituição – que proíbe a concessão de isenções tributárias *heterônomas* – **é inoponível** ao Estado Federal brasileiro (**vale dizer**, à República Federativa do Brasil), **incidindo**, *unicamente*, **no plano** das relações institucionais **domésticas** que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público **interno**.

Por isso mesmo, **entendo** que se revela **possível**, à República Federativa do Brasil, **em sua qualidade** de sujeito de direito internacional público, **conceder isenção**, em matéria de ISS, **mediante** tratado internacional, **sem que**, *ao assim proceder*, **incida em transgressão** ao que dispõe o art. 151, III, da Constituição, **pois** tal regra constitucional – *insista-se* – **destina-se**, em sua eficácia vedatória, a vincular, *unicamente*, a União, **considerada**, *para esse fim*, em sua condição institucional de entidade de direito público **interno**, **o que permite situá-la** no **mesmo** plano das **demais** comunidades jurídicas **parciais**, de dimensão *meramente* regional e local, **como o são** os Estados-membros e os Municípios.

Cabe referir, neste ponto, **a valiosa** lição expendida por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES ("**Isenções em Tratados Internacionais de Impostos dos Estados-membros e Municípios**", "*in*" "Direito Tributário – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba", vol. 1/166-178, **176-177**, item n. 5, 1997, Malheiros), **que assim se pronuncia** a respeito do **regime constitucional das isenções decorrentes de tratados internacionais**:

> ***5.1 A União** é uma pessoa jurídica de direito público interno. **Por isso** o exercício de sua competência, no direito interno, pode ser contrastado com o da competência estadual e municipal, dado que são ordens jurídicas parciais, como visto. **Daí a proibição de instituir a União isenções** de impostos estaduais e municipais. **Não se deve confundir a República Federativa do Brasil com uma entidade que a integra – a União, que não é sujeito de direito internacional**. Muito menos os Estados-membros e Municípios. Nenhum desses é em si mesmo dotado de personalidade internacional.*
>
> ***5.2 Constitui**, porém, **equívoco** elementar transportar os critérios constitucionais de repartição das competências para o plano das relações interestatais. Essas reclamam paradigma diverso de análise. **Nesse campo**, como já o fizera dantes com as leis **nacionais**, a CF dá à União competência para vincular o Estado brasileiro em nome dela e também dos Estados-membros e Municípios. **A procedência** dessa ponderação é corroborada pelo art. 5º, § 2º, da CF, **in fine**, ao referir expressamente os "tratados internacionais em que a República Federativa do*

*Brasil (**sic: não a União Federal**) é parte". São, pois, áreas diversas e autônomas de vinculação jurídica.*

(...)

*(...) Que um agente ou órgão da União, o Presidente da República ou Ministro de Estado, subscreva um tratado não significa que os Estados e Municípios estejam pré-excluídos dos vínculos decorrentes da sua celebração. Precisamente o contrário é o que ocorre na hipótese, como a CF, art. 5º, § 2º, **in fine**, deixa claro. Insiste-se: é a República Federativa do Brasil (CF, arts. 1º e 18) que celebra o tratado e é por ele vinculada, e, portanto, também os Estados-membros e Municípios, e não apenas a União. A esse ato interestatal, o Presidente da República comparece, não como Chefe do Governo Federal, mas como Chefe de Estado.*

(**Grifei**.)

Essa **mesma** orientação **é perfilhada** por SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO ("**Curso de Direito Tributário Brasileiro**", p. 550/551, item n. 11.11, 6. ed., 2001, Forense), **cujo magistério –** *lúcido e irrepreensível* – **reconhece a possibilidade constitucional** de tratado internacional, **celebrado** pela República Federativa do Brasil, **obrigar** Estados-membros **e** Municípios, **notadamente** em matéria tributária:

***A proibição** de isenção heterônoma **na ordem interna não deve** ser utilizada como argumento **para impedir que a República Federativa do Brasil** disponha sobre o regime tributário de bens e serviços tributados **pelo ICMS e ISS** em encerros **de tratado internacional**. De tudo quanto vimos, sobraram as **seguintes** conclusões:*

***A**) a Constituição **reconhece** o tratado como fonte de direitos;*

***B**) **o tratado**, assinado pelo Presidente ou Ministro plenipotenciário e autorizado pelo Congresso, **empenha** a vontade **de todos** os brasileiros, **independentemente** do Estado em que residam;*

***C**) o CTN assegura a **prevalência** do tratado **sobre** as legislações da União, dos Estados e Municípios;*

***D**) a **proibição** de isenção heterônoma **é restrição** à competência tributária exonerativa da União **como ordem jurídica parcial**, e não como pessoa jurídica de Direito Público **externo**. Procurou-se evitar a hipertrofia da União, e não a representação da Nação na ordem internacional;*

***E**) o interesse nacional **sobreleva** os interesses estaduais e municipais **e orienta** a exegese dos tratados;*

***F**) **a competência da União** para celebrar tratados em nome e no interesse da República Federativa do Brasil **não fere** a teoria do federalismo (se é que existe, ante as diversidades históricas das federações), **nem arranha** o federalismo arrumado na Constituição do Brasil de 1988;*

***G**) o federalismo brasileiro é concentracionário, depositando na União a condução dos princípios políticos de coordenação com os demais países.*

(...)

***O federalismo brasileiro** é tal que centraliza na União a condução das políticas mais importantes, mormente no plano externo. Quem tem os fins deve ter os meios. No âmbito da Organização Internacional do Comércio ou do Mercosul, a previsão, em tratado multilateral, de isenção de produto ou serviço, vale*

juridicamente. ***Caso contrário, seria a inabilitação da União para as políticas de harmonização tributária****, justamente ele que detém a* ***representação*** *da República Federativa do Brasil,* ***embora sejam o ICMS e o ISS*** *impostos de competência estadual e municipal.*
(**Grifei.**)

Vale referir, *finalmente*, **a manifestação** da parte agravada **que bem rejeitou** a postulação recursal **deduzida** pelo Município ora agravante (fls. 562/565):

Além dos fundamentos já analisados e rejeitados *pelo Ilustre Ministro Relator,* ***a Agravante alega****, em síntese que:*

i) esta é a primeira ação *que versa sobre a isenção aos Consórcios que construíram o Gasoduto Brasil-Bolívia que está sendo decidida por esse Egr. STF (fl. 531);*

ii) a isenção instituída *pelo Tratado Brasil-Bolívia* ***só se justificaria*** *em caso de comércio internacional, onde o similar nacional é beneficiado por algum tipo de isenção no exterior (fl. 539), o que não é o caso em apreço, sendo inaplicável à espécie o precedente jurisprudencial que encontra origem na ADI 1.600/DF;*

iii) os funcionários da Agravada *utilizaram-se dos serviços públicos do Município por mais de 2 (dois) anos sem que recolhessem qualquer valor aos cofres públicos, obrigando que a população (quase toda de baixa renda), arcasse com todos os custos dos serviços públicos demandados pelo Consórcio (fl. 531);*

Entretanto, os argumentos trazidos pela Agravante não merecem acolhida*.* ***Inicialmente****,* ***tem-se que o Plenário*** *desse Egrégio Supremo Tribunal Federal,* ***por meio do julgamento*** *do Recurso Extraordinário nº 229.096/RS,* ***já reconheceu*** *a possibilidade da União* ***conceder*** *isenção de tributos estaduais* ***e*** *municipais* ***por meio*** *de Tratado Internacional:*

EMENTA: ***DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.***

1. A isenção de tributos estaduais *prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988.*

2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional *"possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios" (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão).*

3. No direito internacional *apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe*

de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inciso III, da Constituição.

***4. Recurso extraordinário conhecido e provido**.*

***No caso específico de isenção** concedida para a construção do Gasoduto Brasil-Bolívia, essa Colenda Corte possui, inclusive, decisão transitada em julgado proferida nos autos do RE 543.092/SC, no sentido da constitucionalidade da referida isenção.*

***Ademais**, **tanto os julgados** mencionados acima, **como a ADI 1.600/DF**, **analisaram de forma geral a aplicação da vedação** constante no artigo 151, **inciso** III, da Constituição Federal de 1988, **sendo descabida a alegação** que tal entendimento somente se aplica aos casos de comércio exterior, onde existe produto nacional similar que recebe, também, o benefício fiscal.*

***Verifica-se pela análise** dos citados precedentes, **que a vedação** à concessão de isenções heterônomas, **contida** no artigo 151, inciso III, da CF/88, **aplica-se**, de forma geral, **tão somente** às relações das entidades federadas entre si, **não alcançando** a União enquanto pessoa jurídica de Direito **externo**, representante da República Federativa do Brasil.*

***Extrai-se** da própria decisão agravada, **trecho elucidativo** sobre a questão, que afasta qualquer obscuridade porventura existente:*

> ***"Na realidade**, a cláusula de vedação inscrita no art. 151, III, da Constituição é inoponível ao Estado Federal brasileiro (vale dizer, à República Federativa do Brasil), incidindo, unicamente, no plano das relações institucionais domésticas que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público interno" (...)*

***Por fim**, **a alegação constante no item iii) acima**, de que os funcionários da Agravada utilizaram-se dos serviços públicos do Município por mais de 2 (dois) anos sem que recolhessem qualquer valor aos cofres públicos, obrigando que a população (quase toda de baixa renda), arcasse com todos os custos dos serviços públicos demandados pelo Consórcio (fl. 531), **não possui fundamento jurídico algum**.*

***Isso porque** a contraprestação por serviços públicos é realizada por meio da cobrança de taxas e não de impostos, como o ISS, que são, por sua natureza, desvinculados de qualquer atividade estatal específica, conforme definição legal contida no artigo 16 do Código Tributário Nacional.*

***Hugo de Brito Machado**, com a precisão que lhe é peculiar, **define muito bem** a questão ao asseverar que, "verbis":*

> *"**O exame** de várias hipóteses de incidência de impostos deixa evidente que em nenhuma delas está presente a atuação estatal. Pelo contrário, em toda a situação descrita pela lei como necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária é sempre relacionada ao agir, ao ter, do contribuinte, e inteiramente alheia ao agir do Estado." (...)*

***Em conclusão**, **não há que se falar** em violação ao artigo 151, **inciso** III, da Constituição Federal de 1988 na espécie, **máxime** porque o mencionado dispositivo **aplica-se tão somente às relações** entre as entidades da Federação **no plano interno**, **não alcançando** a celebração de Tratados Internacionais pela União **enquanto** pessoa jurídica de Direito externo, **conforme** jurisprudência consolidada desse Egrégio Supremo Tribunal Federal.*

(**Grifei**.)

Daí o inteiro acerto da tese daqueles **que sustentam**, **com apoio** em autorizado magistério doutrinário, que a Constituição da República **não impede** que o Estado Federal brasileiro (**expressão** da comunidade jurídica total) **conceda**, em sede convencional, **mediante** tratado internacional, **isenção em tema** de impostos sujeitos à competência dos Estados-membros **e/ou** dos Municípios, **pois**, *consoante já se decidiu* **na ADI 1.600/DF**, no voto **então** proferido pelo eminente Ministro NELSON JOBIM, "***O âmbito de aplicação*** *do art. 151, da CF,* ***em todos*** *os seus incisos,* ***é o das relações*** *das entidades federadas, entre si.* ***Não tem por objeto*** *a União Federal quando esta se apresenta* ***como*** *a República Federativa do Brasil,* ***na ordem externa***" (**grifei**).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, em consequência, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora questionada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 543.943-AgR/PR — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Município de Dr. Ulysses (Advogado: Arnaldo David Baracat). Agravado: Consórcio ICA/CPC/ETESCO (Advogado: Marcelo Reinecken de Araújo).

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 30 de novembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 573.540 — MG

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Recorrentes: Estado de Minas Gerais e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG — Recorridos: Cassiano Ricardo Campos Fardin e outros

Contribuição para o custeio dos serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica e farmaceútica. Art. 85 da LC 64/2002 do Estado de Minas Gerais. Natureza tributária. Compulsoriedade. Distribuição de competências tributárias. Rol taxativo. Incompetência do Estado-membro. Inconstitucionalidade. Recurso extraordinário não provido.

I – É nítida a natureza tributária da contribuição instituída pelo art. 85 da LC 64/2002 do Estado de Minas Gerais, haja vista a compulsoriedade de sua cobrança.

