Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 218
outubro a dezembro de 2011

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Disponível também em: <http://stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>

Secretaria do Tribunal
Alcides Diniz da Silva

Secretaria de Documentação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Andreia Fernandes de Siqueira

Equipe técnica: Cíntia Machado Gonçalves Soares, Damaris de Melo Andrade (estagiária), Gil Wadson Moura Júnior, Juliana Aparecida de Souza Figueiredo, Priscila Heringer Cerqueira Pooter e Valquirio Cubo Junior.

Diagramação: Débora Harumi Shimoda Carvalho

Revisão: Flávia Teixeira da Silva, Janaína Lima Arruda e Rochelle Quito

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.

Seção de Distribuição de Edições
Maria Cristina Hilário da Silva
Supremo Tribunal Federal
Anexo II-A, Cobertura, Sala C-624
Praça dos Três Poderes
70175-900 – Brasília-DF
livraria.cdju@stf.jus.br
Fone: (061) 3217-4780

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

DECISÕES MONOCRÁTICAS 593

ÍNDICE ALFABÉTICO 625

ÍNDICE NUMÉRICO 707

ACÓRDÃOS

TERCEIRO AGRAVO REGIMENTAL
NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL 134 — CE

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Partido dos Trabalhadores – PT — Agravados: Prefeito Municipal de Fortaleza e Câmara Municipal de Fortaleza

Constitucional. Agravo regimental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vinculação do reajuste da remuneração de servidores públicos ao salário mínimo. Coisa julgada. Normas que perderam sua vigência. Princípio da subsidiariedade. Agravo improvido.

I – O presente caso objetiva a desconstituição de decisões judiciais, dentre as quais muitas já transitadas em julgado, que aplicaram índice de reajuste coletivo de trabalho definido pelos Decretos municipais 7.153/1985, 7.182/1985, 7.183/1985, 7.251/1985, 7.144/1985, 7.809/1988 e 7.853/1988, bem como pela Lei municipal 6.090/1986, todos do Município de Fortaleza/CE. Este instituto de controle concentrado de constitucionalidade não tem como função desconstituir coisa julgada.

II – A arguição de descumprimento de preceito fundamental é regida pelo princípio da subsidiariedade a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado.

III – A ação tem como objeto normas que não se encontram mais em vigência. A ofensa à Constituição Federal, consubstanciada na vinculação da remuneração ao salário mínimo, não persiste nas normas que estão atualmente em vigência.

IV – Precedentes.

V – A admissão da presente ação afrontaria o princípio da segurança jurídica.

VI – Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negar provimento ao recurso de agravo. Votou o Presidente. Ausentes, licenciado, o Ministro Menezes Direito e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente).

Brasília, 3 de junho de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão em que neguei seguimento à arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT), com o objetivo de reparar eventuais lesões a preceitos fundamentais consubstanciadas

> em decisões judiciais das Justiças do Trabalho e Comum Estadual do Estado do Ceará, pelo fato de atribuírem equivocada exegese ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Carta Magna), bem como pretenderem emprestar efeitos indevidos e inconstitucionais a dispositivos normativos (...) eivados de flagrante inconstitucionalidade ou não recepcionados pela Carta Política em vigor, a saber: os Decretos 7.153/1985, 7.182/1985, 7.183/1985, 7.251/1985, 7.144/1985, 7.809/1988 e 7.853/1988 e a Lei Municipal nº 6.090/86, todos do Município de Fortaleza/CE (...) (Fl. 2.)

Foram solicitadas prévias informações nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei 9.882/1999 (fl. 201).

Após, o Município de Fortaleza e o Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza (SINDIFORT) requereram o ingresso na presente ação de descumprimento de preceito fundamental na qualidade de *amicus curiae*. Adveio, também, pedido de intervenção de terceiros dos servidores públicos do Município de Fortaleza.

Às fls. 1427-1429, indeferi os pedidos de *amicus curiae*, bem como o pedido de intervenção de terceiros, sob os seguintes fundamentos:

> A admissão de terceiros, "órgãos ou entidades", nos termos da lei, na condição de *amicus curiae*, configura circunstância de fundamental importância, porém de caráter excepcional, e que pressupõe, para tornar-se efetiva, a demons-

tração do atendimento de requisitos, dentre os quais, a relevância da matéria e a representatividade do terceiro. Nesse sentido anota Cléver Vasconcelos:

> "O *amicus curiae* (...), conquanto considerado fenômeno de uma intervenção atípica, porque o 'amigo da corte' não pretende que a ação seja julgada a favor de ou contra uma das partes, mas sim colabora para uma decisão justa do Poder Judiciário, por meio de uma participação meramente informativa.
>
> O STF já apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, afirmando, em voto do relator, Min. Celso de Mello, na ADIn nº 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, que não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de 'admissão informal de um colaborador da corte'.
>
> Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o *amicus curiae*, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador."

Assim, o deferimento dos pedidos ora formulados importaria em abrir espaço para a discussão de situações de caráter individual, incabível em sede de controle abstrato, além de configurar condição que refoge à figura do *amicus curiae*.

Contra essa decisão, foram interpostos agravos regimentais.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido, *in verbis*:

> Administrativo. Servidor público. Normas municipais que vinculam ao salário mínimo a remuneração do funcionalismo público municipal. Preliminar: conhecimento parcial da ADPF. Mérito: violação ao art. 7º, IV, da Constituição Federal. Ofensa à autonomia municipal e às prerrogativas institucionais do Chefe do Poder Executivo. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja deferida a medida cautelar postulada e julgado procedente o pedido inicial.
> (Fl. 1431.)

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela procedência do pedido em parecer que recebeu a seguinte ementa:

> Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vinculação de vencimentos do funcionalismo público do Município de Fortaleza a índice de reajuste do salário mínimo. Legislação municipal e decretos que lhe dão execução. Precedência à Constituição de 1988. Objeto apto a ser investigado em ADPF. Autonomia municipal como preceito fundamental. Relação que, por representar ajustes automáticos, à revelia da administração do Município, reduz sua interferência na política salarial de seu pessoal. Precedentes da Corte (ADPF 33 e ADPF 47). Parecer pelo conhecimento parcial (um dos decretos não trata integralmente da matéria objeto da arguição) e pela procedência dos pedidos, com declaração de não recepção dos atos normativos contrários ao modelo inaugurado em 1988.
> (Fl. 1445.)

Ademais, outros interessados pugnaram pela admissão na presente ação de descumprimento de preceito fundamental na qualidade de *amicus curiae*.

Após, neguei seguimento à arguição de descumprimento de preceito fundamental em decisão assim fundamentada:

> Assim, não merece prosperar a presente ADPF, porque: (i) não cabe a este instituto desconstituir coisa julgada; (ii) esta ação de controle abstrato de constitucionalidade é regida pelo princípio da subsidiariedade a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado; (iii) tem como objeto normas que não se encontram mais em vigência, o que a torna, portanto, prejudicada; e, por fim, (iv) sua admissão afrontaria o princípio da segurança jurídica.
>
> Isso posto, nego seguimento à presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (arts. 4º, *caput*, da Lei 9.882/1999 e 21, IX, do RISTF). Prejudicados, pois, os pedidos de *amicus curiae*, bem como os recursos interpostos em face da decisão que os inadmitiu.

Em seguida, foi interposto o presente agravo regimental pelo Partido dos Trabalhadores (PT), no qual pleiteia a reforma dessa decisão.

Sustenta, primeiramente, que

> Subsidiariedade (...) não se identifica com esgotamento de meios jurídico-processuais existentes; parece óbvio que o legislador que referir-se à inexistência de meios que possam ser utilizados de modo eficaz e geral pelo autor da ação.
> (Fl. 1743.)

Argumenta, ainda, que

> os diplomas normativos municipais que constituem objeto da presente ADPF são todos anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, razão pela qual sua revogação derivou, a rigor, não do advento de legislação municipal posterior, mas, sim, da própria ausência de recepção daqueles diplomas pela nova ordem constitucional.
> (Fl. 1748.)

Por fim, aduz que a arguição de descumprimento de preceito fundamental sob exame não possuiria identidade com a ADPF 83/ES, Rel. Min. Carlos Britto, pois

> a ADPF 83/ES se insurgiu contra legislação municipal que simplesmente endossou um acordo coletivo (ato negocial, portanto), o qual beneficiaria indistintamente todas as categorias de servidores estatutários do Município de Vitória.
>
> (...)
>
> O presente caso, ao contrário, não versa acerca de ato negocial uno, mas, sim, de atos normativos que incidem em relação a cada ato ou fato considerado per se"
> (Fls. 1751-1752.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Senhor Presidente.

Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão não merece reforma, visto que o recorrente não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

O presente caso objetiva a desconstituição de decisões judiciais, dentre as quais muitas já transitadas em julgado, que aplicaram índice de reajuste coletivo de trabalho definido pelos Decretos Municipais 7.153/1985, 7.182/1985, 7.183/1985, 7.251/1985, 7.144/1985, 7.809/1988 e 7.853/1988, bem como pela Lei Municipal 6.090/1986, todos do Município de Fortaleza/CE.

Desse modo, verifico que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) não é cabível.

Primeiramente, ressalto que este instituto de controle concentrado de constitucionalidade não tem como função desconstituir coisa julgada, o que o inviabiliza quanto à parte do pedido do arguente, qual seja, de

> reconhecer e declarar, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, *inclusive quanto à coisa julgada já formada*, que os servidores e respectivos dependentes do quadro de pessoal das Administrações Direta e Indireta do Município de Fortaleza constante nos Decretos Municipais nºs 7.153/1985, 7.182/1985, 7.183/1985, 7.251/1985, 7.144/1985, 7.809/1988 e 7.853/1988 e pela Lei Municipal 6.090/1986, diretamente ou por via reflexa, por evidente ausência de recepção dos mesmos pela Carta Magna de 1988, à luz dos preceitos fundamentais invocados nesta ação.
> (Fl. 27 – Grifos nossos.)

O instituto da coisa julgada já foi bastante estudado pela doutrina, como se observa da lição de Cândido Rangel Dinamarco:

> A Constituição brasileira estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI) e o Código de Processo Civil fornece elemento seguro para o entendimento do alcance desse dispositivo, ao impedir novos julgamentos sobre a demanda já definitivamente julgada. Não se limita a garantir a inviolabilidade da coisa julgada mediante a exigência de que outros possíveis julgamentos fossem conformes com aquele já estabilizado por ela: ele vai além disso, ao proibir todo e qualquer julgamento sobre a mesma demanda, quer conformes, quer divergentes.[1]

Nesse sentido, desconstituir coisa julgada para examinar a questão em comento acarretaria em grave prejuízo ao princípio da segurança jurídica. Sobre esse princípio, cito aqui a lição do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, J. J. Gomes Canotilho:

> O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.
> (...)

---

[1] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 137. V. III.

> A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial (...). As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.[2]

Já no que tange às demandas cujo trânsito em julgado ainda não ocorreu, nas quais os servidores da Administração Direta do Município pleiteiam a equiparação dos vencimentos por meio de isonomia, existem outros meios processuais para contestá-las.

Desse modo, também quanto às demandas que não transitaram em julgado, é incabível a presente ADPF, uma vez que esse instituto é circunscrito aos limites da subsidiariedade, conforme definido pelo art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, *in verbis*:

> Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou inepta.
>
> § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Nesse aspecto, cito trecho da ADPF 12/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão:

> A arguição de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da Carta da República, e regulada pela Lei 9.882/1999, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado, conforme dicção expressa do art. 4º, § 1º, da mencionada Lei 9.882/1999.

Também na ADPF 128/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, assentou-se que

> o conhecimento da ação encontraria óbice no princípio da subsidiariedade. É que a Lei 9.882/1999 prescreve, no art. 4º, § 1º, que se não admitirá arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Ora, é fora de dúvida que o ordenamento jurídico prevê, para a hipótese, outros remédios processuais ordinários que, postos à disposição da arguente, são aptos e eficazes para lhe satisfazer de todo a pretensão substantiva que transparece a esta demanda.

Ressalto, ainda, que situação bastante semelhante foi recentemente analisada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF

---

[2] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

83/ES, Rel. Min. Ayres Britto. Naquele caso, o Tribunal, por unanimidade, não conheceu da arguição.

Naquela oportunidade, cuidava-se de ADPF em face de lei municipal que estabeleceu o IPC, previsto na Lei federal 7.730/1989, como índice de reajuste de vencimentos de servidores públicos (Lei 3.624/89 do Município de Vitória/ES).

No presente caso, a ADPF foi proposta contra os efeitos diretos e reflexos de normas municipais que teriam vinculado os vencimentos de parte do funcionalismo público do Município de Fortaleza/CE a índice de reajuste do salário mínimo. Em ambas as ações, o principal preceito fundamental tido como violado é a autonomia municipal. Também, nos dois feitos, há decisões judiciais com trânsito em julgado, bem como processos em curso, suscetíveis de impugnação por outras vias.

Transcrevo, em oportuno, trecho das assertivas do Ministro Cezar Peluso na ADPF 83/ES, Rel. Min. Carlos Ayres Britto:

> Se (...) já foi reconhecido como válido e legal por força de coisa julgada, em relação a algum dos contraentes, não vejo como, em ação de descumprimento de preceito fundamental, cindir esse ato negocial para, agora, considerá-lo eventualmente inválido em relação a outros contraentes (...).

Também o Ministro Menezes Direito votou pela inadmissibilidade daquela arguição, *in verbis*:

> esta ação está sendo utilizada como se fosse embargos à execução. Estamos substituindo este último por uma ação de natureza constitucional. Por que isso é verdade? Primeiro, porque a lei municipal foi votada, por iniciativa do prefeito municipal; houve o curso de diversas ações ordinárias, as quais prosseguiram; houve uma iniciativa de uma outra ação ordinária, esta que ainda está em curso, e no momento em que se viu o município compelido à execução de diversas ações que transitaram em julgado, vem essa arguição de descumprimento de preceito fundamental, como se fossem embargos à execução, para obstaculizar o cumprimento de decisão judicial relativamente a uma lei de iniciativa do próprio prefeito municipal, votada pela câmara dos vereadores.

Ainda na mesma ADPF 83/ES, o Ministro Marco Aurélio assentou que

> No caso, temos (...) uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que implicou simplesmente o endosso de um acordo coletivo. Mais do que isso: a ADPF veio a ser formalizada quando já não existente, porquanto não ocorrera a preclusão, qualquer outro remédio jurídico.
>
> (...). Ante o previsto no acordo coletivo, endossado pela lei municipal, tivemos o ajuizamento de ações, e a municipalidade se defendeu nessas ações. Ocorreu o trânsito em julgado das decisões proferidas nessas ações. No biênio, foi ajuizada a ação rescisória; esta veio a ser apreciada. Transitou em julgado o que decidido na ação de impugnação autônoma que é rescisória. E aí há a lembrança – como se a arguição de descumprimento de preceito fundamental fosse polivalente (...).
>
> Creio que a situação jurídica é exemplar quanto ao não cabimento da ADPF. Não podemos conferir a esse instrumental tão nobre – e bem revela que ele é no-

> bre o número deste processo – contornos que coloquem em plano secundário a segurança jurídica; contornos de verdadeira rescisória.

Ademais, bem examinados os autos, verifico que os Decretos municipais de Fortaleza 7.153/1985 (IJF), 7.182/1985 (FSSM), 7.183/1985 (FUNEFOR), 7.251/1985 (SPADM), 7.144/1985 (SPADM), 7.809/1988 (SUMOV) e 7.853/1988 (SUMOV), bem como a Lei municipal 6.090/1986 (Grupo de Magistério do Município de Fortaleza), não se encontram mais em vigência, uma vez que foram revogados pela Lei 7.141, de 29 de maio de 1992 (Plano Municipal de Cargos e Carreiras – PMCC), pela Lei 7.759, de 24 de julho de 1995 (Plano de Cargos e Carreiras de Saúde – PCCS) e pela Lei 8.089, de 10 de novembro de 1997 (Instituto Municipal de Pesquisas, Administração e Recursos Humanos – IMPARH).

Ressalto, ainda, que, diferentemente do que alega o recorrente, em nada altera o entendimento firmado na ADPF 129/DF, sob minha relatoria, uma vez que a ofensa à Constituição Federal, consubstanciada na vinculação da remuneração ao salário mínimo, não persiste nas normas que estão atualmente em vigência.

Desse modo, é assente que as sistemáticas remuneratórias estabelecidas pelas normas impugnadas não possuem mais vigência. Ocorreu, portanto, cessação superveniente de seus efeitos, razão pela qual não podem mais ser objeto do controle abstrato de inconstitucionalidade. Nesse sentido é a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal:

> Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida Provisória 2.019-1 que "dispõe sobre o salário mínimo a vigorar a partir de 3 de abril de 2000".
>
> Com a edição de normas posteriores alterando o valor do salário mínimo, julga-se prejudicada a arguição ante a perda de seu objeto.
>
> (ADPF 4-MC/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 22-9-2006.)

Transcrevo, ainda, trecho de decisão monocrática proferida pelo Ministro Menezes Direito na ADPF 49/PI, que elucida a questão:

> (...) fazendo parte a arguição de descumprimento de preceito fundamental do sistema concentrado de constitucionalidade, a decisão final declarará, ou não, "a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo" (art. 11 da Lei 9.882/1999). Neste caso, incide a mesma orientação aplicada em relação à ação direta de inconstitucionalidade, no sentido de restar prejudicada a demanda quando não mais estiver em vigor a lei ou ato normativo do poder público ora impugnado.

No mesmo sentido a ADPF 141/RJ, de minha relatoria, e a ADPF 74/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

Assim, não merece prosperar a presente ADPF, porquanto: (i) não cabe a este instituto desconstituir coisa julgada; (ii) esta ação de controle abstrato de constitucionalidade é regida pelo princípio da subsidiariedade a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado; (iii) tem como objeto normas que não se encontram mais

em vigência, o que a torna, portanto, prejudicada; e, por fim, (iv) sua admissão afrontaria o princípio da segurança jurídica.

Isso posto, nego provimento ao presente agravo regimental e mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos. Prejudicados os demais agravos regimentais.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas uma ressalva quanto à circunstância de não se encontrar mais em vigor a lei que teria sido acionada pelo chefe do Poder Executivo.

Não estamos a julgar ação direta de inconstitucionalidade. Estamos a perquirir se está configurado ou não o desrespeito a preceito fundamental. Para tanto, basta existir, no cenário jurídico, ato do Poder Público que implique esse descumprimento.

Em síntese, apenas ressalvo o entendimento quanto ao que lançado pelo ilustre relator, como óbice à arguição de descumprimento de preceito fundamental, que seria o fato de haver envolvimento de diploma legal que já exauriu efeitos.

Mas acompanho Sua Excelência desprovendo o agravo, porque a ação se faz voltada contra coisa julgada, em verdadeira substituição ao que seria a rescisória.

EXTRATO DA ATA

ADPF 134-AgR-terceiro — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Partido dos Trabalhadores – PT (Advogados: Alberto Moreira Rodrigues e outro). Agravados: Prefeito Municipal de Fortaleza e Câmara Municipal de Fortaleza.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso de agravo. Votou o Presidente. Ausentes, licenciado, o Ministro Menezes Direito e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). 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, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 3 de junho de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 451 — PE

Relator: Ministro Presidente

Agravante: Estado de Pernambuco — Agravado: Município de Trindade

1. Tributo. Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Programa de incentivo fiscal estadual. Concessão de crédito presumido sobre a parte pertencente aos Municípios. Burla à sistemática constitucional de repasse das cotas municipais. Inadmissibilidade. Suspensão de tutela antecipada rejeitada. Agravo regimental improvido. Precedente. A concessão, pelos Estados, de crédito presumido sobre ICMS não pode alcançar a cota constitucional de 25% que pertence aos Municípios.

2. Suspensão de tutela antecipada. Agravo regimental. Ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão agravada. Aplicação da Súmula 283. Agravo improvido. Não colhe recurso que não ataca todos os fundamentos autônomos da decisão recorrida.

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 negar provimento ao 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:

> **1**. Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada, formulado pelo Estado de Pernambuco, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, assim ementado:
>
> "*Tributário e constitucional. Participação dos Municípios no produto de arrecadação do ICMS. Prodepe. Retenção pelo Estado de parte da parcela pertencente aos Municípios. Impossibilidade. Recurso improvido*. 1. Os Municípios não podem perder as parcelas que lhe cabem, por imperativo da repartição constitucional das receitas tributárias, em decorrência de benefícios incentivos e isenções fiscais concedidos pelos Estados-membros. 2. A CF garante aos Municípios o repasse de 25% da arrecadação do ICMS, não tendo,

portanto, o Estado disponibilidade sobre o total do citado imposto apurado, mas somente dos 75% que lhe pertencem, de modo que a promoção de incentivos fiscais como o Prodepe deve ocorrer apenas no que se refere a tal parte do Estado. 3. O Pleno do STF já decidiu que o repasse da parcela do ICMS devida aos Municípios deve ser integral, não podendo sofrer deduções provenientes de quaisquer planos de incentivo fiscal do Estado, sob pena de violar o sistema constitucional de repartição de receitas, razão que não se considera vulnerado o art. 158 da CF. 4. Recurso de agravo improvido por maioria."

(Fl. 25.)

Na origem, o Município de Trindade ajuizou ação ordinária (fls. 62-93), com pedido de antecipação de tutela, em face do Estado de Pernambuco, sob fundamento de que estaria sendo prejudicado no repasse da quota-parte do ICMS a que tem direito. Sustenta que, por meio da Lei estadual n. 11.288/1995, fora criado o Programa de Desenvolvimento de Pernambuco (PRODEPE), para concessão de financiamentos às empresas interessadas.

Na ação, o Município alegou que, inicialmente, haveria disposição expressa da norma instituidora do programa, no sentido de que os benefícios concedidos somente poderiam incidir sobre o ICMS pertencente ao Estado, vale dizer, sobre 75% do total arrecadado. Alegou, ainda, que o programa sofreu diversas alterações e, entre elas, a supressão do dispositivo que preservava os 25% pertencentes aos municípios. Consta da petição inicial:

"Ainda da leitura dos artigos supratranscritos, destaque-se que o Estado chegou ao absurdo de conceder incentivo no percentual de 95% do ICMS devido. Todavia, pelo sistema de repartição de receitas tributárias, o Estado só possui titularidade de 75% do ICMS, os demais 25% pertencem aos Municípios, assim sendo, o Estado jamais poderia conceder tal benefício de 95% do ICMS.

Desta forma, o Estado de Pernambuco dividiu a responsabilidade pelo financiamento do Prodepe com os municípios, ou seja, o Poder Executivo socializou com os Municípios o custo para implantação do Prodepe.

Com as alterações, a empresa beneficiada, ao invés de recolher o ICMS aos cofres públicos para depois receber o incentivo, passou a se creditar do valor correspondente ao incentivo, por meio de crédito presumido. Ou seja, a empresa, ao apurar o montante de ICMS devido, exclui de tal valor o percentual correspondente ao incentivo e recolhe apenas o saldo do ICMS."

(Fls. 69-70.)

O Juízo da 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Recife rejeitou a antecipação de tutela, mas o Tribunal de Justiça de Pernambuco, em agravo regimental no agravo de instrumento, concedeu a tutela. Consta do acórdão que se pretende suspender:

"O agravante [Estado de Pernambuco] reconheceu que, na sistemática anterior, a empresa recolhia 100% do ICMS devido, sendo separados os 25%, que, por força da CF, pertencem aos Municípios, os quais, inclusive, recebiam até uma rubrica própria, justamente para diferenciar dos 75% pertencentes ao Estado, e era com esses 75%, que era distinguida dos 25% dos municípios, que o Estado incentivava as empresas privadas.

Já na sistemática atual, o ora agravante reconhece, por mera liberalidade sua, um crédito presumido para determinada empresa, crédito este que, na maioria das vezes, é de 75% do ICMS devido, em outras palavras, a empresa não recolhe 100% do ICMS devido, recolhe apenas (quando o crédito

presumido é de 75%) 25% do ICMS devido, sobre esses 25% do ICMS recolhido é que o Estado aplica o percentual de 25% pertencente aos Municípios por mera vontade sua que resolve conceder ou não incentivo a cada empresa."
(Fls. 27-28.)

No pedido de suspensão que ora se analisa, o Estado de Pernambuco sustenta haver grave lesão à economia pública, pois "O valor da renúncia, conforme informação da Secretaria da Fazenda ora em anexo, é estimado em torno de oitocentos e noventa milhões anuais." (fl. 21). Alega, ainda, haver risco de efeito multiplicador, pois a decisão do Tribunal de Justiça encorajaria "(...) os outros 184 Municípios do Estado a pleitearem benefício similar (...)" (fl. 21).

No mérito, alega que o precedente do Supremo Tribunal Federal utilizado como fundamento pelo acórdão do Tribunal pernambucano (**RE 572.762**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Plenário, *DJE* de 5-9-2008) não se aplicaria ao caso. Sustenta que, na hipótese do precedente, a Fazenda de Santa Catarina efetivamente arrecadaria o ICMS devido, repassaria parte ao programa de incentivo estadual, e calcularia, com base no que restou da operação, os 25% para transferência aos Municípios. No programa de Pernambuco, haveria concessão de crédito presumido antes do recolhimento dos valores devidos a título de ICMS. As empresas, então, compensariam o valor apurado com o crédito presumido, recolhendo aos cofres públicos apenas o saldo desta operação. Sobre o montante efetivamente recolhido é que o Estado calcularia os 25% pertencentes aos municípios. Consta do pedido de suspensão:

"A discussão existente em relação ao Prodesc, programa de incentivos de Santa Catarina, é em torno da distinção que aquele Estado faz para efeito da repartição constitucional do ICMS, entre arrecadação (conceito contábil) e produto da arrecadação (conceito financeiro).

Em Pernambuco, essa discussão inexiste, porque o Prodepe utiliza o sistema de crédito presumido e repassa 25% de tudo o que é arrecadado a título de ICMS e acréscimos aos municípios."
(Fl. 16.)

Por fim, o Estado requer urgência na concessão da medida,

"(...) diante da iminência de dano irreparável ou de difícil reparação para a coletividade pernambucana, porquanto a decisão determina o pagamento ao Município de Trindade, sob pena de multa diária, de valores não arrecadados pelo Estado, o que obrigará o Governo Estadual a remanejar receitas no seu orçamento, prejudicando serviços e obras já previstos."
(Fl. 23.)

2. Não é caso de suspensão.

De acordo com o regime legal de contracautela (Leis 8.437/1992, 9.494/1997, 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. 158, IV, da Constituição da República, em razão da sistemática adotada pelo Estado de Pernambuco para cálculo da parcela do ICMS pertencente aos Municípios, em decorrência do Prodepe.

A Corte tem entendido, com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela, não ser vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, caracterizado pela **probabilidade** de a decisão contra a qual se pede a suspensão ser contrária às normas existentes na ordem jurídica. Nesse sentido: **SS 846-AgR**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, de 29-5-1996; e **SS 1.272-AgR**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, de 18-5-2001).

Na espécie, em juízo sumário pertinente ao incidente de suspensão, verifico que razão não assiste ao Estado. É que, embora este alegue haver distinção entre os programas de Pernambuco e Santa Catarina, verifica-se que, em ambos, há burla à sistemática constitucional de repartição tributária. No caso catarinense, os valores devidos a título de ICMS eram efetivamente recolhidos, repassados em parte ao programa de desenvolvimento e, sobre o saldo, eram calculados os 25% pertencentes aos Municípios. Alterava-se, assim, a base de cálculo.