II – O art. 149, *caput*, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas no arts. 149, § 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos, aos Estados-membros não foi atribuída competência para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade.

III – A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição.

IV – Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores. A expressão "regime previdenciário" não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de abril de 2010 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de Minas Gerais e pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do mencionado ente federativo, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

> *Previdenciário – LC 64/02 – Contribuição à assistência à saúde – Compulsoriedade vedada pelo art. 149, § 1º, da CF/88 – Natureza jurídica de plano de saúde – Adesão voluntária – Isenção das custas – Sentença reformada, em parte, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário*. Nos termos do art. 149, § 1º, da CF/88, os Estados somente podem instituir, de forma compulsória, contribuição de seus servidores, destinada à previdência social, cujos benefícios encontram-se arrolados no art. 201 da CF/88. Assim, não tendo o Estado legitimidade para cobrar a contribuição destinada à saúde de forma compulsória, a sua adesão deve ser voluntária, razão pela qual devem tais descontos ser extirpados dos contracheques daqueles servidores que, expressamente, não se interessam pelo beneficiamento dos serviços médicos, hospitalares e farmacêuticos prestados pelo IPSEMG.

Afirmam os recorrentes que a contribuição instituída pelo art. 85 da LC 64/2002 do Estado de Minas Gerais teria por finalidade o custeio dos serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica prestados pela autarquia previdenciária estadual.

Sustentam, ademais, que a referida contribuição teria sido instituída pelo Estado de Minas Gerais no exercício da competência que lhe fora atribuída pelo art. 195, § 4º, da Constituição, segundo o qual, mediante lei complementar, poderiam ser instituídas outras fontes de custeio da Seguridade Social.

Por conseguinte, não seria aplicável à hipótese o art. 149, § 1º, da Constituição, haja vista que o mencionado dispositivo constitucional cuidaria apenas de uma das facetas da Seguridade Social: o custeio da previdência dos servidores públicos estaduais e municipais.

Asseveram, também, que legislar sobre proteção e defesa da saúde constituiria competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. Assim, em virtude da inexistência de normas gerais, os Estados poderiam exercer a competência legislativa plena.

Alegam, ainda, que o direito à saúde teria como pressuposto o princípio da solidariedade e, somente mediante a contribuição de todos os envolvidos, seria possível a manutenção dos sistemas estaduais de assistência à saúde dos servidores públicos.

Por fim, afirmam que o sistema de assistência à saúde gerido pelo IPSEMG foi instituído anteriormente à Constituição de 1988, e a sua extinção constituiria violação ao princípio constitucional da proibição do retrocesso social.

Segundo os recorrentes, os sistemas de assistência à saúde dos servidores públicos mantidos pelos Estados-membros atuariam ao lado do Sistema Único de Saúde (SUS), de modo a reduzir a sua demanda, contribuindo, assim, para a melhoria dos serviços prestados à população em geral.

Por seu turno, alegam os recorridos que o art. 149, § 1º, da Constituição, na redação que lhe foi conferida pela Emenda 41/2003, autorizaria a instituição, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, tão somente de contribuição destinada ao custeio do regime de previdência dos servidores públicos. A referida emenda constitucional, ao subtrair a expressão "assistência social" do § 1º do art. 149, teria afastado, de uma vez por todas, toda e qualquer dúvida acerca da abrangência do dispositivo constitucional.

Segundo os recorrentes, o serviço público de saúde seria atribuição do SUS, constituindo mera faculdade do servidor a filiação a plano de saúde instituído pelo poder público ou a qualquer outro mantido pela iniciativa privada.

Em 3 de abril de 2008, este Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada pelos recorrentes (*DJ de* 25-4-2008).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Trata-se de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade da contribuição instituída pelo art. 85 da LC 64/2002 do Estado de Minas Gerais, que tem por finalidade o custeio dos serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica prestados pelo Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais (IPSEMG).

Inicialmente, convém esclarecer que o objeto do presente recurso extraordinário não é tão amplo quanto o da ADI 3.106 – julgada parcialmente procedente, por unanimidade, nesta sessão plenária –, haja vista que, nessa ação direta, discutia-se não apenas a constitucionalidade do art. 85 da LC 64/2002, mas também a do art. 79, que garantiu a inclusão, no regime próprio de previdência estadual, dos servidores não titulares de cargos efetivos.

Eis o teor do dispositivo impugnado neste recurso extraordinário:

> Art. 85. O IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º desta Lei Complementar, aos servidores detentores exclusivamente de cargo de provimento em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, aos agentes políticos e aos servidores admitidos nos termos do art. 10 da Lei n. 10.254, de 20 de julho de 1990, extensiva aos seus dependentes, observadas as coberturas e os fatores moderadores definidos em regulamento.
>
> § 1º O benefício a que se refere o *caput* deste artigo será custeado por meio do pagamento de contribuição, cuja alíquota será de 3,2% (três vírgula dois por

cento), descontada da remuneração de contribuição ou dos proventos do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual, não podendo ser inferior a R$30,00 (trinta reais), que serão reajustados nos mesmos índices do aumento geral concedido ao servidor público estadual.

§ 2º O piso mínimo de contribuição estabelecido no § 1º não se aplica ao servidor que tenha renda bruta mensal igual ou inferior ao montante estabelecido no art. 13 da Emenda à Constituição da República n. 20, de 15 de dezembro de 1998, aplicando-se nesse caso a alíquota de 3,2% (três vírgula dois por cento).

§ 3º A contribuição referida no § 1º será acrescida de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração de contribuição ou dos proventos sobre o valor que exceder o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 4º O Tesouro do Estado contribuirá com a alíquota de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 5º A contribuição será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao IPSEMG até o último dia previsto para pagamento da folha de servidores públicos do Estado.

§ 6º A assistência a que se refere o *caput* deste artigo será prestada pelo IPSEMG exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao IPSEMG até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento.

§ 7º O disposto neste artigo, à exceção do § 4º, aplica-se às pensões concedidas após a publicação desta Lei Complementar.

§ 8º Fica o IPSEMG autorizado a celebrar convênio de assistência à saúde com instituições públicas estaduais.

§ 9º A prestação da assistência a que se refere o *caput* deste artigo fica limitada aos segurados mencionados nos arts. 3º e 79, bem como aos incluídos na forma do § 8º deste artigo, ficando facultado ao IPSEMG celebrar convênios de assistência à saúde com os municípios, mediante contribuição a ser calculada atuarialmente, garantia de adimplência e outras condições definidas em regulamento.

§ 10. O disposto no § 3º deste artigo não se aplica ao servidor, ao inativo e ao pensionista cuja vinculação ao serviço público estadual tenha ocorrido até 31 de dezembro de 2001.

§ 11. Os que perderam a condição de dependente dos segurados, bem como os pais destes, poderão continuar com o direito à assistência referida no *caput* deste artigo, mediante opção formal, desde que já tenha ocorrido o pagamento da contribuição relativa à alíquota de 2,8% (dois vírgula oito por cento), observado o limite mínimo de contribuição de R$78,00 (setenta e oito reais) por beneficiário, que serão reajustados nos mesmos índices do aumento geral concedido ao servidor público estadual.

(Artigo com redação dada pelo art. 1º da LC 70, de 30-7-2003.)

Nos termos do § 5º do dispositivo legal acima transcrito, verifica-se que a contribuição para o custeio dos serviços de saúde a serem prestados pela autarquia previdenciária estadual é compulsoriamente descontada da remuneração de todos os servidores públicos, independentemente da efetiva utilização desses serviços.

É nítida, portanto, a natureza tributária da mencionada exação, tendo em vista, principalmente, a compulsoriedade de sua cobrança.

Assim, cumpre buscar, no texto constitucional, dispositivo que expressamente atribua ao Estado-membro a competência para instituir contribuição social destinada ao custeio de serviços de assistência à saúde prestados, com exclusividade, aos seus servidores.

Isso porque, como se sabe, o sistema tributário adotado pela Constituição de 1988 caracteriza-se pela *rigidez* e pela *exaustividade*. Segundo Humberto Ávila, "essas há muito conhecidas rigidez e exaustividade decorrem de dois fundamentos: de um lado, as regras de competência e a repartição de receitas são intensamente reguladas pela própria Constituição. Todos os impostos da União (art. 153), dos Estados (art. 155) e dos Municípios (art. 156) são definidos pela própria Constituição. Os requisitos normativos para a sua instituição são definidos pela Constituição mesma. De outro, a instituição dessas regras de competência em nível constitucional conduz a uma rigidez modificativa do Sistema Tributário Nacional. Suas normas possuem hierarquia constitucional e, por isso, não podem ser modificadas por lei ordinária" (ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 109-110).

E não somente a competência para a instituição de impostos é disciplinada de forma exaustiva pela Constituição. No tocante às contribuições – tributos que se caracterizam pela afetação de sua receita ao atendimento de determinadas finalidades públicas –, também há a necessidade de regra constitucional que, expressamente ou por intermédio de cláusula de remissão (competência residual), atribua ao ente federativo a competência impositiva.

Nesse contexto, o art. 149, *caput,* da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Trata-se, pois, de regra geral acerca da competência para a instituição dessa espécie tributária, a qual, no entanto, comporta duas exceções.

A primeira delas pode ser encontrada no parágrafo primeiro do próprio art. 149, segundo o qual os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são autorizados a instituir "contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do **regime previdenciário** de que trata o art. 40".

Outra exceção é a trazida pelo art. 149-A da Constituição, que atribui aos Municípios e ao Distrito Federal competência para a instituição de **contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.**

A não ser nesses dois casos, falece competência aos Estados e Municípios para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade.

Com base nessas premissas é que deve ser interpretado o art. 195, § 4º, da Constituição, que estabelece que "lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção e a expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I".

Cuida-se de previsão constitucional de competência residual para a instituição de contribuições destinadas ao custeio da previdência social além daquelas expressamente previstas no *caput e* incisos do próprio art. 195.

Tal dispositivo, no entanto, deve ser interpretado à luz do art. 149, *caput*, da Constituição, que, consoante salientado anteriormente, é regra geral no tocante à definição das competências para a instituição de contribuições, sejam elas sociais, interventivas ou corporativas.

Desse modo, somente a União poderá exercer a competência residual, sendo vedada a instituição de contribuições sociais pelos demais entes federativos.

Ademais, cumpre refutar a alegação de que a atribuição de competência concorrente à União e aos Estados para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da Constituição) seria suficiente para a instituição, pelo Estado de Minas Gerais, de contribuição voltada ao custeio de sistema de saúde criado em favor de seus servidores. Sabe-se que a competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Conforme afirmado anteriormente, a Constituição de 1988 adotou um sistema rígido e exaustivo de distribuição de competências tributárias. Os entes federativos somente podem instituir as exações que lhes foram expressamente outorgadas pela Constituição, ressalvada, é claro, a competência residual atribuída à União pelos arts. 154, I, no tocante aos impostos, e 195, § 4º, em relação às contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social.

Também não se revela possível a instituição de tributos mediante a mera invocação de princípios, como o da solidariedade. Nesse sentido, afirma Humberto Ávila que "os princípios constitucionais, quer os específicos constantes do capítulo referente à solidariedade ou ao sistema tributário, quer os gerais, relativos aos princípios fundamentais e garantias individuais, não podem justificar a ampliação das regras de competência. Se o conceito constitucional pressuposto de faturamento é o de receita bruta proveniente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, por exemplo, não se pode ampliá-lo com base no princípio da universalidade do financiamento da seguridade social ou no princípio da igualdade" (ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 211).

Por conseguinte, os Estados-membros somente poderão instituir contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores.

Sabe-se que a saúde, a previdência e a assistência social constituem os três pilares sobre os quais se estrutura a Seguridade Social em nosso país (art. 193 da Constituição).

A previdência pode ser definida como o conjunto de ações destinadas a assegurar os meios indispensáveis de manutenção e subsistência ante a ocorrência de determinados eventos sociais (riscos), como incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, óbito daquele de quem se dependia economicamente, etc.

Possui assento nos arts. 201 e 202 da Constituição e, no tocante aos servidores públicos, no art. 40.

A saúde, por sua vez, é definida, pelo art. 196, como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação". Demais disso, o art. 198 dispõe que as ações e os serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e integrada e constituir um sistema único.

Não há dúvida, portanto, de que os termos "saúde" e "previdência" retratam realidades distintas. Por conseguinte, revela-se infundada a tese segundo a qual a expressão "regime previdenciário" também englobaria os serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos prestados pela autarquia previdenciária estadual.

Isso porque, conforme afirma Roque Antônio Carrazza, as regras de competência tributária não se "compadecem com uma interpretação extensiva ou analógica. Pelo contrário, demandam interpretação estrita, para que resultem melhor defendidos os direitos e garantias dos contribuintes. Esta é, sem dúvida, a melhor maneira de protegê-los do arbítrio e do abuso do poder fazendário" (CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 449).

Dessarte, não se revela constitucionalmente adequada a interpretação segundo a qual o art. 149, § 1º, da Constituição autorizaria a instituição de contribuição para o custeio de assistência à saúde de servidores públicos.

Nesse mesmo sentido já decidiu este Supremo Tribunal Federal, ao deferir o pedido de medida cautelar na ADI 1.920, Rel. Nelson Jobim, *DJ* de 20-9-2002. Eis o teor da ementa da referida decisão:

> **Constitucional. Lei 7.249/1998 do Estado da Bahia. Cria sistema próprio de seguridade social que compreende previdência, assistência social e assistência à saúde. Institui contribuição compulsória dos servidores do Estado para a saúde. Impossibilidade.** Inteligência do art. 149, parágrafo único, da CF. Regra de exceção que se interpreta restritivamente. Inatacável o art. 5º, pois apenas relaciona os segurados obrigatórios, não qualifica a contribuição. Liminar deferida em parte.

Por fim, cumpre destacar que a assistência à saúde prestada pelo IPSEMG não se confunde com as ações realizadas pelo SUS, e nem mesmo integra esse sistema. Enquanto o SUS se caracteriza pela universalidade de acesso aos serviços de saúde, o "sistema" estadual atende apenas aos servidores daquele ente federativo. **Trata-se, em verdade, de "plano de saúde" de adesão e contribuição compulsórias.**

O ente estadual, ao criar e gerir o referido "plano de saúde", exerce atividade que também poderia ser executada por agentes privados, independentemente de concessão, permissão ou autorização do poder público. Desse modo, a previsão legal de adesão compulsória, além de ilidir o direito de escolha do

servidor público, afigura-se lesiva ao princípio da livre concorrência, na medida em que atribui à autarquia previdenciária vantagem concorrencial indevida, em setor econômico aberto ao jogo do livre mercado.

Nesse ponto, convém esclarecer que a criação de planos de saúde pelos entes federativos não se afigura, *a priori*, inconstitucional.

Como bem salientado pelo Ministro Eros Grau no voto que proferiu na ADI 3.106, **a inconstitucionalidade reside apenas na compulsoriedade da contribuição instituída para o financiamento desses "planos de saúde"**, ou seja, no emprego do vocábulo "compulsoriamente" no § 5º do art. 85 da LC 64/2002.

Em outras palavras, a Constituição não autoriza os Estados-membros a instituir, para o custeio de serviços de saúde, exação que possua natureza tributária, cujo pagamento seja exigido a todos os servidores independentemente da voluntária adesão ao "plano".

Por outro lado, não há óbice constitucional ao oferecimento desses serviços, pelo Estado, aos seus servidores, desde que a adesão e a "contribuição" não sejam compulsórias. Convém esclarecer, também, que os serviços somente serão prestados àqueles que, voluntariamente, aderirem ao "plano", inexistindo, pois, direito subjetivo à sua fruição independente do pagamento da "contribuição". Ressalte-se que o termo "contribuição", nesse contexto, não é mais entendido em sua acepção jurídico-tributária.

Diante de todos esses argumentos, conclui-se que os Estados-membros possuem competência apenas para a instituição de contribuição voltada ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores. Falece-lhes, portanto, competência para a criação de contribuição ou de qualquer outra espécie tributária destinada ao custeio de serviços médicos, hospitalares, farmacêuticos e odontológicos prestados aos seus servidores.

Ademais, não há óbice constitucional à prestação, pelos Estados, de serviços de saúde a seus servidores, desde que a adesão a esses "planos" seja facultativa.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso extraordinário.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas um esclarecimento: tem-se também ocupantes de cargo de confiança, ou não? Creio que não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Neste caso acho que são servidores efetivos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Contribuição para o custeio da assistência médica.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É, eles afirmam que a contribuição instituída teria por finalidade o custeio do serviço de assistência

médica, e sustentam, ademais, que a referida contribuição teria sido instituída pelo Estado de Minas Gerais no exercício da competência que lhe fora atribuída pelo art. 195, § 4º.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Qual era o número do processo que julgamos?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): ADI 3.106.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Concluímos o julgamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Concluímos o julgamento pela declaração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque, naquele caso, a norma envolvia detentores de cargos de confiança, e a base do meu voto foi justamente essa. Neste, Vossa Excelência, de qualquer forma, está desprovendo o recurso que é do Estado de Minas Gerais e para Vossa Excelência é importante a ausência de obrigatoriedade.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Aqui é compulsória, não é, Presidente?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É, porque se trata de um modelo compulsório de participação do servidor nesse plano de saúde. Eu estou dizendo exatamente que o Estado pode instituir, sim, o plano de saúde; o servidor pode a ele aderir.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Concordamos em relação àqueles que detenham cargo efetivo. O que o Estado não pode, glosamos isso na ação direta de Inconstitucionalidade mencionada por Vossa Excelência, é instituir essa contribuição à margem do que previsto na Carta da República quanto a detentores de cargo de confiança. Aqui não, aqui são detentores de cargos efetivos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Na verdade, acho que o juízo da ação direta de inconstitucionalidade se aplica a todos os...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro Marco Aurélio, eu também penso como ele. Na verdade, é que pela Constituição o comissionado precisa de se submeter ao regime geral de Previdência, já não pode mais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pois é, ficam submetidos, inclusive os comissionados de estados e municípios, ao regime geral. Foi a óptica do Ministro Eros Grau, que adotei ao votar hoje na matéria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Quando pedi voto, Ministro, naquele caso, foi até para fazer constar do meu voto o histórico, porque o Estado tinha entrado com mandado de segurança que tinha assegurado, logo após a promulgação da Constituição, que também os comissionados pudessem se submeter ao regime previdenciário e acabou não prevalecendo exatamente na esteira do que o Ministro Eros Grau votou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Relator, Ministro Gilmar Mendes, esclarece que se tem o envolvimento de detentores de cargos efetivos e há campo para o Estado realmente disciplinar a matéria.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É a cabeça do art. 40.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O problema, aqui, é que é compulsório.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O regime contributivo obrigatório é só dos servidores estatutários.

No § 13 do art. 40, os servidores comissionados de livre nomeação e demissão estão excluídos para a Previdência Social Geral.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pois é, foi a base do voto que proferi no início da sessão. Ressaltei esse preceito em duas passagens.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Entendendo que o servidor comissionado não poderia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Está sujeito ao regime geral.

O Sr. Ministro Ayres Britto: De Previdência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há como a unidade da Federação emprestar a eles tratamento diferenciado.

O Sr. Ministro Eros Grau: Na ADI 3.106, apreciamos fundamentalmente dois preceitos: o art. 79, que efetivamente falava em aposentadoria assegurada a servidores não titulares e que foi julgada inconstitucional e o § 4º do 85, que, esse sim, trata da matéria de assistência à saúde e se julgou inconstitucional o vocábulo compulsoriamente, para permitir que qualquer servidor adira ao plano de assistência à saúde que é dado pelo IPSEMG. Foi isso que se decidiu. De modo que são duas matérias.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Previdência é uma coisa, de fato; saúde é outra.

O Sr. Ministro Eros Grau: É, saúde é outra coisa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Inclusive, Ministro, a Advocacia-Geral do Estado, em 16 de abril do ano passado, fixou uma súmula administrativa dizendo que fica dispensada a interposição de recurso contra decisão judicial para afastar a compulsoriedade da contribuição ao custeio de saúde prevista no § 5º do art. 85 da LC 64, desde que reconhecido que a suspensão desobriga a prestação do serviço pelo IPSEMG. Então, a própria Advocacia já tinha impedido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Advocacia de Minas Gerais.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Do Estado.

Essa súmula é exatamente para impedir esses recursos que discutissem essa matéria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): O que foi objeto realmente de discussão no acórdão – estou aqui vendo a ementa – foi essa contribuição compulsória.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Para a saúde.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É, à saúde. Foi apenas isso por parte, quer dizer, a cobrança por parte dos servidores.

Vejam o que o Tribunal do Estado de Minas Gerais está dizendo:

> Nos termos do art. 149, § 1º, da CF/88, os Estados somente podem instituir, de forma compulsória, contribuição de seus servidores, destinada à previdência social, cujos benefícios encontram-se arrolados no art. 201, da CF/88. Assim, não tendo o Estado legitimidade para cobrar a contribuição destinada à saúde, de forma compulsória, e, tendo ela natureza jurídica de plano de saúde, a sua adesão deve ser voluntária, razão pela qual devem tais descontos serem extirpados dos contracheques daqueles servidores que, expressamente, não se interessam pelo beneficiamento dos serviços médicos, hospitalares e farmacêuticos prestados pelo IPSEMG.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria adesão a um verdadeiro plano de saúde obrigatório.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É isso mesmo, é plano de saúde obrigatório.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É esse o objeto da discussão, e eu estou, então, neste caso, negando provimento ao recurso extraordinário. Perfeito?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

EXTRATO DA ATA

RE 573.540/MG — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrentes: Estado de Minas Gerais (Advogados: Advocacia-Geral do Estado – MG – Nardele Débora Carvalho Esquerdo) e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG (Advogado: Wagner Lima Nascimento Silva). Recorridos: Cassiano Ricardo Campos Fardin e outros (Advogados: Hélio Batista Bolognani e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso extraordinário. Ausentes o Ministro Cezar Peluso, representando o Tribunal no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Criminal, em Salvador/BA, e o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

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

Brasília, 14 de abril de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 626.214 — MG

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Agravante: Wanderley Salgado de Paiva — Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Agravo regimental em agravo de instrumento. Interceptação telefônica licitamente conduzida. Encontro fortuito de prova da prática de crime punido com detenção. Legitimidade do uso como justa causa para oferecimento de denúncia. Agravo regimental desprovido.

1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.

2. Agravo regimental desprovido.

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, 21 de setembro de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de agravo regimental, interposto por **Wanderley Salgado de Paiva**, contra decisão em que dei provimento ao recurso do Ministério Público para, considerando legítimo o uso de prova obtida fortuitamente em interceptação telefônica judicialmente autorizada, determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais **reexamine a denúncia** que rejeitara com base na ilegitimidade da referida prova.