No caso pernambucano, a Fazenda evita que os recursos cheguem aos cofres públicos, por meio de concessão de crédito presumido. Ao final do período de apuração, as empresas beneficiadas calculam o ICMS devido, compensam os valores a pagar com o referido crédito presumido e recolhem à Fazenda apenas o saldo. Vale dizer, a parcela constitucional de 25% pertencente aos Municípios é calculada com base no que sobrar da operação. Mas não se pode ignorar o fato de que os valores não recolhidos pelas empresas são efetivamente devidos. Ou seja, houve o fato gerador.

Também chama a atenção o que consta do acórdão que se pretende suspender, no sentido de que o Estado de Pernambuco, sem controvérsia, reconheceu haver, na sistemática anterior do Prodepe, separação dos 25% pertencentes aos Municípios, com a concessão de benefícios apenas sobre os 75% de titularidade estadual:

> "O agravante [Estado de Pernambuco] reconheceu que, na sistemática anterior, a empresa recolhia 100% do ICMS devido, sendo separados os 25%, que, por força da CF, pertencem aos Municípios, os quais, inclusive, recebiam até uma rubrica própria, justamente para diferenciar dos 75% pertencentes ao Estado, e era com esses 75%, que era distinguida dos 25% dos Municípios, que o Estado incentivava as empresas privadas."
>
> **(Fl. 27.)**

Ademais, não se pode ignorar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que benefícios tributários, concedidos unilateralmente pelos Estados-membros, afrontam o princípio federativo (**ADI 2.377-MC**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, Plenário, *DJ* de 7-11-2003; e **ADI 1.179**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, Plenário, *DJ* de 19-12-2002).

3. Ante o exposto, **nego seguimento** ao pedido (art. 21, § 1º, do RISTF).

(Fls. 128-132.)

O agravante insiste haver distinção entre os programas de incentivo instituídos pelos Estados de Pernambuco e Santa Catarina. Assim, as razões do **RE 572.762** (Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Plenário, *DJE* de 5-9-2008) não seriam aplicáveis ao caso.

Sustenta, ainda, não ter sido observada a jurisprudência do Tribunal, consistente na decisão proferida monocraticamente pelo Ministro **Gilmar Mendes**, na Presidência desta Corte, ao julgar procedente o pedido de suspensão formulado pela União na **STA 350** (*DJE* de 6-11-2009).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): **1**. Inconsistente o recurso.

É que as razões deste não foram capazes de convelir os fundamentos da decisão agravada. O Estado de Pernambuco reitera, em síntese, as razões da petição inicial, sem trazer argumentos consistentes.

Rejeitei o pedido de suspensão, porque a sistemática adotada pelo agravante no programa estadual de desenvolvimento incorre no mesmo vício que fez esta Corte negar provimento ao **RE 572.762**. Vale dizer, em ambos há **burla à sistemática constitucional** de repasse dos 25% pertencentes aos Municípios, pouco importando o mecanismo técnico utilizado para tanto.

Ademais, como consta da decisão agravada, o Estado de Pernambuco reconheceu, na instância *a quo*, que, antes das alterações legislativas das normas relativas ao programa de incentivo, eram separados 25% do ICMS devido aos Municípios, "(...) e era com esses 75%, que era distinguida dos 25% dos Municípios, que o Estado incentivava as empresas privadas." **(fl. 27)** A alteração legislativa provocou, portanto, verdadeiro perigo de **dano inverso** aos Municípios, que ficaram privados de uma das principais fontes de receitas.

Quanto à existência de suposto precedente idêntico (**STA 350**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJE* de 6-11-2009), verifico que os casos são distintos, pois, na oportunidade, foi o Relator mesmo quem consignou que na referida **STA 350** não se demonstrou a concessão de benefícios, incentivos ou deduções, o que ocorre claramente no caso em análise. Consta do voto do Ministro **Gilmar Mendes**:

> No presente pedido de suspensão, entretanto, discute-se questão distinta, relacionada ao Imposto de Renda e ao Imposto sobre Produtos Industrializados **e não se demonstra, de plano, a concessão de benefícios, de incentivos ou de deduções** que impliquem arrecadação postergada de tributo. Assim, o entendimento firmado no RE 572.762, em princípio, não coincide em termos fáticos e jurídicos com o presente caso.
> (Grifo nosso.)

Por fim, há na decisão agravada fundamento não impugnado pelo recurso, que consiste na jurisprudência desta Corte no sentido de implicar afronta ao princípio federativo a concessão unilateral de benefícios tributários pelos Estados-membros (**ADI 2.377-MC**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, Plenário, *DJ* de 7-11-2003; e **ADI 1.179**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, Plenário, *DJ* de 19-12-2002), o que bastaria, de forma autônoma e suficiente, para manutenção da decisão agravada.

2. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

STA 451-AgR/PE — Relator: Ministro Presidente. Agravante: Estado de Pernambuco (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Pernambuco).

Agravado: Município de Trindade (Advogados: Jonas Gomes de Moura Neto e outro).

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), negou provimento ao 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.

———

EXTRADIÇÃO 1.143 — REPÚBLICA DA COREIA

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Governo da República da Coreia — Extraditando: Jin Ha Seo ou Seo Jin Ha

Extradição. Governo da República da Coreia. Existência de tratado bilateral. Condições de admissibilidade. Observância. Presença da dupla tipicidade. Inocorrência de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Preenchimento dos requisitos formais. Negativa de autoria. Incidência dos arts. 89 e 90 c/c art. 67 da Lei 6.815/1980. Aplicação da Súmula 421.

O pedido de extradição foi formalizado nos autos, com mandado de prisão que indica precisamente o local, a data, a natureza e as circunstâncias dos fatos delituosos atribuídos ao extraditando, transcrevendo os dispositivos legais da ordem jurídica coreana pertinentes ao caso. Observados os requisitos do art. 77 da Lei 6.815/1980.

Infere-se, dos documentos apresentados junto às Notas Verbais, que os crimes imputados ao extraditando atendem o requisito da dupla tipicidade e correspondem, no Brasil, aos crimes de estelionato e defraudação de penhor.

A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva não ocorreu nem à luz da legislação coreana, nem da brasileira.

Preenchidos todos os requisitos exigidos pelo art. 80 e parágrafos da Lei 6.815/1980 e pelo Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a República da Coreia.

Não cabe, em processo de extradição, o exame do mérito da pretensão penal deduzida em juízo no país solicitante, razão por que alegações concernentes à matéria de defesa própria da ação penal, tal como a negativa de autoria, não elidem o deferimento do pedido. Precedentes.

Existência de filha brasileira não é obstáculo à extradição, conforme pacífico entendimento da Corte. Súmula 421.

O tempo de prisão do extraditando no Brasil, por força do presente pedido, deve ser contabilizado para efeito de detração, na eventualidade de condenação na Coreia.

A extradição só será executada após a conclusão do processo a que o extraditando eventualmente responde no Brasil, ou após o cumprimento da pena aplicada, podendo, no entanto, o Presidente da República dispor em contrário, nos termos do art. 67 da Lei 6.815/1980.

Pedido de extradição parcialmente deferido com as restrições indicadas.

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 deferir parcialmente o pedido de extradição, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a deferia em menor extensão.

Brasília, 1º de julho de 2009 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de pedido de extradição, formulado pelo Governo da República da Coreia, por via diplomática, com base no Tratado de Extradição celebrado com o Brasil, em que se requer a entrega do nacional coreano *Jin Ha Seo* ou *Seo Jin Ha*, conforme Nota Verbal KBR/G/88/08, encaminhada para esta Corte através do Aviso 1349-MJ, lavrado pelo Ministro de Estado de Justiça.

Consta dos autos que foi decretada a prisão do extraditando pelo Juízo da Comarca de Bucheon, da Corte de Justiça de Incheon, em 28-5-2008, em decorrência da suposta prática dos crimes de fraude, falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados, furto, apropriação indébita e violação à legislação trabalhista (fls. 102-105).

Importa consignar que, de acordo com a legislação coreana, no caso de fuga do criminoso, o promotor público ou o juiz, antes de iniciar o processo criminal, emite ordem de prisão ou inclui o criminoso na lista de procurados. Assim, o processo criminal somente é iniciado após a captura do criminoso (fl. 79).

Segundo consta do mandado de prisão, as condutas delitivas do extraditando consistiram em, *in verbis*:

> **1. Apropriação indébita.**
>
> Em 3 de julho de 1999, o acusado obteve um empréstimo de 380.000.000 Wons da vítima, *Jeil Bank Co., Ltd*., oferecendo como garantia 20 máquinas instaladas em sua empresa, *Woojoo Ceramic Co., Ltd.*, entretanto, mesmo estando as máquinas confiscadas como hipoteca do empréstimo, o acusado as vendeu, em data indeterminada, a compradores indeterminados, acarretando à vítima um prejuízo equivalente ao valor acima.
>
> **2. Fraude.**
>
> O acusado, mesmo não tendo intenção e nem capacidade financeira para pagar os valores das notas promissórias e dos cheques emprestados, dirigiu-se, em 10 de novembro de 1999, a *Ryu Chan Hyung*, administrador da *Yuhan Eletronics*, situada na loja 671-18, 1-dong, Busan jingu, Busan, e o persuadiu com a seguinte mentira: "se você me emprestar notas promissórias e cheques, depositarei o dinheiro na conta de

débito das notas e dos cheques dentro do prazo sem falta". Assim, no próprio dia, pegou emprestada uma nota promissória (número: 07039546, prazo de pagamento: 28 de março de 2000) no nome de *Kim Yong Soo*, Presidente da *Yuhan Eletronics*, no valor de 18.150.000 Wons. Desde então até o dia 28 de fevereiro de 2000, o acusado repetiu o mesmo golpe 11 vezes, como descrito na lista de evidências dos crimes – folha anexa 1, adquirindo ilegalmente 228.836.325 Wons através de 11 notas promissórias, 11.373.300 Wons através de 6 cheques e 2 cheques em branco, somando um total de 340.209.625 Wons.

3. Fraude, Furto.

– Fraude

O acusado, mesmo não tendo intenção nem capacidade financeira para pagar a nota promissória, mentiu à vítima *Park Yong Pil*, em local indeterminado, ao emitir, em 10 de janeiro de 2000, nota promissória como pagamento dos moldes fabricados pela empresa da vítima, dizendo que pagaria a nota promissória dentro do prazo, a vítima, acreditando nas palavras do acusado, forneceu-lhe moldes imediatamente. Desde a primeira transação até o dia 21 de abril do mesmo ano, o acusado recebeu, por mais três vezes, o fornecimento de moldes através do mesmo método, somando o valor total de 43.900.000 Wons.

– Furto

Em 21 de abril de 2000, o acusado entrou na empresa da vítima, *Park Yong Pil*, enquanto não havia ninguém, e furtou 8 moldes que somam o valor de 25.000.000 Wons.

4. Crime de falsificação de títulos e outros, crimes de uso indevido de títulos falsificados.

– Crime de falsificação de títulos e outros

Em data e local indeterminados, o acusado *Seo Jin Ha*, Presidente da *Woojoo Ceramics Co*., *Ltd.*,falsificou o endosso (campo 1 no verso da nota) da nota promissória emitida em seu nome, com o valor de 19.800.000 Wons, com prazo de pagamento até 28 de junho de 2000, a ser paga na Agência *Namgajoa-Dong*, *Jeil Bank*, através do carimbo falsificado de *Kwon Dae Sun* e de sua empresa *Daekwang Eletronics*, e, de acordo com os itens 1~5 do anexo 1 da lista de evidências dos crimes, o acusado falsificou 5 vezes o endosso de *Kwon Dae Sun*, e, de acordo com o exposto nos itens 6~7 da lista de evidências dos crimes, falsificou, no verso (campo 1) da nota promissória em questão, o endosso de *Son Tae Han*.

– Crime de uso indevido de títulos falsificados

O acusado emitiu, em data e local indeterminados, notas promissórias com endossos falsificados, exceto as mencionadas na folha anexa 2 – lista de evidências dos crimes, a pessoas indeterminadas, como se fossem notas promissórias verdadeiras.

5. Falsificação de títulos e outros

– Falsificação de títulos

O acusado, com a intenção de utilizar em data e local indeterminados, preencheu o campo 1 de endosso no verso da nota promissória emitida no nome de *Jang Seok Soon*, Presidente da *Jeon Won Seok Jae Co., Ltd*., no valor de 30.000.000 Wons (prazo de pagamento: 22 de julho de 2000, a ser paga na Agência Seokyo-dong, Kukmin Bank) e da nota promissória emitida no nome de *Jang Seok Soon*, Presidente de *Jeonwon City Development Co., Ltd*., no valor de 33.000.000 Wons (prazo de pagamento: 17 de agosto de 2000, a ser pago no *Industrial Bank o Korea*), com o carimbo falsificado contendo as seguintes informações: nome da empresa:

Hanyang Shower Door; Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica No: 21401-48823; Presidente: *Jung Byung Woong*; endereço: 304, Boeun Bldg., 216-4, Nonhyun--dong, Kangnam-gu, Seoul; atividade: fabricação e vendas por atacado de materiais de construção e para banheiro; além de um carimbo redondo com o nome do Presidente da *Hanyang Shower*.

– Utilização de títulos falsificados

O acusado apresentou, em data indeterminada, as duas notas promissórias acima a um funcionário da Agência *Namgajoa-Dong* do *Jeil Bank*, cujo nome não se sabe, que não estava ciente do caso, e obteve desconto das notas como se fossem notas promissórias preenchidas legalmente.

– Fraude

O acusado, mesmo sem intenção nem capacidade financeira para pagar as notas promissórias dentro do prazo, enganou o funcionário do banco acima, em data e local mencionados no parágrafo acima, apresentando tais notas promissórias da maneira mencionada acima, como se fosse pagar normalmente os seus valores no prazo estipulado, recebendo do funcionário do banco, de forma fraudulenta, um total de 63.000.000 Wons.

(Fls. 103-105.)

3.7 Violação das Leis Trabalhistas (Caso n. 68212 de 2000, da promotoria Pública do Distrito de Suwon)

3.7.1.1 Em 17 de junho de 2000, *Jeon Chang Jae*, *Kim Hye Já*, *Hong Sook Eui* e mais 6 pessoas entraram com petição (pedido de indulto) junto ao Escritório de Assuntos Trabalhistas do Distrito de Suwon, alegando não terem recebido salários e indenizações de aposentadoria. Os requerentes relataram o que segue abaixo:

– *Seo Jin Ha*, o requerido, é o Presidente da *Woojoo Ceramics Co., Ltd*., e os requerentes foram seus funcionários.

– Os requerentes declaram que não recebem os salários e indenizações de aposentadoria referentes ao período em que trabalharam para a *Woojoo Ceramics Co., Ltd*.

(Fls. 64-65.)

A prisão preventiva para extradição do nacional coreano foi decretada no dia 8-9-2008 (fl. 110) e efetivada em 10-9-2008 (fl. 131v.), estando o extraditando recolhido no Presídio de Itaí, no Estado de São Paulo.

Interrogado (fls. 167-170), o extraditando afirmou que não sabe os motivos pelos quais responde a tantas acusações do Ministério Público da Coreia e que os fatos supostamente ocorridos após o final de 1999 não podem ser imputados a ele, pois já teria se mudado para o Brasil.

Declarou ainda que nunca foi preso nem processado na Coreia, mas foi preso em flagrante no Brasil por dirigir um carro roubado (fl. 169).

A defesa (fls. 172-174) alega, em síntese, nulidade do processo de extradição, que não estaria em conformidade com a Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) e com o Tratado de Extradição celebrado entre a República Federativa do Brasil e a República da Coreia. Alega também a consumação da prescrição e nega a autoria dos crimes imputados ao extraditando, além de sustentar que o nacional coreano possui uma filha brasileira menor de idade, conforme cópia da certidão de nascimento acostada à fl. 178.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 188-194, manifestou-se pelo deferimento parcial do pedido de extradição, que deverá fundamentar-se apenas nas imputações relacionadas aos crimes de falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados e fraude.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, o pedido funda-se em Tratado de Extradição existente entre o Governo da República da Coreia e o Brasil, nos termos do art. 76 da Lei 6.815/1980, e reúne as condições de admissibilidade exigidas por este diploma legal.

O Estado requerente possui competência jurisdicional para processar e julgar os crimes imputados ao extraditando, pois os crimes ocorreram no território coreano e o extraditando é nacional do Estado requerente. Atendido, pois, o que dispõem os arts. 77, I, e 78, I, ambos do Estatuto do Estrangeiro.

Consta dos autos a formalização, pela via diplomática, do pedido de extradição, acompanhada de mandado de prisão (fls. 102-105), decretada no dia 28-5-2008 pelo Juízo da Comarca de Bucheon, da Corte de Justiça de Incheon, em decorrência da suposta prática dos crimes de fraude, falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados, furto, apropriação indébita e violação à legislação trabalhista, contendo ainda indicações suficientes sobre a identidade do extraditando (fls. 53-54), local, natureza e circunstâncias dos fatos delituosos (fls. 54-74 e 103-105).

O pedido fez-se acompanhar também dos dispositivos legais do direito coreano referentes aos crimes, às penas e aos prazos prescricionais (fls. 75-80), tudo devidamente vertido para o português, permitindo a esta Corte a correta compreensão quanto à legalidade da pretensão.

O Ministério das Relações Exteriores remeteu o pedido de extradição ao Ministério da Justiça (fl. 3), que requereu a prisão do extraditando (fl. 2).

Assim, entendo estarem devidamente supridos os requisitos estabelecidos pelos arts. 80, 81 e 82 da Lei 6.815/1980.

Há que se mencionar, ainda, que o encaminhamento do pedido de extradição foi efetuado por via diplomática, fato este que confere autenticidade aos documentos apresentados, conforme dispõe o art. 80, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro.

O pedido formulado pelo Governo da Coreia abrange, em síntese, os delitos de fraude, falsificação de títulos, furto, apropriação indébita e violação à legislação trabalhista.

Da leitura da descrição das condutas ilícitas imputadas ao extraditando (fls. 54-74 e 103-105), verifico que os delitos não possuem conotação política ou militar, afastando-se, portanto, a vedação à extradição prevista no art. 3º do tratado bilateral de extradição e no art. 77, VII, da Lei 6.815/1980.

Superada a análise dos pressupostos de extraditabilidade, passo a analisar a matéria de defesa apresentada pelo extraditando.

Não merece acolhimento a alegação de nulidade do processo de extradição, pois, conforme analisado nesse voto, o feito encontra-se regular e foi desenvolvido em conformidade com os preceitos da Lei 6.815/1980 e do Tratado Bilateral de Extradição.

Também não merece acolhimento a alegação de que o extraditando não é o autor dos delitos a ele imputados. Há indícios de autoria e de materialidade suficientemente relatados no mandado de prisão (fls. 102-105), que alude a provas testemunhais e documentais do suposto envolvimento do extraditando nos fatos que lhe são imputados (fls. 54-74).

Ademais, a constatação inequívoca da autoria dos delitos é matéria estranha a este feito, pois se refere à questão jurídico-penal que deve ser enfrentada pela jurisdição estrangeira.

É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe, em processo de extradição, o exame do mérito da pretensão penal deduzida em juízo no país solicitante. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

> *Ementa: Extradição instrutória. Acusação de crime de homicídio em ocasião de roubo. Alegações de defesa no sentido de que o extraditando quis praticar delito menos grave. Existência de filhos nascidos no Brasil.*
>
> Não é dado ao Supremo Tribunal Federal entrar no mérito da questão para, valorando as provas atinentes ao elemento subjetivo do tipo, concluir pela real intenção do agente quando da prática do crime. Tal conduta, absolutamente incompatível com o juízo de cognoscibilidade estrita que rege as ações extradicionais (§ 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980), atenta contra a própria soberania do Estado requerente, pois permite que um país reavalie fatos ocorridos no estrangeiro, em ordem a reformar a própria acusação ali apresentada. Precedentes (Ext 853, 866, 897, 936 e 947).
>
> A circunstância de o extraditando possuir filho brasileiro não impede a entrega extradicional, nos termos de enunciado sumular desta Suprema Corte (Súmula 421/STF). Enunciado, este, cuja compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 foi reafirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (Ext 839, Rel. Min. Celso de Mello).
>
> Pedido deferido.
>
> (Ext 972, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 11-11-2005.)

Igualmente, adianto que as alegações de ocorrência de prescrição não merecem prosperar, conforme as razões fáticas e jurídicas que demonstrarei detalhadamente ao analisar o requisito da dupla possibilidade de punição.

No tocante ao argumento de que o extraditando não poderia ser extraditado em decorrência do fato de possuir uma filha brasileira (conforme cópia da certidão de nascimento, fl. 178) vale ressaltar que tal circunstância não elide o deferimento do pedido, conforme entendimento sumulado por esta Corte, o qual destaco:

> **Súmula 421**. Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

Ultrapassada a análise das teses defensivas, passo à verificação dos delitos imputados ao extraditando, principalmente sob a ótica do princípio da dupla tipicidade.

No tocante aos delitos de falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados e fraude, entendo que estes correspondem ao crime de estelionato, previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Extrai-se da descrição das condutas típicas praticadas pelo extraditando (fls. 54-58 e 103-105), conforme narrei de forma sintética no relatório, que o seu objetivo único era a obtenção de vantagem indevida em prejuízo alheio. Dessa forma, consoante reiterado entendimento desta Corte, quando os crimes de falso e de utilização de documento falso constituem meramente um meio, um artifício para a obtenção da vantagem indevida, se exaurindo no estelionato, por este é absorvido.

Em relação à fraude, induvidoso é que esta é um elemento essencial do estelionato, não podendo ser compreendida, no caso, como um tipo penal autônomo.

Assim, entendo que as imputações de falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados e fraude encontram correspondência no ordenamento jurídico pátrio com o delito de estelionato (art. 171, *caput*, CP).

Já em relação à imputação do delito de apropriação indébita, consubstanciada no fato de o extraditando ter alienado 20 máquinas de sua propriedade, instaladas em sua empresa (*Woojoo Ceramic Co., Ltd*.), não obstante as mesmas serem objeto de "hipoteca", entendo que tal fato não corresponde ao crime de apropriação indébita previsto no art. 168 do Código Penal Brasileiro.

A conduta típica prevista no nosso ordenamento jurídico é apropriar-se o agente de **coisa alheia, dispondo dela como se proprietário fosse**. Considerando que o oferecimento de bens em garantia não confere ao credor a propriedade dos mesmos, não há que se falar em disposição de coisa **alheia**, haja vista que os bens eram de propriedade do extraditando.

Também não há que se falar em correspondência com o delito de alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria, previsto no art. 171, § 2º, II, do Código Penal. Nesse sentido, destaco o seguinte trecho do parecer do Ministério Público Federal:

> De maneira similar, considerando que a polícia sul-coreana sequer conseguiu identificar os compradores das máquinas hipotecadas (fl. 63), não se configura o delito de alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria, no qual é elementar do crime o fato de o sujeito ativo silenciar a respeito da garantia real como meio de ludibriar os demais, auferindo vantagem indevida (art. 171, § 2º, III, CPB).
> (Fl. 193.)

No entanto, entendo que a dita "hipoteca" na verdade se refere, no nosso ordenamento jurídico, ao instituto do **penhor industrial**, previsto nos arts. 1.447

a 1.450 do Código Civil. Em tal forma especial de penhor, as máquinas, aparelhos, materiais e instrumentos instalados e em funcionamento nas indústrias, quando empenhados, "**continuam em poder do devedor**", conforme preconiza o parágrafo único do art. 1.431 do Código Civil.

Diante desse entendimento, é possível concluir que a imputação feita, nesse ponto, encontra equivalente no tipo penal denominado **defraudação de penhor**, previsto no art. 171, § 2º, III, do Código Penal brasileiro. Tal delito é um tipo especial de estelionato e consiste na defraudação, mediante alienação não consentida pelo credor, da garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado.

Dessa forma, entendo que a imputação de apropriação indébita encontra, no ordenamento jurídico pátrio, figura típica equivalente ao delito de defraudação de penhor (art. 171, § 2º, III, CP).

Quanto à imputação do delito de furto (fl. 104), os fatos foram assim narrados:

> Em 21 de abril de 2000, o acusado entrou na empresa da vítima, *Park Yong Pil*, enquanto não havia ninguém, e furtou 8 moldes que somam o valor de 25.000.000 Wons.

Dessa forma, não restam dúvidas de que tais fatos encontram tipificação penal no nosso ordenamento no art. 155 do Código Penal.

Já em relação ao delito de "violação das leis trabalhistas", caracterizado pelo fato de os funcionários da empresa *WooJoo Ceramics* (de propriedade do extraditando) não terem recebido "salários e indenizações de aposentadoria referentes ao período em que trabalharam" na aludida empresa (fls. 64-65), não verifico a presença do requisito da dupla tipicidade, fato este que configura a hipótese de vedação de extradição prevista no art. 77, II, da Lei 6.815/1980.

Nesse sentido, ressaltou o Ministério Público Federal que a "mera conduta de não pagar salários de empregados não encontra correspondente no Código Penal brasileiro, estando a responsabilidade adstrita à seara trabalhista" (fl. 193).

Portanto, **indefiro**, desde já, o pedido de extradição quanto ao pedido referente ao crime de "violação de leis trabalhistas".

Feitas estas considerações, entendo estar satisfeito o requisito da dupla tipicidade apenas em relação às imputações dos seguintes crimes: a) fraude, falsificação de títulos e uso de títulos falsificados, equivalentes ao crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP); b) apropriação indébita, correspondente ao crime de defraudação de penhor (art. 171, § 2º, III, CP); e c) furto, equivalente ao crime de igual denominação (previsto no art. 155 do Código Penal).

Prosseguindo, passo à análise da eventual ocorrência de prescrição da pretensão punitiva dos crimes imputados.

Nos termos da legislação penal sul-coreana, a pena máxima prevista para os delitos de falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados e fraude é de dez anos de detenção (fl. 75). Para o delito de furto, a pena máxima é de seis anos de detenção (fl. 75), e para a apropriação indébita é de cinco anos (fl. 76).

Extrai-se ainda da legislação coreana que o prazo prescricional é de cinco para os delitos cujas penas máximas forem superiores a cinco anos e não excederam a dez anos de detenção (fl. 77).

Importante ressaltar que o próprio Estado requerente informou que o processo criminal naquele país somente é instaurado após a captura do criminoso, donde se conclui que não houve oferecimento de denúncia e, portanto, não houve interrupção da contagem do prazo prescricional por este motivo.

No entanto, o prazo prescricional é interrompido durante todo o período em que o acusado estiver foragido, conforme determina o art. 253 do Código de Processo Criminal Sul-Coreano (fl. 78). **Dessa forma, consoante a legislação do Estado requerente, os delitos imputados não estão prescritos.**

Já em conformidade com a legislação penal brasileira, os delitos equivalentes aos imputados possuem penas máximas de cinco anos (estelionato – art. 171, *caput*, e defraudação de penhor – art. 171, § 2º, inciso III), e de quatro anos (furto – art. 155, CP). Consequentemente, os prazos prescricionais são de doze e oito anos, respectivamente.

Assim, considerando que o suposto delito de furto ocorreu em abril do ano 2000, concluo que a prescrição se consumou no mês de abril de 2008, fato este que impede a extradição com base nessa imputação, conforme determina o art. 77, inciso VI, do Estatuto do Estrangeiro, e art. 3º, alínea *d*, do Tratado de Extradição.

Indefiro, portanto, o pedido de extradição, quanto ao pedido referente ao crime de furto.

Quanto aos delitos de estelionato e defraudação de penhor, cujas prescrições ocorrem em doze anos, concluo que as mesmas somente serão consumadas após o ano de 2011, uma vez que os delitos foram praticados a partir do ano de 1999 (fls. 103-105).