O agravante alega a existência de precedente do Supremo Tribunal Federal contrário à possibilidade da utilização da prova obtida fortuitamente, em caso de o crime descoberto ser punido com detenção, e sustenta, ainda, que o crime objeto da interceptação não guardaria qualquer nexo com o crime, em tese, que veio a ser fortuitamente descoberto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Como me manifestei na ocasião, *verbis* (fls. 604/605):

> O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais **rejeitou a denúncia** lastreada em provas de interceptação telefônica **licitamente conduzida**, considerando ilegítimo seu uso na comprovação de crimes apenados com **detenção**, diante de expressa vedação legal.
>
> Porém, este entendimento **afrontou** o teor do art. 5º, XII e LVI, da CF, por conferir-lhes interpretação **excessivamente extensiva**, **incompatível com a que já lhes foi dada por este Supremo Tribunal Federal**, **guardião maior da Constituição**, nos termos do art. 102 da Lei Maior.
>
> Com efeito, no precedente invocado pelo agravante (HC 83.515, Rel. Min. *Nelson Jobim*, Plenário, *DJ* de 4-3-2005), o Ministro *Nelson Jobim* assentou seu entendimento no sentido de "**ser plenamente constitucional a utilização de material de interceptação telefônica para embasar a denúncia dos crimes apenados com pena de reclusão e os crimes que, embora sejam punidos com detenção, sejam conexos àqueles**".
>
> Eu também, em meu voto, destaquei que "A interceptação telefônica, no caso dos presentes autos, foi **decretada para que se investigassem crimes apenados com reclusão, tendo sido constatada, incidentalmente, a ocorrência de outros delitos, estes punidos com detenção**. (...) O exame dessa questão também deve ser feito à luz do princípio da razoabilidade (...). No caso em exame, **não era possível, a princípio, ter certeza sobre a eventual descoberta de crimes apenados com detenção,** no decorrer das investigações (...). Assim, entendo que, **embora não decretada para este fim específico, a interceptação serve como prova dos crimes punidos com detenção**, em vista da **licitude da medida** (...)".
>
> No mesmo sentido foi o voto do Ministro *Cezar Peluso*.
>
> O Ministro *Gilmar Mendes* também acompanhou o Relator, considerando que "não há pretender aí, **a partir da leitura do art. 5º**, que haja uma **restrição tamanha à possibilidade de interceptação**".
>
> Por fim, o Ministro *Sepúlveda Pertence* salientou que "com relação à **descoberta consequente de crimes que não permitiriam, por si sós, a autorização,** (...) **tratava-se, como crime principal**, de **quadrilha**, e **seria efetivamente voltar ao formalismo**, superado já em Roma, que disséssemos que **os resultados da escuta só autorizariam o processo pela quadrilha, não pelos crimes-fim da associação criminosa, se fossem crimes menores, punidos com detenção**". Assim, também denegou a ordem, considerando a **licitude da interceptação telefônica** como prova para **embasar a denúncia em relação a crimes punidos com detenção**.
>
> O Ministro *Marco Aurélio*, único a divergir, **acompanhou o Relator neste ponto referente à possibilidade de se utilizar a prova colhida na interceptação como base para oferecer denúncia por crimes apenados com detenção**, fortuitamente descobertos. Assim esclareceu seu entendimento: "**Há a problemática alusiva ao crime de detenção**. O que incumbe perquirir para se **definir se a prova é legítima, lícita, ou não? A base, em si, da autorização**, no sentido de **interceptar-se as ligações**. Pergunta-se: no caso, **essa base**, quanto ao articulado, mostrou-se enquadrável em **crime apenado com detenção**? A resposta é desenganadamente

negativa. Se **há quebra da comunicação telefônica**, e **essa quebra revela uma prática delituosa apenada com detenção, não se pode, simplesmente, varrer a prática delituosa para debaixo do tapete**, **fechar os olhos e desconhecer o que aflorou, de forma legítima**. Até aqui, então, acompanho o voto do relator (...)".

Portanto, ao **reconhecer a legalidade da interceptação decretada**, mas a **ilegitimidade do uso do resultado desta diligência como prova da prática de crimes de detenção nela descobertos**, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais **conferiu interpretação errônea aos dispositivos constitucionais invocados pelo Agravante**, razão pela qual a decisão **merece reforma**.

Como bem destacou a Procuradoria-Geral da República em seu parecer (fls. 595/600), *verbis*:

> "Importa deixar claro, *ab initio*, que **não há dúvidas quanto à conexão entre os crimes imputados ao magistrado/agravado e aqueles praticados pelo policial Marco Túlio Fadel**, cujas condutas eram o alvo da investigação que deu ensejo ao deferimento das interceptações telefônicas. Neste ponto, merece transcrição o acórdão recorrido, no que remete aos **fatos narrados na denúncia**:
>
> (...)"

Por todo o exposto, nos termos do art. 28, § 3º, da Lei 8.038/1990 e do art. 557, §1-A, do Código de Processo Civil, **provejo o agravo** e, por estar suficientemente instruído, converto-o em recurso extraordinário a que **dou provimento**, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reexamine a denúncia oferecida pelo Ministério Público, devendo considerar **legítima** a prova dos crimes apenados com **detenção**, obtida **fortuitamente** no curso das interceptações telefônicas conduzidas nos autos de origem.

O nexo entre os crimes imputados ao agravante (**prevaricação, advocacia administrativa e favorecimento pessoal**) e os crimes objeto da interceptação telefônica – **concussão, tortura, peculato, coação no curso do processo e art. 10 da Lei 9.296/1996** – está mais do que claro. Com efeito, em razão dos crimes que estavam sendo investigados e do mandado de prisão contra ele expedido, o Delegado de Polícia *Marco Túlio Fadel Andrade* entrou em contato telefônico com o recorrente que, na qualidade de magistrado, teria deixado de tomar providências cabíveis quanto à sua captura e ainda teria patrocinado interesse ilegítimo de *Marco Túlio Fadel Andrade* junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Assim, por considerar suficientemente afastados os argumentos do agravo regimental, **nego-lhe provimento**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AI 626.214-AgR/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Agravante: Wanderley Salgado de Paiva (Advogado: Antônio Francisco Patente). Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Advogado: Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais).

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. ausentes, justificadamente, neste julgamento a Ministra Ellen gracie e o Ministro Ayres Britto.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 21 de setembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 735.760 — PE

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Agravante: Usina Central Olho d'Água S.A. — Agravado: Reginaldo Durval da Silva

Trabalhista. Agravo regimental em agravo de instrumento. Interposição simultânea de dois recursos contra uma mesma decisão. Ofensa ao princípio da singularidade ou da unirrecorribilidade. Não esgotamento dos recursos ordinários na instância de origem. Preclusão.

1. Interposição concomitante de embargos para o TST (art. 894 da CLT, na redação dada pela Lei 11.496/2007) e de recurso extraordinário (art. 102, III, da CF) para o STF contra uma mesma decisão. Ausência de previsão na legislação. Afronta ao princípio da singularidade ou unirrecorribilidade recursal.

2. Apresentação do apelo extremo antes do esgotamento dos recursos no âmbito trabalhista. Ocorrência de preclusão em razão da perda de objeto do recurso extraordinário.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 23 de março de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de agravo regimental (fls. 123-125) de decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento (fls. 119-120), por concluir pela impossibilidade, com base no princípio da unicidade recursal e na jurisprudência deste Tribunal, da interposição de dois recursos contra uma mesma decisão (fls. 76-80): embargos para o TST (art. 894, *b*, da CLT) e recurso extraordinário para esta Corte (art. 102, III, *a*, da CF).

2. A parte agravante alega que não merece prosperar a decisão agravada, sustentando, em síntese, que:

> *Data maxima venia*, a Exmª Min. Relatora não atentou para a nova redação do artigo 894 da CLT, dada pela Lei 11.496/2007, que excluiu a possibilidade de interposição de recurso de embargos por violação legal ou constitucional.

Por essa razão a agravante interpôs o recurso extraordinário diretamente contra a decisão da Turma do TST, e, também, na mesma oportunidade, recurso de embargos, com fundamento em divergência jurisprudencial.

A situação é semelhante àquela estabelecida no processo civil comum, em que ocorre a necessidade de concomitante interposição de recurso especial e extraordinário, haja vista a incompetência do E. STJ para julgar violação constitucional. (Fl. 124.)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. O recurso não merece prosperar. É que a ora agravante, conforme afirmado, interpôs simultaneamente dois recursos: embargos para o TST e recurso extraordinário para esta Corte contra uma mesma decisão, o que infringe o princípio da singularidade recursal e impossibilita o conhecimento do segundo recurso, conforme orientação deste Tribunal.

Diferentemente do caso dos autos – em que não há na legislação qualquer referência à possibilidade de interposição concomitante de recurso de embargos (art. 894 da CLT) e de recurso extraordinário (art. 102, III, CF) –, a interposição simultânea do apelo extremo e de recurso especial contra uma mesma decisão é permitida por haver previsão constitucional. Dessa forma, ressalvadas as hipóteses legais, é ele plenamente aplicável na hipótese.

Vejam-se, a respeito, o AI 563.505-AgR/MS, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 4-11-2005; e o AI 534.338-AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, *DJ* de 9-12-2005, cujo acórdão do primeiro está assim ementado:

Recurso de agravo – Cumulativa interposição de dois (2) recursos contra a mesma decisão, fora das hipóteses legais – Inadmissibilidade – Ofensa ao postulado da singularidade dos recursos – Não conhecimento do segundo recurso – Exame do primeiro recurso – Complementação de aposentadoria de servidores do Estado de São Paulo – Lei estadual 4.819/1958 e LC estadual 200/1974 – Ausência de ofensa direta à Constituição – Direito local – Inviabilidade do recurso extraordinário – Recurso improvido.

– O **princípio** da unirrecorribilidade, **ressalvadas** as hipóteses legais, **impede** a **cumulativa** interposição, contra o **mesmo** ato decisório, de mais de um recurso. O **desrespeito** ao postulado da **singularidade** dos recursos torna **insuscetível** de conhecimento o **segundo** recurso, **quando** interposto contra a **mesma** decisão. **Doutrina**.

Transcrevo, ainda, sobre o tema, decisão no RE 342.896/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJE* de 5-6-2009:

Ora, nosso sistema processual adota, em linhas gerais, o princípio da unirrecorribilidade ou singularidade recursal. Noutros termos, isso implica dizer que, por via de regra, a parte dispõe de apenas um tipo de recurso para impugnar uma dada decisão jurisdicional. Cabe à lei excepcionar o princípio, como ocorre, por

exemplo, na hipótese prevista no art. 541 do Código de Processo Civil. A exceção, entretanto, não alcança o presente caso, em que se evidencia a ocorrência de preclusão consumativa.

2. Para melhor elucidação da questão trazida pela parte recorrente, transcrevo o art. 894 da CLT com a nova redação da Lei 11.496/2007:

> Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias:
>
> I – de decisão não unânime de julgamento que :
>
> a) conciliar, julgar ou homologar conciliação em dissídios coletivos que excedam a competência territorial dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever as sentenças normativas do Tribunal Superior do Trabalho, nos casos previstos em lei; e
>
> b) (Vetado)
>
> II – das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal.

Embora o atual art. 894 da CLT disponha que somente é cabível recurso de embargos por divergência jurisprudencial, o recurso ainda assim não mereceria trânsito, porquanto a decisão considerada pelo Vice-Presidente do TST como de última instância é aquela proferida às fls. 96-104, no recurso de embargos em recurso de revista, que não foi impugnada por meio do recurso extraordinário, transitando em julgado, o que ocasionou a perda do objeto do primeiro recurso extraordinário apresentado antes do julgamento desse aresto.

Assim, não há como concluir de forma diferente do entendimento do Presidente daquela Corte trabalhista, que não admitiu o recurso extraordinário, por entender que a decisão proferida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais "se identifica como de última instância, para efeito de recurso extraordinário" (fl. 109) e que é "inviável o prosseguimento do recurso extraordinário de fls. 339/343, por evidente falta de título judicial a ser objeto de impugnação" (fl. 109).

Ressalte-se que no âmbito do extraordinário não se discute matéria processual relativa ao cabimento de recurso trabalhista de competência de Tribunal diverso.

Cito, a respeito, o AI 169.806-AgR/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, *DJ* de 24-5-1996, cuja ementa transcrevo:

> *Recurso extraordinário. Pressuposto de cabimento. Súmula 281. Cabimento de embargos para o Tribunal Superior do Trabalho. Art. 894 da CLT.*
>
> O acórdão impugnado no recurso extraordinário não é de última instância, posto que ainda eram cabíveis embargos para órgão do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos do art. 894.
>
> O exaurimento das instâncias recursais ordinárias é um dos pressupostos de recorribilidade extraordinária, com o qual não há que se falar em decisão definitiva

e, consequentemente, na possibilidade de o ato decisório ser passível de impugnação nesta instância.

Os argumentos lançados pelo agravante para afastar a aplicação da Súmula 281 hão de ser solvidos no âmbito do exame de normas atinentes aos recursos trabalhistas, e não pela via do recurso extraordinário.

Agravo regimental improvido.

Veja-se, ainda, o AI 643.358-AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 10-8-2007.

A propósito, cito o RE 468.365-AgR/AM, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 20-4-2007, assim ementado:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Esgotamento da instância ordinária. Súmula 281 do STF.

Consoante a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, "é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada" (Súmula 281 do STF).

Admitido incidente de uniformização em face de acórdão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, resta demonstrada a ausência de decisão de única ou última instância. Pelo que incabível, concomitantemente, a interposição do apelo extremo.

Agravo regimental desprovido.

3. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 735.760-AgR/PE — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Agravante: Usina Central Olho d'Água S.A. (Advogados: Leonardo Miranda Santana e outros). Agravado: Reginaldo Durval da Silva (Advogados: Glauco Rodolfo Fonseca de Sena e outros).

Decisão: Negado provimento. Votação unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 23 de março de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

PrPn *Abolitio criminis*: consequência lógica. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

Ct Ação civil de reparação de dano ao erário por improbidade administrativa: desvio de verba do Fundef. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Ato de caráter normativo. Resolução do TSE. ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Embargos de declaração.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Impedimento.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Inconstitucionalidade por omissão parcial: efeitos. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Aplicação da lei após pronúncia de inconstitucionalidade: exigência constitucional. Vácuo legislativo: prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados. Lei Complementar 62/1989, art. 2º, I e II, § 2º e § 3º, e Anexo Único: aplicação até 31 de dezembro de 2002. Lei 9.868/1999, art. 27: ponderação. ADI 875 *RTJ* 217/20

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Medida cautelar: referendo do Plenário. Efeito *ex nunc*. ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Modulação dos efeitos: ausência. Embargos de declaração com pedido de efeito *ex nunc*: admissibilidade. ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Nulidade da lei inconstitucional: regra. Modulação dos efeitos: dever constitucional. Presença das con-

dições necessárias à flexibilização dos efeitos da decisão. Segurança jurídica e excepcional interesse social: parâmetros constitucionais. Princípio da unidade e da máxima efetividade da Constituição. Lei 9.868/1999, art. 27. ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Ct Ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

PrPn ***Ação penal.*** Legitimidade concorrente. Ministério Público e ofendido. Crime contra a honra de servidor público. Fato praticado no exercício da função. Súmula 714 do STF. HC 100.588 *RTJ* 217/426

PrPn ***Ação penal.*** Tipicidade. Transmissão do vírus HIV. Tentativa de homicídio: desclassificação. Distribuição em vara criminal comum. CP/1940, art. 131. HC 98.712 *RTJ* 217/391

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento. Justa causa: ausência. Atipicidade da conduta. Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito: não configuração. Caneta-revólver: registro de colecionador no Ministério da Defesa. Documento com erro material: irrelevância. Lei 10.826/2003, art. 16. HC 102.422 *RTJ* 217/459

PrPn Ação penal: trancamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

Ct ADCT da Constituição Federal/1988, art. 78, § 4º. (...) ***Precatório.*** Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

Adm Adiamento para candidata submetida a cirurgia cesariana. (...) ***Concurso público.*** RE 497.350-AgR *RTJ* 217/550

Ct Afastamento por razões de foro íntimo: possibilidade de alegação. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrCv ***Agravo regimental.*** Descabimento. Liminar em mandado de segurança: indeferimento. Decisão anterior à norma processual superveniente. Lei 12.016/2009, art. 10, § 1º: inaplicabilidade. Súmula 622 do STF. MS 27.656-MC-AgR *RTJ* 217/329

PrCv ***Agravo regimental.*** Intempestividade. Interposição por fac-símile. Original apresentado em Secretaria de tribunal diverso. Protocolização tardia na Secretaria do STF. Data da remessa via postal: desconsideração. SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrPn Alegação de *abolitio criminis*. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

El Alteração: inocorrência. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Alteração do termo de conciliação e de compromisso judicial: descabimento. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 27.708 *RTJ* 217/333

PrPn ***Apelação criminal.*** Nulidade inocorrente. Sessão de julgamento: réu representado por mais de um advogado. Intimação de ambos os advogados: desnecessidade. HC 99.271 *RTJ* 217/406

PrPn ***Apelação criminal.*** Nulidade inocorrente. Sustentação oral: ato não essencial à defesa. Pedido expresso nos autos: ausência. Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. HC 99.271 *RTJ* 217/406

Pn Apelação exclusiva da defesa. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.704 *RTJ* 217/513

PrSTF Aplicação da lei após pronúncia de inconstitucionalidade: exigência constitucional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Pn Apropriação indébita previdenciária. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.004 *RTJ* 217/420 − HC 100.938 *RTJ* 217/438

Trbt Aquisição de produto, serviço ou operação onerosa com intuito lucrativo. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 518.325-AgR *RTJ* 217/554

Trbt Área de extração e beneficiamento de sal marinho. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Int Área ocupada e com jurisdição do Estado de Israel. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrPn Atipicidade da conduta. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

Trbt Atividade assistencial: intensidade e abrangência da prestação gratuita ou subsidiada. (...) ***Imunidade tributária.*** RMS 24.283-AgR-segundo *RTJ* 217/276

PrSTF Ato de caráter normativo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

El Ato de natureza meramente declaratório. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

Ct Atribuição. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

PrSTF Atuação como ministro do TSE: participação na elaboração do ato. (...) ***Impedimento.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrPn Audiência de inquirição de testemunha por precatória. (...) ***Instrução criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn Autodefesa. (...) ***Defesa criminal.*** HC 102.019 *RTJ* 217/452

B

Pn Baixa potência: área distante de outras emissoras e aeroporto. (...) ***Rádio comunitária.*** HC 104.530 *RTJ* 217/505

Pn Bem jurídico de caráter supraindividual. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.938 *RTJ* 217/438

TrPrv ***Benefício previdenciário.*** Pensão por morte. Neta de servidora falecida durante período de guarda provisória de cinco anos. Recebimento até 21 anos de idade. Guarda provisória: irrelevância. Lei 8.112/1990, art. 217, II, *b*. MS 25.823 *RTJ* 217/281

C

PrSTF Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrPn Caneta-revólver: registro de colecionador no Ministério da Defesa. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

El Cassação. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

PrCv Causa anterior ao ingresso no serviço público. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

Ct CF/1967, art. 117, § 1º, redação da EC 1/1969: ofensa. (...) ***Precatório.*** RE 184.327-EDv *RTJ* 217/519

PrPn CF/1988, art. 5º, XII e LVI. (...) ***Prova criminal.*** AI 626.214-AgR *RTJ* 217/579

PrPn CF/1988, art. 5º, LIV e LV. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

El CF/1988, art. 16: finalidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct CF/1988, arts. 21, XXIII, 22, XXVI, e 177, V. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.575 *RTJ* 217/105

Ct CF/1988, arts. 21, XXIV, e 22, I: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.947 *RTJ* 217/150

Ct CF/1988, art. 22, IV. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.401-MC *RTJ* 217/258

Ct CF/1988, art. 22, VIII: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Ct CF/1988, art. 29, IV: interpretação. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrCv CF/1988, art. 37, XI. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

El CF/1988, art. 55, V. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

Ct CF/1988, art. 103-B, § 4º. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 27.708 *RTJ* 217/333

Trbt CF/1988, arts. 146, III, 149, 213 e 240. (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

Trbt CF/1988, art. 149, § 1º: inaplicabilidade. (...) ***Contribuição social.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

Trbt CF/1988, art. 150, VI, *a*. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 518.325-AgR *RTJ* 217/554

Trbt CF/1988, art. 150, VI, *c*. (...) ***Imunidade tributária.*** RMS 24.283-AgR-segundo *RTJ* 217/276

Trbt CF/1988, art. 151, III: interpretação. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 543.943-AgR *RTJ* 217/559

Trbt CF/1988, art. 155, § 2º, XII, *g*: ofensa. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Ct CF/1988, art. 161, II. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Ct CF/1988, art. 167, IV: ofensa. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 1.759 *RTJ* 217/110

Trbt CF/1988, art. 195, I, redação anterior à EC 20/1998: ofensa. (...) ***Contribuição social.*** RE 363.852 *RTJ* 217/524

Ct CF/1988, art. 195, § 4º. (...) ***Competência tributária.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

Pn Circunstância agravante reconhecida pelo tribunal. (...) ***Pena.*** HC 99.925 *RTJ* 217/413

PrSTF CLT/1943, art. 894, redação da Lei 11.496/2007. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

Trbt Comercialização de bovinos para abate. (...) ***Contribuição social.*** RE 363.852 *RTJ* 217/524

Ct Comércio interestadual. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça Federal comum. Crime de injúria praticado por civil contra militar da União. Instituições militares: ofensa inocorrente. HC 100.588 *RTJ* 217/426

PrPn ***Competência criminal.*** Prevenção. Conexão com ação penal anterior: distribuição por dependência. CPP/1941, art. 72: inaplicabilidade. HC 103.510 *RTJ* 217/486

Int Competência do Estado requerente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Ct Competência jurisdicional: ausência. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 27.708 *RTJ* 217/333

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Comércio interestadual. Sal marinho não beneficiado: suspensão gradativa do escoamento para outros Estados. CF/1988, art. 22, VIII: ofensa. Lei estadual 8.299/2003/RN, arts. 6º e 7º: inconstitucionalidade. ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Direito do trabalho. Proibição de revista íntima em empregado. CF/1988, arts. 21, XXIV, e 22, I: ofensa. Lei estadual 2.749/1997/RJ: inconstitucionalidade. Decreto estadual 23.591/1997/RJ: inconstitucionalidade por arrastamento. ADI 2.947 *RTJ* 217/150

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Energia nuclear: fiscalização. CF/1988, arts. 21, XXIII, 22, XXVI, e 177, V. Lei estadual 6.263/1988/SP: inconstitucionalidade. ADI 1.575 *RTJ* 217/105

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Telecomunicações. Concessionária de telefonia fixa e móvel: fornecimento de informações para fins de segurança pública. CF/1988, art. 22, IV. Lei estadual 18.721/2010/MG: suspensão cautelar. ADI 4.401-MC *RTJ* 217/258

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito negativo de atribuições. Ministério Público Federal e Ministério Público estadual. ACO 1.156 *RTJ* 217/102

Ct ***Competência tributária.*** União Federal. Contribuição social. Serviço de assistência à saúde de servidor público estadual: custeio. Instituição por Estado-membro: vedação. CF/1988, art. 195, § 4º. Lei Complementar estadual 64/2002/MG, art. 85: inconstitucionalidade. RE 573.540 *RTJ* 217/568

Ct Complementação por verba pública federal: ausência. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

Ct Composição da Câmara Municipal: número de vereadores. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrPn Concessão de ofício. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

Ct Concessionária de telefonia fixa e móvel: fornecimento de informações para fins de segurança pública. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.401-MC *RTJ* 217/258

Adm ***Concurso público.*** Prova física. Adiamento para candidata submetida a cirurgia cesariana. Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. RE 497.350-AgR *RTJ* 217/550

Adm ***Concurso público.*** Serviço notarial e de registro. Ingresso. Títulos: critério ordenado de valoração. Condições pessoais ligadas à atuação anterior na atividade. Sobrevalorização e equiparação ao título de apro-

vação em concurso para cargo de carreira jurídica: impossibilidade. Lei estadual 13.136/1997/GO, art. 16, V: interpretação conforme à Constituição. ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Adm ***Concurso público.*** Serviço notarial e de registro. Ingresso e remoção: distinção. Títulos: critério ordenado de valoração. Condições pessoais ligadas à atuação anterior na atividade: discriminação ilegítima. Princípio da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa. Lei estadual 13.136/1997/GO, art. 16, II, III, VIII, IX e X: suspensão cautelar. ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Adm ***Concurso público.*** Serviço notarial e de registro. Remoção. Títulos: critério ordenado de valoração. Condições pessoais ligadas à atuação anterior na atividade. Marco inicial: data de ingresso no serviço. Lei estadual 13.136/1997/GO, art. 16, V: interpretação conforme à Constituição. ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Ct Condenação judicial. (...) ***Precatório.*** RE 184.327-EDv *RTJ* 217/519

Adm Condições pessoais ligadas à atuação anterior na atividade. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Adm Condições pessoais ligadas à atuação anterior na atividade: discriminação ilegítima. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

PrPn Conexão com ação penal anterior: distribuição por dependência. (...) ***Competência criminal.*** HC 103.510 *RTJ* 217/486

Ct Conflito negativo de atribuições. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

Ct ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** Controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário. Competência jurisdicional: ausência. Precatório: ordem cronológica. Alteração do termo de conciliação e de compromisso judicial: descabimento. CF/1988, art. 103-B, § 4º. MS 27.708 *RTJ* 217/333

Int Conspiração: crime de quadrilha. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Ct Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, art. 120, § 3º, V, redação da EC 14/1997: inconstitucionalidade. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 1.759 *RTJ* 217/110