Assim, o requisito da dupla possibilidade de punição somente se verifica nas imputações de falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados, fraude e apropriação indébita, correspondentes no ordenamento pátrio aos crimes de estelionato e defraudação de penhor.

Por fim, tendo em vista as informações no sentido de que o extraditando foi preso no Brasil por dirigir um carro roubado (fls. 53-54 e 169) e, respeitando o disposto no Estatuto do Estrangeiro em seu art. 89, **a extradição só será executada após a conclusão do eventual processo proposto contra o extraditando ou o cumprimento da pena ali aplicada**, cabendo ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República disposição em contrário, com base no art. 67 da Lei 6.815/1980 (conveniência ao interesse nacional).

Do exposto, **defiro parcialmente o pedido de extradição** de *Seo Jin Ha* ou *Jin Ha Seo*, **relativamente às imputações dos delitos de "falsificação de títulos", "utilização indevida de títulos falsificados", "fraude" e "apro-**

priação indébita", equivalentes aos crimes de estelionato e defraudação de penhor (art. 171, *caput*, e § 2º, inciso III, do Código Penal brasileiro).

Ressalvo que deverá ser efetuada a **detração** do tempo de prisão ao qual o extraditando foi submetido no Brasil por força deste pedido de extradição.

Saliento, ainda, que por força do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro, **a extradição somente será executada após a conclusão do eventual processo a que responde o extraditando no Brasil, ou o cumprimento da pena eventualmente aplicada, com a ressalva do disposto no art. 67 da Lei 6.815/1980**.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, na quase totalidade, o voto do Relator coincide com a manifestação do Ministério Público. Quanto a essa coincidência, subscrevo-o. No entanto, peço vênia a Sua Excelência para divergir relativamente à confusão, a meu ver imprópria, de institutos.

Devemos distinguir a fraude ao penhor da fraude à hipoteca. O Código Civil dá tratamento diverso aos institutos. No tocante à hipoteca – a espécie não envolve penhor –, o art. 1.475 preceitua ser até mesmo nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado. É possível a alienação deste, com as consequências não de natureza penal, mas civil, previstas na legislação brasileira.

Ora, o inciso III do § 2º do art. 171 do Código Penal, ao revelar tipo ato de quem "defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado", somente pode ser interpretado de forma estrita e, mesmo assim, sob o ângulo da interpretação sistemática, considerando-se a possibilidade de o proprietário, que continua proprietário do bem, embora hipotecado, ter autorização cível quanto à venda.

Por isso, creio que assiste maior razão à manifestação da Subprocuradora-Geral da República – e houve a aprovação do Procurador-Geral da República – Doutora Cláudia Sampaio Marques, ao consignar que, no caso, não existe a dupla incriminação.

Em síntese, não é dado confundir institutos diversos: o do penhor – e, no tocante a este, sim, há a incidência do inciso III do § 2º do art. 171 (estelionato) – com o da hipoteca, quando, repito, a ordem jurídica pátria veda até mesmo a inserção, no ajuste, de cláusula proibitiva da alienação, cominando a nulidade, colando a pecha de nulidade à cláusula.

Presidente, excluo a possibilidade de o extraditando vir a sofrer, na Coreia, a persecução criminal pelo crime que, segundo a legislação coreana, seria de fraude à hipoteca, por não haver similar na legislação brasileira. Se o extraditando fosse brasileiro e tivesse de sofrer persecução criminal, isso não ocorreria em virtude do que a legislação da Coreia aponta como fraude à hipoteca.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.143/República da Coreia — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerente: Governo da República da Coreia. Extraditando: Jin Ha Seo ou Seo Jin Ha (Advogado: José Marques da Silva).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu parcialmente o pedido de extradição, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a deferia em menor extensão. Ausentes, 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.

———

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO INQUÉRITO 1.645 — SP

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Embargante: Celso Ubirajara Russomanno — Embargado: Ministério Público Federal

Penal. Embargos de declaração. Decisão que recebeu denúncia contra deputado pela prática do crime de uso de declaração falsa de domicílio eleitoral (art. 350, CE). Ausência de omissão.

1. O acórdão embargado apreciou a matéria objeto dos declaratórios mediante debates que foram incorporados expressamente ao voto do Relator.

2. *In casu,* foi reconhecida pelo Plenário a natureza de documento público do requerimento de alistamento eleitoral, com o consequente afastamento da alegada prescrição da pretensão punitiva, daí a impossibilidade de rediscussão da matéria.

3. A competência do Supremo cessa ante o exaurimento do mandato de parlamentar federal do investigado, mas o julgamento dos embargos declaratórios contra o acórdão do Tribunal Pleno mediante o qual recebida a denúncia compete a esta Corte.

4. Embargos de declaração rejeitados.

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 e nos termos do voto do Relator, em rejeitar os embargos de declaração.

Brasília, 19 de maio de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo que recebeu denúncia oferecida contra o então Deputado Federal Celso Ubirajara Russomano, por suposto crime eleitoral de falsa declaração de domicílio eleitoral (CE, art. 350), ementado nos seguintes termos (fl. 381):

> *Inquérito. Conduta que configura, em tese, crime de falsa declaração de domicílio eleitoral (CE, art. 350).*
>
> Declaração falsa firmada pelo proprietário do imóvel visando comprovar que o indiciado, candidato ao cargo de prefeito municipal, tinha domicílio eleitoral na cidade de Santo André/SP. Conduta configuradora, em tese, do delito tipificado no art. 350 do Código Eleitoral.
>
> Denúncia recebida.

O embargante sustenta (fls. 384/392) que houve omissão no acórdão recorrido porque não se discutiu e nem foi votada a questão de ordem levada pelo Ministro Relator sobre a prescrição do crime que lhe foi imputado. Pede o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, pois o documento apresentado para a prática do suposto crime é de natureza privada e, por isso, sendo a pena máxima de três anos, já se teriam passado mais de oito anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia o que acarretaria a extinção da punibilidade.

O embargante trouxe aos autos parecer da lavra do eminente Professor Luis Regis Prado (fls. 394/410) no sentido de que o documento de declaração de domicílio eleitoral tem natureza privada.

Em resposta aos embargos, o Ministério Público Federal aduz que, como decidido no acórdão recorrido, o formulário de requerimento de alistamento eleitoral (ERA) é documento público, nos termos do art. 43 do CE e que, em razão disso, o prazo prescricional aplicado à espécie é o de doze anos, à luz do art. 109, III, do Código Penal, o que afasta a alegação de prescrição da pretensão punitiva.

É o relatório.

VOTO

Penal. Embargos de declaração. Decisão que recebeu denúncia contra deputado pela prática do crime de uso de declaração falsa de domicílio eleitoral (art. 350, CE). Ausência de omissão.

1. O acórdão embargado apreciou a matéria objeto dos declaratórios mediante debates que foram incorporados expressamente ao voto do Relator.

2. In casu, foi reconhecida pelo Plenário a natureza de documento público do requerimento de alistamento eleitoral, com o consequente afastamento da alegada prescrição da pretensão punitiva, daí a impossibilidade de rediscussão da matéria.

3. A competência do Supremo cessa ante o exaurimento do mandato de parlamentar federal do investigado, mas o julgamento dos embargos declaratórios contra o acórdão do Tribunal Pleno mediante o qual recebida a denúncia compete a esta Corte.

4. Embargos de declaração rejeitados.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): De início, deve ser dito que o embargante, à época dos fatos, deputado federal, não foi reeleito. Assim, a presente ação penal – considerando que a denúncia foi recebida em 5-6-2008 (fl. 381) – deve ser remetida para o Juízo de origem, nos termos dos precedentes do Supremo.

Ementa: 1. Agravo regimental em inquérito. 2. Recurso interposto contra decisão monocrática que, em face da perda do mandato de deputado federal, reconheceu a incompetência superveniente do STF para processar e julgar o investigado nos termos do art. 102 da CF, determinando a baixa dos autos ao Juízo da

> 2ª Vara Federal de Mato Grosso. 3. O agravante sustenta que os atos investigados neste inquérito teriam ocorrido no Distrito Federal, o que atrairia a competência para esta Seção Judiciária. 4. Com a perda do mandato eletivo pelo investigado, querelado ou denunciado, cessa a competência penal originária do STF para apreciar e julgar autoridades dotadas de prerrogativa de foro ou de função. Precedentes do STF. 5. Considerada a perda do mandato do deputado federal investigado, nos termos do art. 76, inciso III, do CPP, o juízo competente para apreciar a matéria é, em princípio, o da 2ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, sem prejuízo de entendimento diverso daquele juízo, a quem caberá decidir a respeito, com sujeição aos recursos cabíveis. 6. Agravo regimental desprovido.
> (Inq 2.415-AgR/MT, Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno.)

Por outro lado, os embargos de declaração prorrogam a competência da Corte porque estende o julgamento até o clareamento dos eventuais pontos obscuros, omissos ou contraditórios do acórdão recorrido.

Todavia, no caso que ora se examina, não há qualquer defeito no acórdão a permitir o cabimento do presente recurso de embargos de declaração.

Com efeito, o embargante alega que a questão de ordem suscitada pelo Ministro Relator, qual seja: saber se o documento apresentado para comprovação do domicílio eleitoral é de natureza pública ou privada, não foi apreciada quando do recebimento da denúncia.

Ocorre que, nas discussões que fundamentaram o voto do Relator – que retificou o seu voto anterior no sentido da rejeição da denúncia –, foi expressamente trazida a questão da natureza do documento apresentado pelo embargante quando da sua declaração de domicílio eleitoral.

No aditamento ao voto, o Ministro Relator assim colocou a questão:

> Houve uma declaração feita pelo denunciado e o que se discute é se há, aí, um documento público – falsidade de documento público –, o que conduziria a uma aplicação de pena de cinco anos e a prescrição, então, dar-se-ia num prazo maior, ou, se caso contrário, há de se entender que aqui o crime é menor e, portanto, a prescrição teria ocorrido.
> (Fl. 372.)

Logo, diante da colocação do Ministro Relator, o Tribunal Pleno discutiu justamente a questão ora objeto de embargos, conforme se extrai das seguintes passagens:

> **O Sr. Ministro Menezes Direito**: O que está na denúncia do Ministério Público é que o próprio indiciado requereu e indicou a residência falsa. É o que consta do parecer da Procuradoria. Não foi um terceiro. Quem apresentou a declaração falsa e preencheu foi o próprio indiciado. Daí é que não cabe.
>
> **O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente)**: E mais, se eventualmente o locador tivesse faltado com a verdade, ele cometeria o crime de falso em documento particular, mas sem excluir a configuração, pelo menos em tese, do crime do candidato.
>
> (...)

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro, só um esclarecimento. Não havia um requerimento de transferência? Ele não subscreveu esse documento?

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Ele subscreveu.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nesse documento consta que ele morava em Santo André?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele indicou que morava em Santo André e juntou o contrato de locação.

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Como qualificado e juntou a declaração que não é dele.

O Sr. Ministro Carlos Brito: Até porque o domicílio eleitoral na circunscrição é condição de elegibilidade; está na Constituição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, admito que o Ministério Público, até mesmo, não consiga comprovar o falso, mas estamos numa fase embrionária, a do recebimento da denúncia. Os fatos narrados na peça primeira da ação penal configuram crime com esse indício, que foi o indeferimento da transferência do título pela Justiça Eleitoral. Indício, por enquanto.

(Fls. 373/378.)

Ora, pelo que se percebe, o Pleno, acolhendo *in totum* os argumentos do Ministério Público, rejeitou a preliminar de prescrição suscitada pela defesa e recebeu a denúncia contra o embargante por cometimento, em tese, do crime previsto no art. 350 do CE, uma vez que – nos termos da fundamentação da Corte – foi por ele apresentada declaração falsa de residência para fins de se candidatar a Prefeito do Município de Santo André/SP.

Nesta linha, o embargante tenta, pela via imprópria, rediscutir tema que já foi objeto de análise quando da apreciação da matéria defensiva no momento do recebimento da denúncia pelo Tribunal Pleno. O Supremo já se manifestou no sentido da impossibilidade de se rediscutir, nos embargos de declaração, matéria que foi objeto de apreciação no julgamento:

Embargos de declaração. Rediscussão dos fundamentos do acórdão. Inadmissibilidade. Recurso de caráter protelatório. Cumprimento da decisão do STF independentemente de publicação do acórdão. Embargos rejeitados. 1. Os embargos de declaração são cabíveis para devolver ao órgão jurisdicional a oportunidade de pronunciar-se no sentido de aclarar julgamento obscuro, completar decisão omissa ou dirimir contradição presente no julgado. 2. Consoante já decidiu essa Suprema Corte, "não se admite, na via estreita dos declaratórios, a rediscussão de pretensão já repelida" (HC 86.656-ED/PE, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 13-3-2009). 3. Considero que a utilização indevida das espécies recursais, consubstanciada na interposição de inúmeros recursos contrários à jurisprudência como mero expediente protelatório, desvirtua o próprio postulado constitucional da ampla defesa. Nesse sentido: AO 1.046-ED/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, unânime, *DJE* de 22-2-2008. 4. Parece-me claro que, no presente feito, o ora embargante tenta, a todo custo, protelar a baixa dos autos, o que representará o início do dever de cumprimento da pena que lhe foi imposta. 5. "A interposição de embargos de declaração com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato cumprimento da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, indepen-

dentemente da publicação do acórdão" (RMS 23.841 AgR-ED-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 16-2-2007). 6. Embargos rejeitados.
(AI 776.875-AgR-ED-ED-ED/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma.)

Não há, pois, defeito na decisão embargada a permitir o provimento destes embargos.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração, determinando a baixa imediata dos autos ao Juiz competente.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu tenho voto divergente, com a devida vênia do eminente Relator.

O denunciado, com o objetivo de candidatar-se ao cargo de prefeito municipal de Santo André, requereu, em 24-9-1999, perante o juiz eleitoral da 262ª Zona de Santo André, a transferência do seu título eleitoral para aquela municipalidade.

Para dar cumprimento ao disposto no art. 55, III, da Lei 4.737/1965, o Código Eleitoral, o acusado, em 14-6-1999, alugou, para fins residenciais e pelo período de trinta meses, um apartamento localizado na rua tal. Porém, o denunciado não chegou a residir no referido imóvel, como concluiu o juiz eleitoral ao julgar procedente a impugnação da transferência do título eleitoral.

Assim agindo, o denunciado inseriu declaração falsa no requerimento de transferência do domicílio eleitoral que dirigiu à Justiça Eleitoral, afrontando o art. 350 da Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral).

No caso, o documento, a meu ver, tem caráter nitidamente particular, pois a Lei 6.996/1982 diz que, ao pedido de transferência de domicílio eleitoral, basta uma declaração de próprio punho firmada pelo interessado.

O que diz o dispositivo, inciso III do art. 8º da referida Lei:

> Art. 8º A transferência do eleitor só será admitida se satisfeitas as seguintes exigências: (...)
> III – residência mínima de 3 (três) meses no novo domicílio, declarada, sob as penas da lei, pelo próprio eleitor.

Aliás, a própria jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral reconhece o caráter particular do documento:

> *Crime eleitoral. CE, art. 350, c/c arts. 71, caput, 29, caput, e 62, I, do Código Penal. Declaração falsa para fins eleitorais. Com o advento da Lei 6.996, de 7-6-1982, exige-se, para instruir pedido de transferência de domicílio eleitoral apenas declaração de próprio punho firmada pelo interessado, sob as penas do art. 350 do CE. Tal documento, ainda que firmado perante a autoridade policial, com base em declarações testemunhais, não se descaracteriza como particular, não estando sujeito, assim, a qualquer verificação. Recurso especial conhecido e desprovido.*
> (RESP 8.117, Rel. Min. Sydney Sanches.)

E é exatamente o caso dos autos. A meu ver, o fato disso estar em um formulário da Justiça Eleitoral não transmuda esse documento de particular para público. Ele não é produzido por servidor público, é uma declaração do interessado. Considerando a natureza particular da declaração em questão, a prescrição regular-se-á pela pena máxima *in abstrato* prescrita para o tipo. Qual seja? Três anos.

Sobre a prescrição, o Relator agitou a questão preliminarmente em seu voto. Não há dúvida sobre isso, realmente foi debatido.

Ainda dos debates, é possível aferir que o indiciado teria juntado uma declaração preenchida por ele próprio. Assim, ao que tudo indica – o parecer da Procuradoria-Geral da República é pela rejeição dos embargos –, afirmar que o documento é público não condiz com a realidade fática dos autos.

Entendo que os embargos merecem ser acolhidos para ser analisada a prescrição. Considerando a natureza particular do documento em questão, a prescrição regular-se-á pela pena máxima abstratamente cominada para o crime de falsidade ideológica de um documento eleitoral particular, que é de três anos.

A meu ver, operou-se a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal entre a data do fato e a do recebimento da denúncia.

Assim votei no voto-vista do Inq 1.990, Relatora a Ministra Cármen Lúcia. Já votei desta mesma maneira em relação a documento relativo à prestação de contas eleitorais de uma dada campanha ao governo do Estado, salvo engano: Inq 1.990, de Rondônia.

Estaria prescrito, a meu ver, porque, entre a data do fato (24-4-1999) e a data do recebimento da denúncia (julgada em 5-6-2008 e publicada em 5-9-2008), em conformidade com a regra do art. 109, inciso IV, do Código Penal, verifico já haver decorrido lapso temporal superior a oito anos, pelo que é o caso de reconhecimento, nos termos do inciso IV do art. 107 do Código Penal, da ocorrência da *extinção da punibilidade* de Celso Ubirajara Russomano pela imputação que lhe foi feita nestes autos, em vista da consumação da prescrição.

É como voto, Senhor Presidente.

Acolho os embargos para aplicar a extinção da punibilidade em razão da prescrição.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, agora só há uma dificuldade maior: é que os embargos vieram considerada a omissão, e o Plenário enfrentou essa matéria, quando do julgamento anterior, e a afastou, afastou essa causa de defesa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu vou ouvir o eminente Relator.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas eu acolho os embargos, com efeitos infringentes, para decretar a extinção da punibilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É, mas não há omissão, porque ocorreu o julgamento. Não podemos reabrir o julgamento do tema.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Senhor Presidente, eu não tinha a honra, na época, de integrar a Corte, mas o Pleno recebeu a denúncia.

No meu modo de ver, enfrentou essas questões, e, agora, paradoxalmente, o embargante perdeu a prerrogativa de foro. Então, isso implicaria o acolhimento de uma decisão de embargos de declaração para esclarecer uma decisão do Pleno e remeter para o juiz apreciar eventualmente essa prescrição, dando-se uma nova tipificação ao delito.

O que me pareceu também um pouco irritual foi pretender-se, em embargos de declaração, corrigir um erro *in judicando*, qual seja, se, eventualmente, a Suprema Corte caracterizou diferentemente o fato típico, efetivamente não é por meio de embargos de declaração que se consegue reparar uma eventual conclusão incorreta da Corte.

Então, sob esse ângulo formal, não caberiam os embargos de declaração. Mas, mesmo assim, admiti para analisar e verifiquei que realmente o Pleno enfrentou todas as questões, tanto que o Ministro Toffoli está aqui reafirmando que, já na oportunidade, votara diferente.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Toffoli. Tendo em conta exatamente que a matéria foi examinada por esta Corte, nós temos que rejeitar os embargos, sob pena de reapreciar matéria já discutida.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu também.

O efeito infringente pretendido pelo embargante pressupõe a omissão da discussão do tema, e nós já discutimos o tema e já deliberamos sobre ele. Portanto, acho que não está presente esse pressuposto da embargabilidade: a omissão do acórdão embargado.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não temos embargos infringentes, mas embargos declaratórios com o pleito de empréstimo de eficácia modificativa. Os institutos são diversos.

Os embargos declaratórios não viabilizam, a não ser que haja omissão, contradição ou obscuridade, a reabertura da discussão quanto ao tema versado nas razões apresentadas.

Houve a questão de ordem, o Tribunal assentou que o documento seria público, e não privado, e, com isso, afastou a prescrição. A matéria foi apreciada.

Peço vênia ao Ministro Dias Toffoli para desprover o recurso.

EXTRATO DA ATA

Inq 1.645-ED/SP — Relator: Ministro Luiz Fux. Embargante: Celso Ubirajara Russomanno (Advogados: Marcelo Leal de Lima e outros). Embargado: Ministério Público Federal.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, rejeitou os embargos de declaração, contra o voto do Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. 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, 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.

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 2.156 — SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Estado de São Paulo — Requerida: União

Cadastro Único de Convênio (CAUC) – Ameaça de inclusão, nesse cadastro federal, do Estado de São Paulo, por efeito de divergências na prestação de contas de convênios celebrados com o Ministério da Justiça – Iminência de imposição, ao Estado-membro, em virtude de alegado descumprimento das respectivas obrigações, de limitações de ordem jurídica – A questão dos direitos e garantias constitucionais, notadamente aqueles de caráter procedimental, titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público – Possibilidade de invocação, pelas entidades estatais, em seu favor, da garantia do *due process of law* – Necessária observância, por parte do poder público, da garantia constitucional do devido processo legal como requisito legitimador da inclusão, no Cauc, de qualquer pessoa estatal, bem assim de seus entes ou órgãos a ela vinculados – Litígio que se submete à esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal – Harmonia e equilíbrio nas relações institucionais entre os Estados-membros e a União Federal – O papel do Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação – Possibilidade, na espécie, de conflito federativo – Pretensão cautelar fundada na alegação de transgressão à garantia do *due process of law* – Medida cautelar deferida – Decisão do Relator referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Conflitos federativos e o papel do Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação.

– A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, *f*), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.

Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira.

A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, *f*, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes.

A questão dos direitos e garantias constitucionais, notadamente aqueles de caráter procedimental, titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público.

– A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo poder público, da garantia indisponível do *due process of law*, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes.

Limitação de direitos e necessária observância, para efeito de sua imposição, da garantia constitucional do devido processo legal.

– A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos.

– A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo poder público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em referendar a liminar concedida. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Procurador-Geral da República o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, ante a ausência do titular.

Brasília, 2 de outubro de 2008 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Em sede de "*ação cautelar incidental com pedido de liminar*" – e tendo em vista a **cumulativa satisfação** dos pressupostos referentes à **plausibilidade jurídica** e ao "*periculum in mora*" –, **proferi** decisão **que possui** o seguinte teor (**fls. 705/718**):

> *O Estado de São Paulo* ***ajuizou****, contra a União Federal,* ***perante*** *esta Suprema Corte,* ***ação cível originária*** *(****ACO*** *1.236/SP),* ***em cujo âmbito*** *deduziu pretensão ao reconhecimento* ***da*** *"(...)* ***inexistência*** *de relação jurídica* ***entre*** *as partes,* ***decorrente do Convênio 028/2003*** *(****MJ*** *483662),* ***que obrigue*** *o Requerente a restituir valores em decorrência da não assinatura dos termos unilaterais de não aceitação definitiva apresentados pela Requerida em face* ***de suposta*** *não utilização total dos recursos financeiros repassados" (fl. 57 –* ***grifei****).*
>
> ***Posteriormente*** *à instauração* ***de referida*** *causa principal, o Estado de São Paulo* ***propôs*** *a presente "ação cautelar incidental,* ***com pedido*** *de medida liminar",* ***em ordem a*** *"(...)* ***determinar****, de imediato,* ***a vedação*** *de qualquer inscrição* ***no Cauc e no Siafi*** *do GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, CNPJ 46.379.400/0001-50* ***ou****, de modo específico, da SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, CNPJ 96.291.141/0001-80,* ***em face*** *da improcedente dívida cobrada pela União Federal, que está sendo judicialmente discutida na ACO 1236,* ***referente*** *ao Convênio n. 028/2003 (****ou*** *MJ 483662) (...)"(fl. 23 –* ***grifei****).*
>
> ***Reconheço****, preliminarmente,* ***considerada a norma inscrita*** *no art. 102, I, "****f****", da Constituição da República,* ***que a causa principal*** *(ACO 1.236/SP),* ***em relação à qual*** *foi proposta* ***a presente*** *ação cautelar incidental,* ***inclui-se na esfera*** *de competência originária do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Com efeito,* ***sabemos*** *que essa regra de competência* ***confere****, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de* ***Tribunal da Federação****, atribuindo, a* ***esta*** *Corte, em tal condição institucional,* ***o poder de dirimir*** *as controvérsias, que,* ***ao irromperem*** *no seio do Estado Federal, culminam,* ***perigosamente****, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.*
>
> *Essa* ***magna*** *função jurídico-institucional da Suprema Corte* ***impõe-lhe o gravíssimo dever*** *de velar* ***pela intangibilidade*** *do vínculo federativo* ***e*** *de zelar* ***pelo equilíbrio harmonioso*** *das relações políticas entre as pessoas estatais* ***que integram*** *a Federação brasileira.*
>
> ***Daí a observação*** *constante do magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "****Comentários à Constituição Brasileira de 1988****", vol. 2/219-220, 1992, Saraiva),* ***cuja lição****, ao ressaltar essa* ***qualificada*** *competência constitucional do Supremo Tribunal Federal,* ***acentua****:*
>
> > *"****Reponta*** *aqui o papel do Supremo Tribunal Federal* ***como órgão de equilíbrio*** *do sistema federativo.* ***Pertencente*** *embora à estrutura da União,* ***o Supremo*** *tem um caráter nacional* ***que o habilita*** *a decidir,* ***com independência e imparcialidade****, as causas* ***e*** *conflitos de que sejam partes, em campos opostos, a União e qualquer dos Estados federados."*
> >
> > ***(Grifei.)***
>
> ***É por essa razão*** *que o Supremo Tribunal Federal,* ***ao interpretar*** *a norma de competência inscrita no art. 102, I, "****f****", da Carta Política,* ***veio a proclamar*** *que "o dispositivo constitucional invocado* ***visa a resguardar*** *o equilíbrio federativo" (****RTJ 81/330-331****, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE –* ***grifei****),* ***advertindo****,*

*por isso mesmo, **que não é** qualquer causa **que legitima** a invocação do preceito constitucional referido, **mas**, **exclusivamente**, **aquelas controvérsias de que possam derivar** situações **caracterizadoras** de conflito federativo (**RTJ** 81/675 – **RTJ** 95/485 – **RTJ** 132/109 – **RTJ** 132/120, **v.g.**).*

***Esse entendimento jurisprudencial** evidencia que a aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, "**f**", da Carta Política **restringe-se**, tão-somente, **àqueles litígios** – como o de que ora se cuida – cuja potencialidade ofensiva **revela-se apta a vulnerar** os valores **que informam** o princípio fundamental **que rege**, em nosso ordenamento jurídico, **o pacto da Federação**, em ordem a viabilizar **a incidência** da norma constitucional **que atribui**, a esta Suprema Corte, **o papel eminente** de Tribunal da Federação (**ACO 597-AgR/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**, **v.g.**).*

***Impende registrar**, neste ponto, **uma vez reconhecida** a competência originária **desta** Suprema Corte para a causa principal (**ACO** 1.236/SP), **que se verifica**, entre a mencionada **ACO** 1.236/SP **e** a presente "ação cautelar incidental com pedido de liminar", **um claro vínculo** de conexão por acessoriedade, **a justificar** o conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, **desta** demanda cautelar.*

***Passo a analisar**, desse modo, a postulação em causa. **E**, ao fazê-lo, **observo que os elementos** produzidos nesta sede processual **revelam-se** suficientes **para justificar**, na espécie, **o acolhimento** da pretensão deduzida, **em caráter liminar**, pelo Estado de São Paulo, **eis que concorrem** os requisitos **autorizadores** da concessão da medida cautelar ora postulada.*