Ct Contribuição social. (...) ***Competência tributária.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

Trbt ***Contribuição social.*** Produtor rural: pessoa natural. Comercialização de bovinos para abate. Recolhimento por sub-rogação do adquirente: não obrigatoriedade. CF/1988, art. 195, I, redação anterior à EC 20/1998: ofensa. Lei 8.212/1991, arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV,

redação da Lei 8.540/1992 até a Lei 9.528/1997: inconstitucionalidade. RE 363.852 *RTJ* 217/524

Trbt ***Contribuição social.*** Serviço de assistência à saúde: custeio. Servidor público estadual: filiação compulsória. CF/1988, art. 149, § 1º: inaplicabilidade. Lei Complementar estadual 64/2002/MG, art. 85: inconstitucionalidade. RE 573.540 *RTJ* 217/568

Trbt ***Contribuição social.*** Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP): custeio. Destinação: ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa. Substituição de contribuições existentes da mesma espécie: Sistema "S". Lei complementar: ausência. Indeferimento de medida cautelar em ADI: ausência de *fumus boni iuris*. CF/1988, arts. 146, III, 149, 213 e 240. Medida Provisória 1.715/1998 e reedições, arts. 7º, 8º, 9º e 11. ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

Ct Controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 27.708 *RTJ* 217/333

Ct ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** Ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fungibilidade: possibilidade. Identidade de objeto: inconstitucionalidade em razão de incompletude. Inconstitucionalidade por omissão parcial: imprecisa distinção da ofensa constitucional. ADI 85 *RTJ* 217/20

Ct ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** Processo de caráter objetivo. Impedimento ou suspeição: inaplicabilidade. Afastamento por razões de foro íntimo: possibilidade de alegação. ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct ***Controle de constitucionalidade.*** Modelo bifásico. Mérito da decisão e modulação dos efeitos: juízos autônomos. ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Ct ***Controle de constitucionalidade.*** Modulação dos efeitos da decisão. Votos insuficientes para aprovação: ministro ausente. Suspensão do julgamento: possibilidade. ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrPn Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ofensa inocorrente. (...) ***Defesa criminal.*** HC 102.019 *RTJ* 217/452

Int Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, arts. 5º e 8º. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Trbt Convênio interestadual: ausência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

PrPn Corrupção de menor: infração penal de mendicância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

Pn CP/1940, art. 42. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

Int CP/1940, art. 62, I. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Pn CP/1940, art. 110, § 1º. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.704 *RTJ* 217/513

PrPn CP/1940, art. 131. (...) ***Ação penal.*** HC 98.712 *RTJ* 217/391

Pn CP/1940, art. 168-A, § 3º, II. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.004 *RTJ* 217/420 − HC 100.938 *RTJ* 217/438

PrPn CP/1940, art. 180, § 1º. (...) ***Denúncia.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrCv CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 446-MC-AgR *RTJ* 217/11

PrPn CPP/1941, art. 72: inaplicabilidade. (...) ***Competência criminal.*** HC 103.510 *RTJ* 217/486

PrPn CPP/1941, art. 312. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

PrPn CPP/1941, art. 580: inaplicabilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.875 *RTJ* 217/431

Ct Crédito paradigmático: pessoas jurídicas distintas. (...) ***Precatório.*** Rcl 3.138 *RTJ* 217/154

PrPn Crime conexo punido com detenção. (...) ***Prova criminal.*** AI 626.214-AgR *RTJ* 217/579

PrPn Crime contra a honra de servidor público. (...) ***Ação penal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

Pn ***Crime contra a ordem tributária.*** Apropriação indébita previdenciária. Bem jurídico de caráter supraindividual. Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento: ausência. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. Princípio da isonomia. CP/1940, art. 168-A, § 3º, II. HC 100.938 *RTJ* 217/438

Pn ***Crime contra a ordem tributária.*** Apropriação indébita previdenciária. Débito superior a mil reais. Extinção do crédito previdenciário: inocorrência. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. CP/1940, art. 168-A, § 3º, II. Lei 9.441/1997, art. 1º, I. HC 100.004 *RTJ* 217/420

Int Crime de incitamento: equivalente a agravante no direito brasileiro. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrPn Crime de injúria praticado por civil contra militar da União. (...) ***Competência criminal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

Int Crimes de violência a menor ou pessoa incapaz e de abuso a menor ou pessoa incapaz: crime de tortura-castigo. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Ct Critério constitucional pela lei vigente: ausência. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Ct Critério de rateio. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Pn Cumprimento de um sexto da pena máxima em abstrato em prisão provisória. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

D

PrCv Data da remessa via postal: desconsideração. (...) ***Agravo regimental.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

Pn Débito superior a mil reais. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.004 *RTJ* 217/420

PrCv Decisão anterior à norma processual superveniente. (...) ***Agravo regimental.*** MS 27.656-MC-AgR *RTJ* 217/329

El Decisão da Justiça Eleitoral. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

Ct Decisão na ADI 1.662: ofensa. (...) ***Precatório.*** Rcl 3.138 *RTJ* 217/154

PrSTF Decisão na ADI 3.601: efeito *ex nunc*. (...) ***Embargos de declaração.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Ct Decisões na ADI 1.662, na ADI 1.689, na ADI 3.401 e na ADPF 114-MC: ausência de descumprimento. (...) ***Precatório.*** Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

PrSTF Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Ct Decreto estadual 23.591/1997/RJ: inconstitucionalidade por arrastamento. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.947 *RTJ* 217/150

PrCv Deferimento. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrPn ***Defesa criminal.*** Autodefesa. Faculdade excepcional do acusado: hipóteses juridicamente previstas. Defesa técnica: direito indisponível e irrenunciável. Defesa exclusiva por acusado sem capacidade postulatória: inadmissibilidade. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ofensa inocorrente. HC 102.019 *RTJ* 217/452

PrPn Defesa exclusiva por acusado sem capacidade postulatória: inadmissibilidade. (...) ***Defesa criminal.*** HC 102.019 *RTJ* 217/452

PrPn Defesa técnica: direito indisponível e irrenunciável. (...) ***Defesa criminal.*** HC 102.019 *RTJ* 217/452

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Individualização suficiente da conduta. Receptação qualificada: comerciante. CP/1940, art. 180, § 1º. RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrCv Descabimento. (...) ***Agravo regimental.*** MS 27.656-MC-AgR *RTJ* 217/329

PrPn Descabimento. (...) ***Habeas corpus.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrPn Descriminalização da contravenção penal pela Lei 11.983/2009. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

Trbt Destinação: ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa. (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

Pn Detração penal: peculato e gestão fraudulenta. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

Ct Direito do trabalho. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.947 *RTJ* 217/150

Ct Diretrizes orçamentárias: vinculação de receita corrente. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 1.759 *RTJ* 217/110

PrPn Distribuição em vara criminal comum. (...) ***Ação penal.*** HC 98.712 *RTJ* 217/391

Ct Dívida de natureza alimentar ou trabalhista: inocorrência. (...) ***Precatório.*** Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

PrPn Documento com erro material: irrelevância. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

Pn Dosimetria. (...) ***Pena.*** HC 99.925 *RTJ* 217/413

Int Dupla tipicidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Int Dupla tipicidade: ausência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

E

PrSTF Efeito *ex nunc*. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

PrCv Efeito multiplicador: fundamento suficiente. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrSTF ***Embargos de declaração.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Decisão na ADI 3.601: efeito *ex nunc*. Lei distrital 3.642/2005/DF. ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrSTF Embargos de declaração com pedido de efeito *ex nunc*: admissibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Ct Energia nuclear: fiscalização. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.575 *RTJ* 217/105

Ct Equilíbrio socioeconômico: parâmetro. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Trbt Estado federal brasileiro e União: distinção. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 543.943-AgR *RTJ* 217/559

PrPn Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 244-B. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrPn ***Execução penal.*** Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Sanção disciplinar. Instauração prévia de procedimento administrativo: necessidade. Princípio do contraditório e da ampla defesa. CF/1988, art. 5º, LIV e LV. Lei de Execução Penal (LEP), arts. 53, V, e 59. HC 96.328 *RTJ* 217/340

Pn ***Execução penal.*** Saída temporária: autorização. Manifestação dos órgãos técnicos: validade para saídas subsequentes. Novo processo: desnecessidade. HC 98.067 *RTJ* 217/347

PrPn ***Execução penal.*** Sanção disciplinar. Falta disciplinar idêntica imputada a cúmplices: soluções opostas. Princípio da isonomia: ofensa. HC 96.328 *RTJ* 217/340

Ct Explicitação de interpretação constitucional. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Pn ***Extinção da punibilidade.*** Prescrição da pretensão executória. Marco interruptível: publicação da sentença condenatória. Início do cumprimento da pena: inocorrência. RHC 101.358 *RTJ* 217/444

Pn ***Extinção da punibilidade.*** Prescrição intercorrente: cálculo. Sentença condenatória e trânsito em julgado: parâmetro. Apelação exclusiva da defesa. Interrupção do prazo pelo acórdão que diminuiu a pena: inocorrência. CP/1940, art. 110, § 1º. HC 104.704 *RTJ* 217/513

Pn Extinção do crédito previdenciário: inocorrência. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.004 *RTJ* 217/420

Int ***Extradição.*** Competência do Estado requerente. Nacionalidade do autor e da vítima do crime: israelense. Local do crime: território reivindicado pela Autoridade Nacional Palestina. Área ocupada e com jurisdição do Estado de Israel. Princípio da territorialidade: ofensa inocorrente. Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, arts. 5º e 8º. Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Int ***Extradição.*** Dupla tipicidade. Crimes de violência a menor ou pessoa incapaz e de abuso a menor ou pessoa incapaz: crime de tortura-castigo. Conspiração: crime de quadrilha. Lei 6.815/1980, art. 77, II. Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Int ***Extradição.*** Indeferimento parcial. Dupla tipicidade: ausência. Crime de incitamento: equivalente a agravante no direito brasileiro. CP/1940, art. 62, I. Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Int ***Extradição.*** Possibilidade. Tratado: ausência. Promessa de reciprocidade. Ext 1.122 *RTJ* 217/64

F

PrPn Faculdade excepcional do acusado: hipóteses juridicamente previstas. (...) ***Defesa criminal.*** HC 102.019 *RTJ* 217/452

PrPn Falta disciplinar idêntica imputada a cúmplices: soluções opostas. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

PrPn Fato praticado no exercício da função. (...) ***Ação penal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

PrCv Fazenda Pública. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 446-MC-AgR *RTJ* 217/11

Ct Fixação de critério homogêneo em caráter definitivo. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

El Fixação do número de vereadores: cláusula de proporcionalidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Força normativa da Constituição. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrPn Fundamentação suficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

Ct ***Fundo de Participação dos Estados.*** Critério de rateio. Equilíbrio socioeconômico: parâmetro. Revisões periódicas dos coeficientes: necessidade. Critério constitucional pela lei vigente: ausência. Princípio da ordem econômica. CF/1988, art. 161, II. Lei Complementar 62/1989, art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e Anexo Único: inconstitucionalidade por omissão parcial. ADI 875 *RTJ* 217/20

Ct Fungibilidade: possibilidade. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

G

PrPn Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

PrCv Grave lesão à economia pública. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrCv Grave lesão à ordem administrativa. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

TrPrv Guarda provisória: irrelevância. (...) ***Benefício previdenciário.*** MS 25.823 *RTJ* 217/281

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Ação penal: trancamento. Corrupção de menor: infração penal de mendicância. Descriminalização da contravenção penal pela Lei 11.983/2009. *Abolitio criminis*: consequência lógica. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 244-B. HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Matéria de prova. RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrPn ***Habeas corpus.*** Não conhecimento. Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Intimação do paciente para constituir defensor para inquirição de testemunha. Inversão da ordem legal em instrução criminal. HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Alegação de *abolitio criminis*. HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Trancamento de ação penal anterior: pedido de extensão dos efeitos a ação conexa. CPP/1941, art. 580: inaplicabilidade. HC 100.875 *RTJ* 217/431

I

Ct Identidade de objeto: inconstitucionalidade em razão de incompletude. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