*O autor – **ao enfatizar** a alegada transgressão à garantia do devido processo legal, **naquilo** que qualificou como "(...) atitude ilegal e abusiva tomada pela ré (...)" (fl. 11), **e ao questionar**, segundo sustenta, **o descabimento** da pretendida "(...) restituição do montante total que havia sido repassado ao Estado (...)" (fl. 9) – **assim se manifestou** (fls. 9/11):*

> *"(...) **A partir de relatórios de vistoria de obras desvirtuados**, com os quais o Estado de São Paulo **não concorda e jamais poderá concordar** – que **não** consideram a unidade por inteiro, **à época** de sua realização, **além de omitir** os problemas relativos à sua deterioração natural **e** aos atos de vandalismo dos sentenciados -, **os órgãos do Ministério da Justiça decidiram**, também de forma unilateral, **lavrar Termos de Não Aceitação Definitiva** do objeto do convênio, **e ordenar a restituição** do montante total que havia sido repassado ao Estado, **como se a obra do presídio** nunca houvesse sido por este executada!*
>
> ***Neste sentido**, **comprova-se que**, violando os princípios básicos da ampla defesa **e** do contraditório, **o Ministério da Justiça** enviou recentemente à Secretaria de Administração Penitenciária o Ofício n. 2324/2008 – GAB/DEPEN de 23-07-2009 (DOC. 11 DA AÇÃO PRINCIPAL) **e** o Ofício n. 2382/2008 – GAB/DEPEN de 31-07-2008 (DOC. 12 DA AÇÃO PRINCIPAL) **por meio dos quais**, respectivamente, **solicitaram** ao Estado, de forma cogente, (**i**) **no prazo** de 05 (cinco) dias a assinatura dos 'Termos de Não Aceitação Definitiva', **e** (**ii**) **a regularização** das 'impropriedades que impedem a aprovação das contas do referido convênio', **ou seja**, a devolução do valor atualizado **até** o dia 31-07-2008 correspondente a R$ 1.416.632,78 (um milhão, quatrocentos e dezesseis mil, seiscentos e trinta e dois reais e setenta e oito centavos) – **valor esse também unilateralmente apurado – TUDO SOB PENA DE INSCRIÇÃO AUTOMÁTICA** DA INADIMPLÊNCIA*

NO SISTEMA INTEGRADO DA ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL – SIAFI (DOC. 12 DA AÇÃO PRINCIPAL).

***A Secretaria da Administração Penitenciária formalizou sua discordância** quanto a tal pretensão **e devolveu ao DEPEN a documentação** que lhe fora encaminhada **sem apor qualquer assinatura** do referido Termo de Não Aceitação Definitiva da obra da Ala de Progressão Penitenciária de Bauru I e II (DOC. 13 DA AÇÃO PRINCIPAL).*

***Paralelamente**, clamando ao bom senso quanto a esse caso, bem como com relação às diversas pendências semelhantes nos diversos convênios celebrados para finalidade de construção de unidades prisionais, **o próprio Senhor Secretário de Estado da Administração Penitenciária enviou requerimento** dirigido ao Senhor Diretor do Departamento de Políticas Penitenciárias do DEPEN – Ministério da Justiça, **no qual pugna pelo reconhecimento do ilegal procedimento** adotado no caso, **face ao desatendimento** aos dispositivos constitucionais (art. 5º, inciso LIV, LV da CF) **que garantem** a necessária observância do devido processo legal também nos processos administrativos, com contraditório e ampla defesa (DOC. 14 DA AÇÃO PRINCIPAL). **Contudo**, **não se teve notícia**, até o momento, **de resposta** a tais reclamos.*

***Face aos casos antecedentes noticiados (ACO** n. 1082, **ACO** 1139 **e ACO** 1180 etc.) **e diante da ameaça concreta de 'inscrição automática' do Estado de São Paulo corporificada** no já mencionado ofício n. 2382/2008 – GAB/DEPEN (DOC. 12 DA AÇÃO PRINCIPAL), **encontra-se a Requerente com fundado receio de que se perpetre**, a qualquer instante, **a atitude ilegal e abusiva**, não restando outra alternativa senão a insurgência por meio da presente AÇÃO CAUTELAR PREVENTIVA.*

***É justamente contra essa atitude ilegal e abusiva** tomada pela ré **que o autor se insurge** por meio desta ação, **cuja inscrição no CAUC é iminente**. A data da expedição do oficio 2381/2008 – GAB/DEPEN (DOC. 12 DA AÇÃO PRINCIPAL) ocorreu em 31-07-08 e o prazo de 30 dias para atender as exigências teria vencido em 31-08-08.*

***Como é de conhecimento** de Vossas Excelências, Cultos Ministros desse Excelso Tribunal, **por força dessa inscrição negativa indevida**, que é iminente, **o Governo do Estado de São Paulo estará impedido de formalizar** convênios, **de receber** repasses de recursos de convênios anteriormente assinados **com consequências gravíssimas**, **bem como receber recursos** de financiamentos externos **imprescindíveis** para o povo paulista.*

***O não atendimento da exigência unilateral da União poderá levar o Estado de São Paulo a ser inscrito no Cadastro de Inadimplência junto ao SIAFI** – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal. **Sendo assim**, **ficará impedido** de formalizar convênios **e** receber repasses de recursos de convênios anteriormente assinados."*

(Grifei.)

***Presente** esse contexto, **tenho para mim que a inscrição**, no CAUC/SIAFI, **do alegado** débito do Estado de São Paulo **parece** haver sido efetivada **com possível violação** ao postulado constitucional **do devido processo legal (também aplicável** aos procedimentos de caráter **meramente** administrativo).*

***Cabe advertir**, neste ponto, **considerada a essencialidade** da garantia constitucional da plenitude de defesa **e** do contraditório, que a Constituição da República*

***estabelece**, em seu art. 5º, LIV **e** LV, **que ninguém pode ser privado** de sua liberdade, de seus bens **ou** de seus direitos **sem** o devido processo legal, **notadamente** naqueles casos **em que se viabilize** a possibilidade **de imposição**, a determinada pessoa **ou** entidade (**mesmo** que se cuide de pessoa jurídica de direito público), de medidas consubstanciadoras **de limitação** de direitos.*

***Cumpre ter presente**, bem por isso, **na linha** de decisões **que já proferi** nesta Corte (**RTJ 183/371-372**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AI 306.626/MT**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), que o Estado, **em tema de restrição** à esfera jurídica de **qualquer** pessoa (**ainda** que se trate de entidades de direito público, **impregnadas** de capacidade política), **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, **pois** – cabe enfatizar – **o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida imposta pelo Poder Público, **de que resultem**, como no caso, **consequências gravosas no plano** dos direitos e garantias individuais, **exige a fiel observância** do princípio do devido processo legal (**CF**, art. 5º, LIV e LV), **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1/176 **e** 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, "**O Direito à Defesa na Constituição de 1988**", p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "**O Direito à Defesa na Constituição**", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 401/402, 5. ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 290 **e** 293/294, 2. ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 588, 17. ed., 1992, Malheiros, **v.g.**).*

***A jurisprudência** dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor** de **qualquer** pessoa **ou** entidade, pública **ou** privada, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa **ou** no âmbito político-administrativo, **sob pena de nulidade** da própria medida **restritiva** de direitos, **revestida**, ou não, de caráter punitivo (**RDA** 97/110 – **RDA** 114/142 – **RDA** 118/99 – **RTJ 163/790**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI 306.626/MT**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" **Informativo/STF** 253/2002 – **RE 140.195/SC**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RE 191.480/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 199.800/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **v.g.**):*

> *"**RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO 'DUE PROCESS OF LAW'**.*
>
> *– **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou** de restrição a direitos, **qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o **reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida estatal – **que importe** em punição disciplinar **ou** em limitação de direitos – **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (**CF**, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.*

***A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege** e **condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. **Precedentes**. **Doutrina**."*
*(**RTJ 183/371-372**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

***Impende referir**, neste ponto, por necessário, que, **em situação semelhante** à que se registra **na presente causa**, esta Suprema Corte **deferiu**, "initio litis", **medida cautelar** em processos instaurados por iniciativa **do próprio** Estado-membro (**RTJ 192/767-768**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 235-MC/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **AC 1.260-MC/BA**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **AC 1.700-MC/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **AC 1.915/RJ**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **AC 1.936-MC/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **ACO 900/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES), **determinando**, então, a adoção da **mesma** providência que ora se postula **nesta** sede processual.*

***Cabe acentuar**, ainda, por relevante, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **confirmou** essa orientação (**AC 39-AgR/PR**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **v.g.**):*

> *"(...) **LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**.*
>
> *– **A imposição** estatal **de restrições** de ordem jurídica, **quer se concretize** na esfera judicial, **quer se realize** no âmbito estritamente administrativo (**como sucede** com a inclusão de **supostos** devedores **em cadastros públicos** de inadimplentes), **supõe**, para legitimar-se constitucionalmente, **o efetivo respeito**, pelo Poder Público, da garantia **indisponível** do 'due process o law', **assegurada**, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), **à generalidade** das pessoas, **inclusive** às próprias pessoas jurídicas de direito público, **eis que** o Estado, **em tema** de limitação **ou** supressão de direitos, **não pode exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **e** arbitrária. **Doutrina**. **Precedentes**. (...)."*
>
> *(**AC 1.033-AgR-QO/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)*

Cumpre relembrar, por sua extrema pertinência, **decisão** que o eminente Ministro GILMAR MENDES, como Relator, **proferiu** nos autos **da AC 1.260-MC/BA**, em que, **ao ordenar a suspensão cautelar** de eficácia de registro **efetuado** no SIAFI, **assim fundamentou**, no ponto, **o seu ato decisório**:

> *"**A questão apresentada** para análise **não é nova** neste Supremo Tribunal Federal. **Em diversos precedentes** análogos, **a Corte já se manifestou pela concessão da liminar para afastar a inscrição do Estado no SIAFI/CADIN**, **sob o argumento** de que a inviabilidade **de formalizar** acordos **e** convênios, **bem como receber repasses de verbas**, **pode gerar prejuízos ainda maiores** (**inclusive** com a paralisação de serviços essenciais) **do que a ausência da inscrição do Estado**, supostamente devedor, **nesses bancos de dados**. **Nesse sentido**, os seguintes precedentes: **AC 39-MC**, Rel. Min. Ellen Gracie, monocrática, **DJ** 11-7-2003; **AC 223-MC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, monocrática, **DJ** 23-4-2004; **AC 266-MC**, Rel. Min. Celso de Mello,*

monocrática, ***DJ*** *31-5-2004;* ***AC 259-MC****, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, unânime,* ***DJ*** *3-12-2004;* ***AC 659-MC****, Rel. Min. Carlos Britto, Plenário, unânime,* ***julg****. 12-6-2006."*

*(****Grifei.****)*

Ressalto*, ainda, julgamento* ***proferido*** *em caso* ***virtualmente*** *idêntico ao ora em análise,* ***no qual o Plenário*** *desta Suprema Corte* ***ordenou*** *a suspensão cautelar* ***do registro*** *constante* ***do CADIN/SIAFI****,* ***efetuado em desarmonia*** *com a garantia do devido processo legal:*

*"****CADIN/SIAFI – INCLUSÃO****, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,* ***POR EFEITO*** *DE DIVERGÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CONVÊNIO MJ 019/2000 –* ***CONSEQUENTE IMPOSIÇÃO****, AO ESTADO-MEMBRO,* ***EM VIRTUDE*** *DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES,* ***DE LIMITAÇÕES*** *DE ORDEM JURÍDICA –* ***NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA*** *DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL* ***COMO REQUISITO LEGITIMADOR*** *DA INCLUSÃO,* ***NO CADIN/SIAFI****, DE* ***QUALQUER*** *ENTE ESTATAL –* ***LITÍGIO*** *QUE SE SUBMETE* ***À ESFERA*** *DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –* ***HARMONIA E EQUILÍBRIO*** *NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS* ***ENTRE*** *OS ESTADOS-MEMBROS* ***E*** *A UNIÃO FEDERAL –* ***O PAPEL*** *DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO –* ***POSSIBILIDADE*** *DE CONFLITO FEDERATIVO –* ***PRETENSÃO CAUTELAR*** *FUNDADA NAS ALEGAÇÕES* ***DE TRANSGRESSÃO*** *À GARANTIA DO 'DUE PROCESS OF LAW'* ***E DE DESRESPEITO*** *AO POSTULADO DA RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL –* ***MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA*** *–* ***DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO*** *DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*

CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO*.*

– A Constituição da República ***confere****, ao Supremo Tribunal Federal,* ***a posição eminente de Tribunal da Federação*** *(****CF****, art. 102, I, 'f'),* ***atribuindo****, a* ***esta*** *Corte, em tal condição institucional,* ***o poder de dirimir*** *as controvérsias, que,* ***ao irromperem*** *no seio do Estado Federal, culminam,* ***perigosamente****, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.*

Essa ***magna*** *função jurídico-institucional da Suprema Corte* ***impõe-lhe o gravíssimo dever*** *de velar* ***pela intangibilidade*** *do vínculo federativo* ***e*** *de zelar* ***pelo equilíbrio harmonioso*** *das relações políticas entre as pessoas estatais* ***que integram*** *a Federação brasileira.*

A aplicabilidade *da norma* ***inscrita*** *no art. 102, I, 'f', da Constituição* ***estende-se*** *aos litígios cuja potencialidade ofensiva* ***revela-se apta a vulnerar*** *os valores* ***que informam*** *o princípio fundamental* ***que rege****, em nosso ordenamento jurídico,* ***o pacto da Federação****.* ***Doutrina****.* ***Precedentes****.*

LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA*,* ***PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO****,* ***DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL****.*

*– **A imposição estatal de restrições** de ordem jurídica, **quer se concretize** na esfera judicial, **quer se realize** no âmbito estritamente administrativo (**como sucede** com a inclusão de **supostos** devedores em cadastros públicos de inadimplentes), **supõe**, para legitimar-se constitucionalmente, **o efetivo respeito**, pelo Poder Público, da garantia **indisponível** do 'due process o law', **assegurada**, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), **à generalidade** das pessoas, **inclusive** às próprias pessoas jurídicas de direito público, **eis que** o Estado, **em tema** de limitação **ou** supressão de direitos, **não pode exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **e** arbitrária. **Doutrina**. **Precedentes**.*