PrSTF ***Impedimento.*** Inocorrência. Ação direta de inconstitucionalidade. Ministro do STF. Atuação como ministro do TSE: participação na elaboração do ato. Informações prestadas como presidente do TSE. ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Impedimento ou suspeição: inaplicabilidade. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Trbt Implementação do Projeto do Gasoduto Brasil-Bolívia. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 543.943-AgR *RTJ* 217/559

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 518.325-AgR *RTJ* 217/554

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Isenção e benefício fiscal. Área de extração e beneficiamento de sal marinho. Convênio interestadual: ausência. CF/1988, art. 155, § 2º, XII, *g*: ofen-

sa. Lei estadual 8.299/2003/RN, art. 9º: nulidade sem redução de texto. ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Trbt ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** Isenção heterônoma. Implementação do Projeto do Gasoduto Brasil-Bolívia. Tratado internacional. Estado federal brasileiro e União: distinção. CF/1988, art. 151, III: interpretação. RE 543.943-AgR *RTJ* 217/559

Trbt ***Imunidade tributária.*** Instituição de ensino de língua estrangeira. Atividade assistencial: intensidade e abrangência da prestação gratuita ou subsidiada. CF/1988, art. 150, VI, *c*. RMS 24.283-AgR-segundo *RTJ* 217/276

Trbt ***Imunidade tributária recíproca.*** Inaplicabilidade. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Município: contribuinte de fato. Aquisição de produto, serviço ou operação onerosa com intuito lucrativo. CF/1988, art. 150, VI, *a*. AI 518.325-AgR *RTJ* 217/554

PrSTF Inadmissibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

Trbt Inaplicabilidade. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 518.325-AgR *RTJ* 217/554

Pn Incapacidade de causar interferência nos demais meios de comunicação. (...) ***Rádio comunitária.*** HC 104.530 *RTJ* 217/505

PrSTF Inconstitucionalidade por omissão parcial: efeitos. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Ct Inconstitucionalidade por omissão parcial: imprecisa distinção da ofensa constitucional. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Trbt Indeferimento de medida cautelar em ADI: ausência de *fumus boni iuris*. (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

Int Indeferimento parcial. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrPn Individualização suficiente da conduta. (...) ***Denúncia.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrPn Inércia da defesa: preclusão. (...) ***Processo criminal.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrSTF Informações prestadas como presidente do TSE. (...) ***Impedimento.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Adm Ingresso. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Adm Ingresso e remoção: distinção. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Pn Início do cumprimento da pena: inocorrência. (...) ***Extinção da punibilidade.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrSTF Inocorrência. (...) ***Impedimento.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrPn Instauração prévia de procedimento administrativo: necessidade. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

Trbt Instituição de ensino de língua estrangeira. (...) ***Imunidade tributária.*** RMS 24.283-AgR-segundo *RTJ* 217/276

Ct Instituição por Estado-membro: vedação. (...) ***Competência tributária.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

PrPn Instituições militares: ofensa inocorrente. (...) ***Competência criminal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

PrPn ***Instrução criminal.*** Audiência de inquirição de testemunha por precatória. Requisição para comparecimento do réu preso: ausência. Nulidade relativa. Prejuízo à defesa: não alegação. HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrCv Intempestividade. (...) ***Agravo regimental.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrPn Interceptação telefônica licitamente conduzida: encontro fortuito de prova. (...) ***Prova criminal.*** AI 626.214-AgR *RTJ* 217/579

PrCv Interposição por fac-símile. (...) ***Agravo regimental.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrSTF Interposição simultânea. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

Pn Interrupção do prazo pelo acórdão que diminuiu a pena: inocorrência. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.704 *RTJ* 217/513

PrPn Intimação de ambos os advogados: desnecessidade. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

PrPn Intimação do paciente para constituir defensor para inquirição de testemunha. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn Inversão da ordem legal em instrução criminal. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

Trbt Isenção e benefício fiscal. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Trbt Isenção heterônoma. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 543.943-AgR *RTJ* 217/559

J

PrPn Justa causa: ausência. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

PrPn Justiça Federal comum. (...) ***Competência criminal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

L

PrPn Legitimidade. (...) ***Prova criminal.*** AI 626.214-AgR *RTJ* 217/579

PrPn Legitimidade concorrente. (...) ***Ação penal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

Int Lei 6.815/1980, art. 77, II. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

TrPrv Lei 8.112/1990, art. 217, II, *b*. (...) ***Benefício previdenciário.*** MS 25.823 *RTJ* 217/281

Trbt Lei 8.212/1991, arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, redação da Lei 8.540/1992 até a Lei 9.528/1997: inconstitucionalidade. (...) ***Contribuição social.*** RE 363.852 *RTJ* 217/524

Ct Lei 9.424/1996, arts. 1º, § 1º, e 6º. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

Pn Lei 9.441/1997, art. 1º, I. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.004 *RTJ* 217/420

Pn Lei 9.472/1997, art. 183. (...) ***Rádio comunitária.*** HC 104.530 *RTJ* 217/505

El Lei 9.504/1997, art. 41-A. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

PrSTF Lei 9.868/1999, art. 27. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrSTF Lei 9.868/1999, art. 27: ponderação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

PrPn Lei 10.826/2003, art. 16. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

PrCv Lei 12.016/2009, art. 10, § 1º: inaplicabilidade. (...) ***Agravo regimental.*** MS 27.656-MC-AgR *RTJ* 217/329

Trbt Lei complementar: ausência. (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

PrSTF Lei Complementar 62/1989, art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e Anexo Único: aplicação até 31 de dezembro de 2002. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Ct Lei Complementar 62/1989, art. 2º, I e II, § 1º, § 2º e § 3º, e Anexo Único: inconstitucionalidade por omissão parcial. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

El Lei Complementar 64/1990, art. 22: inaplicabilidade. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

Ct Lei Complementar estadual 64/2002/MG, art. 85: inconstitucionalidade. (...) ***Competência tributária.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

Trbt Lei Complementar estadual 64/2002/MG, art. 85: inconstitucionalidade. (...) ***Contribuição social.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

PrPn Lei de Execução Penal (LEP), arts. 53, V, e 59. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

Pn Lei de Execução Penal (LEP), art. 112. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

PrSTF Lei distrital 3.642/2005/DF. (...) ***Embargos de declaração.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Ct Lei estadual 2.749/1997/RJ: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.947 *RTJ* 217/150

Ct Lei estadual 6.263/1988/SP: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.575 *RTJ* 217/105

Ct Lei estadual 8.299/2003/RN, arts. 6º e 7º: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Trbt Lei estadual 8.299/2003/RN, art. 9º: nulidade sem redução de texto. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Adm Lei estadual 13.136/1997/GO, art. 16, II, III, VIII, IX e X: suspensão cautelar. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Adm Lei estadual 13.136/1997/GO, art. 16, V: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Ct Lei estadual 18.721/2010/MG: suspensão cautelar. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.401-MC *RTJ* 217/258

PrCv Liminar em mandado de segurança: indeferimento. (...) ***Agravo regimental.*** MS 27.656-MC-AgR *RTJ* 217/329

Ct Liquidação: aplicação de índice de atualização. (...) ***Precatório.*** RE 184.327-EDv *RTJ* 217/519

Int Local do crime: território reivindicado pela Autoridade Nacional Palestina. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Adm Lotação provisória por decisão judicial: gravidez de alto risco. (...) ***Servidor público.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

M

El ***Mandato parlamentar.*** Cassação. Decisão da Justiça Eleitoral. Recusa de cumprimento imediato pela Mesa do Senado: posse ao substituto legal. Trânsito em julgado: desnecessidade. Ato de natureza meramente

declaratório. CF/1988, art. 55, V. Lei Complementar 64/1990, art. 22: inaplicabilidade. Lei 9.504/1997, art. 41-A. MS 27.613 *RTJ* 217/314

Pn Manifestação dos órgãos técnicos: validade para saídas subsequentes. (...) ***Execução penal.*** HC 98.067 *RTJ* 217/347

Adm Marco inicial: data de ingresso no serviço. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Pn Marco interruptível: publicação da sentença condenatória. (...) ***Extinção da punibilidade.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrPn Matéria de prova. (...) ***Habeas corpus.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

Ct Matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 1.759 *RTJ* 217/110

PrSTF Medida cautelar: referendo do Plenário. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Trbt Medida Provisória 1.715/1998 e reedições, arts. 7º, 8º, 9º e 11. (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

Ct Mérito da decisão e modulação dos efeitos: juízos autônomos. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrPn Ministério Público e ofendido. (...) ***Ação penal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

Ct ***Ministério Público estadual.*** Atribuição. Ação civil de reparação de dano ao erário por improbidade administrativa: desvio de verba do Fundef. Complementação por verba pública federal: ausência. Lei 9.424/1996, arts. 1º, § 1º, e 6º. ACO 1.156 *RTJ* 217/102

Ct Ministério Público Federal e Ministério Público estadual. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

PrSTF Ministro do STF. (...) ***Impedimento.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Modelo bifásico. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrSTF Modulação dos efeitos: ausência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrSTF Modulação dos efeitos: dever constitucional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Ct Modulação dos efeitos da decisão. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Adm Mudança de cidade durante o ano letivo: possibilidade de dano educacional e emocional aos outros filhos. (...) ***Servidor público.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

Trbt Município: contribuinte de fato. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 518.325-AgR *RTJ* 217/554

N

Int Nacionalidade do autor e da vítima do crime: israelense. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrPn Não conhecimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

TrPrv Neta de servidora falecida durante período de guarda provisória de cinco anos. (...) ***Benefício previdenciário.*** MS 25.823 *RTJ* 217/281

Pn Novo processo: desnecessidade. (...) ***Execução penal.*** HC 98.067 *RTJ* 217/347

PrSTF Nulidade da lei inconstitucional: regra. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn Nulidade relativa. (...) ***Instrução criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn Nulidade relativa. (...) ***Processo criminal.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

O

Pn Operação sem autorização do poder público. (...) ***Rádio comunitária.*** HC 104.530 *RTJ* 217/505

Ct Ordem cronológica: quebra inocorrente. (...) ***Precatório.*** Rcl 3.138 *RTJ* 217/154

PrCv Original apresentado em Secretaria de tribunal diverso. (...) ***Agravo regimental.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

P

Ct Pagamento de crédito decorrente de desapropriação. (...) ***Precatório.*** Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

PrCv Pedido de lotação em unidade determinada: proteção à família. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

PrPn Pedido expresso nos autos: ausência. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

Pn ***Pena.*** Dosimetria. Recurso exclusivo da defesa: redução do *quantum* total da pena. Circunstância agravante reconhecida pelo tribunal. *Reformatio in pejus*: configuração. HC 99.925 *RTJ* 217/413

TrPrv Pensão por morte. (...) ***Benefício previdenciário.*** MS 25.823 *RTJ* 217/281

PrCv Percepção de proventos acima do teto constitucional. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrPn Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito: não configuração. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

Int Possibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrPn Possibilidade de fuga: elementos concretos nos autos. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

PrCv Prazo em dobro: inadmissibilidade. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 446-MC-AgR *RTJ* 217/11

Ct ***Precatório.*** Condenação judicial. Valor expresso em padrão monetário e OTN. Liquidação: aplicação de índice de atualização. CF/1967, art. 117, § 1º, redação da EC 1/1969: ofensa. RE 184.327-EDv *RTJ* 217/519

Ct ***Precatório.*** Ordem cronológica: quebra inocorrente. Crédito paradigmático: pessoas jurídicas distintas. Sequestro de verba pública: inadmissibilidade. Decisão na ADI 1.662: ofensa. Rcl 3.138 *RTJ* 217/154

Ct ***Precatório.*** Sequestro de verba pública municipal. Pagamento de crédito decorrente de desapropriação. Dívida de natureza alimentar ou trabalhista: inocorrência. Vinculação de receita ou destinação de emolumentos extrajudiciais: inexistência. Decisões na ADI 1.662, na ADI 1.689, na ADI 3.401 e na ADPF 114-MC: ausência de descumprimento. ADCT da Constituição Federal/1988, art. 78, § 4º. Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

Ct Precatório: ordem cronológica. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 27.708 *RTJ* 217/333

PrPn Prejuízo à defesa: não alegação. (...) ***Instrução criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn Prejuízo inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

Pn Prescrição da pretensão executória. (...) ***Extinção da punibilidade.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

Pn Prescrição intercorrente: cálculo. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.704 *RTJ* 217/513

PrSTF Presença das condições necessárias à flexibilização dos efeitos da decisão. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrPn Prevenção. (...) ***Competência criminal.*** HC 103.510 *RTJ* 217/486

PrPn Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

El Princípio da anterioridade eleitoral: ofensa inocorrente. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Pn Princípio da insignificância: aplicabilidade excepcional. (...) ***Rádio comunitária.*** HC 104.530 *RTJ* 217/505

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.004 *RTJ* 217/420 − HC 100.938 *RTJ* 217/438

Pn Princípio da isonomia. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.938 *RTJ* 217/438

PrPn Princípio da isonomia: ofensa. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

Adm Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. (...) ***Concurso público.*** RE 497.350-AgR *RTJ* 217/550

Adm Princípio da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Ct Princípio da ordem econômica. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Ct Princípio da segurança jurídica. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrSTF Princípio da singularidade dos recursos: ofensa. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

Int Princípio da territorialidade: ofensa inocorrente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrSTF Princípio da unidade e da máxima efetividade da Constituição. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrPn Princípio do contraditório e da ampla defesa. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Possibilidade de fuga: elementos concretos nos autos. CPP/1941, art. 312. HC 98.145 *RTJ* 217/351

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Reconhecimento fotográfico sem a presença do acusado. Ratificação em juízo sob garantia do contraditório e da ampla defesa. HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn ***Processo criminal.*** Suspensão condicional do processo penal – *sursis* processual: ausência de proposta. Inércia da defesa: preclusão. Nulidade relativa. Prejuízo inocorrente. RHC 101.358 *RTJ* 217/444

Ct Processo de caráter objetivo. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

El ***Processo eleitoral.*** Alteração: inocorrência. Resolução do TSE: norma interpretativa. Fixação do número de vereadores: cláusula de proporcionalidade. Princípio da anterioridade eleitoral: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 16: finalidade. ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct ***Processo eleitoral.*** Composição da Câmara Municipal: número de vereadores. Fixação de critério homogêneo em caráter definitivo. Explicitação de interpretação constitucional. Transcendência dos motivos determinantes do RE 197.917. Força normativa da Constituição. Princípio da segurança jurídica. CF/1988, art. 29, IV: interpretação. Resolução 21.702/2004-TSE. ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct ***Processo legislativo.*** Matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo. Diretrizes orçamentárias: vinculação de receita corrente. Programa de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento. CF/1988, art. 167, IV: ofensa. Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, art. 120, § 3º, V, redação da EC 14/1997: inconstitucionalidade. ADI 1.759 *RTJ* 217/110

Trbt Produtor rural: pessoa natural. (...) ***Contribuição social.*** RE 363.852 *RTJ* 217/524

Ct Programa de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 1.759 *RTJ* 217/110

Pn Progressão: possibilidade. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

Ct Proibição de revista íntima em empregado. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.947 *RTJ* 217/150

Int Promessa de reciprocidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrCv Protocolização tardia na Secretaria do STF. (...) ***Agravo regimental.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrPn ***Prova criminal.*** Legitimidade. Interceptação telefônica licitamente conduzida: encontro fortuito de prova. Crime conexo punido com detenção. CF/1988, art. 5º, XII e LVI. AI 626.214-AgR *RTJ* 217/579

Adm Prova física. (...) ***Concurso público.*** RE 497.350-AgR *RTJ* 217/550

Q

PrPn Questão não apreciada pelo STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.875 *RTJ* 217/431 − HC 103.787 *RTJ* 217/494 − HC 104.404 *RTJ* 217/499

R

Pn ***Rádio comunitária.*** Operação sem autorização do poder público. Baixa potência: área distante de outras emissoras e aeroporto. Incapacidade de causar interferência nos demais meios de comunicação. Princípio da insignificância: aplicabilidade excepcional. Lei 9.472/1997, art. 183. HC 104.530 *RTJ* 217/505

PrPn Ratificação em juízo sob garantia do contraditório e da ampla defesa. (...) ***Processo criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

TrPrv Recebimento até 21 anos de idade. (...) ***Benefício previdenciário.*** MS 25.823 *RTJ* 217/281

PrPn Receptação qualificada: comerciante. (...) ***Denúncia.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

Trbt Recolhimento por sub-rogação do adquirente: não obrigatoriedade. (...) ***Contribuição social.*** RE 363.852 *RTJ* 217/524

PrPn Reconhecimento fotográfico sem a presença do acusado. (...) ***Processo criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

Pn Recurso exclusivo da defesa: redução do *quantum* total da pena. (...) ***Pena.*** HC 99.925 *RTJ* 217/413

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Inadmissibilidade. Interposição simultânea. Recurso ordinário no TST: não esgotamento. Princípio da singularidade dos recursos: ofensa. CLT/1943, art. 894, redação da Lei 11.496/2007. AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

PrSTF Recurso ordinário no TST: não esgotamento. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

El Recusa de cumprimento imediato pela Mesa do Senado: posse ao substituto legal. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

Pn Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento: ausência. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.938 *RTJ* 217/438

Pn *Reformatio in pejus*: configuração. (...) ***Pena.*** HC 99.925 *RTJ* 217/413

PrPn Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

Pn ***Regime prisional.*** Progressão: possibilidade. Cumprimento de um sexto da pena máxima em abstrato em prisão provisória. Detração penal: peculato e gestão fraudulenta. CP/1940, art. 42. Lei de Execução Penal (LEP), art. 112. Súmula 716 do STF. HC 98.145 *RTJ* 217/351

Adm Remoção. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Adm Remoção: diferimento dos efeitos da decisão de suspensão de tutela antecipada. (...) ***Servidor público.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

PrPn Requisição para comparecimento do réu preso: ausência. (...) ***Instrução criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

Ct Resolução 21.702/2004-TSE. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrSTF Resolução do TSE. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

El Resolução do TSE: norma interpretativa. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Revisões periódicas dos coeficientes: necessidade. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

S

Pn Saída temporária: autorização. (...) ***Execução penal.*** HC 98.067 *RTJ* 217/347

Ct Sal marinho não beneficiado: suspensão gradativa do escoamento para outros Estados. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

PrPn Sanção disciplinar. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

PrSTF Segurança jurídica e excepcional interesse social: parâmetros constitucionais. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Pn Sentença condenatória e trânsito em julgado: parâmetro. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.704 *RTJ* 217/513

Ct Sequestro de verba pública: inadmissibilidade. (...) ***Precatório.*** Rcl 3.138 *RTJ* 217/154

Ct Sequestro de verba pública municipal. (...) ***Precatório.*** Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

Trbt Serviço de assistência à saúde: custeio. (...) ***Contribuição social.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

Ct Serviço de assistência à saúde de servidor público estadual: custeio. (...) ***Competência tributária.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

Trbt Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP): custeio. (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

Adm Serviço notarial e de registro. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Adm ***Servidor público.*** Remoção: diferimento dos efeitos da decisão de suspensão de tutela antecipada. Lotação provisória por decisão judicial: gravidez de alto risco. Tutela antecipada até o fim da licença-maternidade: pedido de prorrogação. Mudança de cidade durante o ano letivo:

possibilidade de dano educacional e emocional aos outros filhos. STA 507-AgR *RTJ* 217/15

PrCv Servidor público. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

Trbt Servidor público estadual: filiação compulsória. (...) ***Contribuição social.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

PrPn Sessão de julgamento: réu representado por mais de um advogado. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

Adm Sobrevalorização e equiparação ao título de aprovação em concurso para cargo de carreira jurídica: impossibilidade. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

Trbt Substituição de contribuições existentes da mesma espécie: Sistema "S". (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

PrCv Súmula 622 do STF. (...) ***Agravo regimental.*** MS 27.656-MC-AgR *RTJ* 217/329

PrPn Súmula 714 do STF. (...) ***Ação penal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

Pn Súmula 716 do STF. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

PrPn Supressão de instância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.875 *RTJ* 217/431 − HC 103.787 *RTJ* 217/494 − HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn Suspensão condicional do processo penal – *sursis* processual: ausência de proposta. (...) ***Processo criminal.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrCv ***Suspensão de segurança.*** Deferimento. Efeito multiplicador: fundamento suficiente. Grave lesão à economia pública. Percepção de proventos acima do teto constitucional. CF/1988, art. 37, XI. SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrCv ***Suspensão de tutela antecipada.*** Fazenda Pública. Prazo em dobro: inadmissibilidade. CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. STA 446-MC-AgR *RTJ* 217/11

PrCv ***Suspensão de tutela antecipada.*** Grave lesão à ordem administrativa. Servidor público. Pedido de lotação em unidade determinada: proteção à família. Causa anterior ao ingresso no serviço público. STA 507-AgR *RTJ* 217/15

Ct Suspensão do julgamento: possibilidade. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrPn Sustentação oral: ato não essencial à defesa. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

T

Ct Telecomunicações. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.401-MC *RTJ* 217/258

PrPn Tentativa de homicídio: desclassificação. (...) ***Ação penal.*** HC 98.712 *RTJ* 217/391

PrPn Tipicidade. (...) ***Ação penal.*** HC 98.712 *RTJ* 217/391

Adm Títulos: critério ordenado de valoração. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246

PrPn Trancamento. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

PrPn Trancamento de ação penal anterior: pedido de extensão dos efeitos a ação conexa. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.875 *RTJ* 217/431

Ct Transcendência dos motivos determinantes do RE 197.917. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

El Trânsito em julgado: desnecessidade. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

PrPn Transmissão do vírus HIV. (...) ***Ação penal.*** HC 98.712 *RTJ* 217/391

Int Tratado: ausência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Trbt Tratado internacional. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 543.943-AgR *RTJ* 217/559

Adm Tutela antecipada até o fim da licença-maternidade: pedido de prorrogação. (...) ***Servidor público.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

U

Ct União Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.575 *RTJ* 217/105 − ADI 2.866 *RTJ* 217/141 − ADI 2.947 *RTJ* 217/150 − ADI 4.401-MC *RTJ* 217/258

Ct União Federal. (...) ***Competência tributária.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

V

PrSTF Vácuo legislativo: prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Ct Valor expresso em padrão monetário e OTN. (...) ***Precatório.*** RE 184.327-EDv *RTJ* 217/519

Ct Vinculação de receita ou destinação de emolumentos extrajudiciais: inexistência. (...) ***Precatório.*** Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

Ct Votos insuficientes para aprovação: ministro ausente. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

446	(STA-MC-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/11
507	(STA-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/15
875	(ADI)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/20
1.122	(Ext)	Rel.: Min. Ayres Britto	217/64
1.156	(ACO)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/102
1.575	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	217/105
1.759	(ADI)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/110
1.924	(ADI-MC)	Rel. p/ o ac.: Min. Joaquim Barbosa	217/114
2.866	(ADI)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/141
2.947	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/150
3.138	(Rcl)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	217/154
3.345	(ADI)	Rel.: Min. Celso de Mello	217/162
3.528	(SS-AgR-ED)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/225
3.601	(ADI-ED)	Rel.: Min. Dias Toffoli	217/230
4.178	(ADI-MC-REF)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/246
4.401	(ADI-MC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/258
6.735	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Ellen Gracie	217/263
24.283	(RMS-AgR-segundo)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	217/276
25.823	(MS)	Rel. p/ o ac.: Min. Ayres Britto	217/281
27.613	(MS)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	217/314
27.656	(MS-MC-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/329
27.708	(MS)	Rel.: Min. Marco Aurélio	217/333
96.328	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/340
98.067	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	217/347
98.145	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli	217/351
98.712	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	217/391
99.271	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	217/406

99.925	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	217/413
100.004	(HC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	217/420
100.588	(HC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	217/426
100.875	(HC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	217/431
100.938	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	217/438
101.358	(RHC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	217/444
102.019	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	217/452
102.422	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	217/459
103.510	(HC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	217/486
103.787	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	217/494
104.404	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	217/499
104.530	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	217/505
104.704	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	217/513
184.327	(RE-EDv)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/519
363.852	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	217/524
497.350	(RE-AgR)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	217/550
518.325	(AI-AgR)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	217/554
543.943	(RE-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	217/559
573.540	(RE)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/568
626.214	(AI-AgR)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	217/579
735.760	(AI-AgR)	Rel.: Min. Ellen Gracie	217/583