***A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**.*

*– **O princípio da reserva de lei atua** como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, **cuja competência regulamentar**, por tal razão, **não se reveste** de suficiente idoneidade jurídica **que lhe permita restringir** direitos **ou criar** obrigações.*

***Nenhum** ato regulamentar **pode criar obrigações ou restringir direitos**, sob pena de incidir em domínio **constitucionalmente** reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal.*

*– **O abuso** de poder regulamentar, **especialmente** nos casos em que o Estado **atua** 'contra legem' **ou** 'praeter legem', **não só expõe o ato transgressor** ao controle jurisdicional, **mas viabiliza**, até mesmo, **tal a gravidade** desse comportamento governamental, **o exercício**, pelo Congresso Nacional, **da competência extraordinária** que lhe confere o art. 49, **inciso V**, da Constituição da República **e que lhe permite** 'sustar os atos normativos do Poder Executivo **que exorbitem** do poder regulamentar (...)'. **Doutrina**. **Precedentes** (**RE 318.873-AgR/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**). **Plausibilidade jurídica** da pretensão cautelar **deduzida** pelo Estado do Rio Grande do Sul. **Reconhecimento** de situação configuradora do 'periculum in mora'. **Medida cautelar deferida**."*

*(**ACO 1.048-QO/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)*

***Impõe-se considerar**, também, **por relevante**, que esta Suprema Corte – **notadamente** em casos nos quais o inadimplemento é imputável a Administrações Estaduais anteriores (**AC 1.763-MC/SE**, Rel. Min. CARLOS BRITTO) – **tem amparado** as entidades estatais, **em situações** como a que ora se examina, **sempre** com o objetivo de viabilizar a liberação **e** o repasse de verbas federais, **em ordem a neutralizar a ocorrência de risco** que possa comprometer, de modo irreversível, **a continuidade** da execução de políticas públicas:*

*"**Questão de ordem** em medida cautelar em ação cautelar. 2. Autarquia estadual. **Inscrição no SIAFI** (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal). **3**. **Impedimento de repasse de verbas federais**. **Risco para a continuidade da execução de políticas públicas**. **4**. **Precedentes**: **AC 259-QO/AP**, Rel. Min. Marco Aurélio, **DJ** de 3-12-2004; **AC 266-QO/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, **DJ** de 28-10-2004; **e AC 39-AgR/PR**, Rel. Min. Ellen Gracie, **DJ** de 5-3-2004. 5. **Cautelar**, **em questão de ordem**, **referendada**."*

*(**AC 1.084-MC-QO/AP**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **Pleno** – **Grifei.**)*

*Essa **mesma** orientação **foi observada** no julgamento (monocrático) **da AC 1.989-MC/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **em caso que guarda absoluta identidade** com a matéria ora em exame.*

***Cumpre referir**, ainda, **fragmento** da decisão proferida pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI **ao deferir** pedido de medida liminar **em caso idêntico** ao ora em análise, **cabendo assinalar** que a decisão mencionada **foi referendada**, pelo E. **Plenário** desta Corte, **em 10-4-2008**:*

> *"Assim sendo, **a imposição dessas medidas pressupõe o respeito**, pelo Poder Público, **da garantia do devido processo legal** (art. 5º, LIV, da Constituição). **O Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira arbitrária**, **desconsiderando** o princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição). **O modo como as inscrições no CAUC e SIAFI têm sido realizadas parece indicar**, à primeira vista, **ocorrência de violação** aos referidos postulados.*
>
> ***Os argumentos apresentados evidenciam a plausibilidade jurídica** do pedido cautelar, **porquanto** a permanência do Estado de São Paulo **nos registros do CAUC e SIAFI implica o imediato bloqueio** das transferências de recursos federais **em detrimento** do interesse público, **com prejuízos** irreparáveis ao crescimento estadual e à população."*
>
> *(**AC 1.845-MC/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Grifei.**)*

*Esse **mesmo** entendimento **foi reiterado pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento da AC 2.032-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em situação **rigorosamente** idêntica à veiculada **na presente** demanda cautelar, que, **também instaurada** por iniciativa do Estado de São Paulo, **objetivava**, tal como sucede na espécie, **sustar**, cautelarmente, "(...) **a inscrição** do Governo do Estado de São Paulo **ou,** de modo específico, a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo **junto** ao Cadastro Único de Convênios, **bem como** do Sistema Integrado de Administração Financeira – **SIAFI**, até final julgamento da ação cível originária ACO 1.164, **referente** (...)" **a vários convênios** celebrados com a União Federal **a propósito** de matéria **pertinente** à execução de obras no setor penitenciário.*

***Registre-se**, finalmente, que o Estado de São Paulo **justificou**, de maneira **inteiramente** adequada, as razões **que caracterizam a concreta ocorrência**, na espécie, da situação configuradora do "periculum in mora", **enfatizando**, a esse propósito, **o que se segue** (fls. 11/13 **e** 22/23):*

> *"**O ofício** do Diretor de Captação de Recursos – ofício GCR n. 0142/2008 **informa** que o Estado de São Paulo **estará impedido de receber repasses de recursos** do JBIC – Japan Bank o International Cooperation, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDS e Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e Banco Mundial – BIRD, **que teriam o objetivo** de financiar **diversos** projetos em áreas **prioritárias** do Estado, cujos principais são os seguintes (DOC. N. 02):*
>
> *– **Programa de Recuperação** dos Mananciais do Alto Tietê US$ 104 milhões (BIRD), sendo US$ 4 milhões financiamento do Estado e US$ 100 milhões diretamente à SABESP*

Garantia de abastecimento e melhoria das águas e mananciais *da região metropolitana de São Paulo, especialmente bacia do Guarapiranga e Billings.*

– ***Nota Fiscal Eletrônica*** *– Sist. Público de Escrituração Digital SPED/Secretaria da Fazenda – R$ 15 milhões (BNDES) Implantação do sistema de nota fiscal eletrônica no Estado de São Paulo.*

– ***Implantação do Projeto Sul – Linha C da CPTM*** *e Linha 5 do METRÔ – US$ 168 milhões (BID)*

Na linha C da CPTM *(Marginal Pinheiros) – obras civis e aquisição de trens e sistemas. No METRÔ – projetos e desapropriações para implantação da linha 5 do Metro-Lilás – trecho Largo 13/ Chácara Klabin.*

– ***Programa de Pavimentação e Recuperação de Estradas Vicinais*** *do Estado de São Paulo/DER – US$ 361 milhões (BIRD/BID) Recuperação e pavimentação de 4 a 5 mil km de estradas vicinais e supervisão das obras.*

– ***Desenvolvimento Rural Sustentável/****Secretaria da Agricultura e Secretaria do Meio Ambiente – US$ 78 milhões (BIRD) Promover o desenvolvimento rural sustentável, gerando emprego e renda e inclusão social; preservação dos recursos naturais. Serão trabalhadas 1500 microbacias e atendidas aproximadamente 108000 famílias.*

– ***REÁGUA/****Secretaria de Saneamento e Recursos Hídricos US$ 78 milhões (BIRD)*

Ampliação da oferta de água *no Estado através de saneamento ambiental tratamento de esgotos e reuso de efluentes tratados na indústria e limpeza urbana.*

– ***Unidades Prisionais/****Secretaria da Administração Penitenciária R$ 240 milhões (BNDES)*

Criação de cerca de 14 mil vagas.

– ***Programa Integrado de Melhoria Ambiental*** *na área de mananciais da Represa Billings em S. Bernardo do Campo SP/SABESP US$ 56 milhões (JBIC)*

Melhoria do saneamento básico *na bacia da Represa Billings.*

Os financiamentos *mencionados estão em pleno andamento e o Estado de São Paulo necessita de autorizações da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, órgãos do Ministério da Fazenda, Presidência da República e Senado Federal.*

A ausência de restrição *junto ao CAUC/SIAF* ***é condição para a obtenção dessas autorizações****. A ocorrência de apontamentos de órgãos do Governo do Estado de São Paulo nesse cadastro, paralisa o processo e impede a emissão das mencionadas autorizações, inviabilizando por consequência a contratação dos financiamentos.*

Portanto*,* ***nenhum destes relevantes projetos sociais pode ser finalizado****, em face* ***da iminente e ilegal inscrição*** *do Estado, por sua Secretaria,* ***no citado Cadastro****, o que força o Estado de São Paulo a propor a presente ação cautelar incidental preventiva, com pedido de liminar em caráter de urgência, com o objetivo de obstar qualquer inscrição.*

(...)

Demonstrado à saciedade *o 'fumus boni juris',* ***também está evidenciado*** *o 'periculum in mora'.*

Conforme consta *da declaração da Captação de Recursos da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (DOC. N. 02), a existência do registro do débito judicialmente discutido no SIAFI-CAUC impossibilita a autorização para contratação de empréstimos externos, com graves prejuízos para a população do Estado que se vê privada de obras essenciais, como a expansão da linha metroviária, recuperação de estradas, preservação ambiental e criação de vagas em penitenciárias.*

Assim, a concretização destas autorizações – todas de extrema urgência para a população do Estado de São Paulo – está na dependência *do ilegal e precipitado registro no CAUC e SIAFI de Secretaria de Estado, sendo absolutamente imperioso que seja obstada a indevida inscrição.*

O anexo ofício *do senhor Coordenador da Junta de Coordenação Financeira (Ofício SF/JCF n. 015/2007),* ***em ação cautelar similar*** *à presente,* ***demonstra a necessidade de que estes procedimentos sejam ultimados o mais rapidamente possível****, a fim de que a proposta de Resolução a ser apresentada ao Senado Federal possa ser aprovada no semestre, sob pena de paralisação de importantes obras públicas e programas de governo (DOCUMENTO N. 21)."*

*(****Grifei.****)*

Sendo assim*, e tendo em consideração as razões expostas,* ***defiro****, "ad referendum"* ***do E. Plenário*** *do Supremo Tribunal Federal (****RISTF****, art. 21,* ***inciso V****),* ***até final julgamento*** *da causa principal,* ***o pedido de medida liminar*** *formulado pelo Estado de São Paulo,* ***em ordem a*** *"(...)* ***determinar****, de imediato,* ***a vedação*** *de qualquer inscrição* ***no CAUC e no SIAFI*** *do GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO,* ***CNPJ*** *46.379.400/0001-50* ***ou****, de modo específico,* ***da SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA****,* ***CNPJ*** *96.291.141/0001-80,* ***em face da improcedente dívida cobrada pela União Federal****, que está sendo judicialmente discutida* ***na ACO 1.236****,* ***referente ao Convênio nº 028/2003*** *(****ou*** *MJ 483662) (...)" (****fl. 23 – grifei****).*

2. ***Feito o lançamento*** *desta decisão pela Secretaria,* ***voltem-me*** *os autos conclusos,* ***para os fins*** *a que se refere o art. 21, V, do RISTF.*

(...)

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Para os fins a que se refere o art. 21, V, do RISTF, **submeto**, Senhor Presidente, ao referendo **do E. Plenário** desta Suprema Corte, o ato decisório em causa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Referendo**, integralmente, por seus próprios fundamentos, **a decisão que proferi** a fls. 705/718.

Enfatizo, neste ponto, **no que se refere** à questão **da titularidade** dos direitos **e** garantias fundamentais, **que essas** prerrogativas constitucionais **são acessíveis** às pessoas jurídicas de direito público, **desde que compatíveis** com a condição **de estatalidade** de que estas se revestem, **notadamente** nos casos de imposição, **contra** referidas entidades estatais, de medidas **restritivas** de direitos, **pois** tais entes públicos **também estão amparados** por garantias constitucionais **de caráter procedimental**.

Daí porque o Supremo Tribunal Federal já deixou assinalado, em recente decisão plenária (**AC 2.032-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que também** as entidades de direito público **têm direito subjetivo à observância**, **por parte** do Poder Público, **da garantia indisponível** do "*due process o law*", **assegurada e estendida**, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), **à generalidade** das pessoas, **inclusive às próprias pessoas jurídicas** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Comentário Contextual à Constituição**", p. 64/65, item n. 2, 4. ed., 2007, Malheiros), **mesmo às pessoas jurídicas de direito público**.

Vale ter presente, neste ponto, **o valioso magistério** de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, **em obra conjunta** escrita com GILMAR FERREIRA MENDES **e** INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO ("**Curso de Direito Constitucional**", p. 261/262, item n. 12.1, 2007, Saraiva), **cuja lição** ressalta a possibilidade constitucional de pessoas jurídicas **titularizarem**, elas mesmas, direitos **e** garantias fundamentais, **aí incluídas**, no que concerne às prerrogativas jurídicas **de ordem procedimental**, **as próprias** pessoas **de direito público**:

> ***Não há**, em princípio, **impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham**, **também**, **a ser consideradas titulares de direitos fundamentais**, **não obstantes estes**, originalmente, **terem por referência a pessoa física**. **Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas**. **Os direitos fundamentais suscetíveis**, **por sua natureza**, **de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular**. (...).*
>
> *(...)*
>
> ***Questão mais melindrosa** diz com a possibilidade **de pessoa jurídica de direito público vir a titularizar direitos fundamentais**. **Afinal**, os direitos fundamentais **nascem** da intenção de garantir uma esfera de liberdade **justamente em face** dos Poderes Públicos.*
>
> ***Novamente**, aqui, **uma resposta negativa absoluta não conviria**, até por força de alguns desdobramentos dos direitos fundamentais do ponto de vista da sua dimensão objetiva.*
>
> ***Tem-se admitido que as entidades estatais gozam de direitos do tipo procedimental**. Essa a lição de Hesse, **que a ilustra** citando o direito de ser ouvido em juízo **e** o direito ao juiz predeterminado por lei. **A esses exemplos**, **poder-se-ia agregar o direito** à igualdade de armas – **que o STF** afirmou ser prerrogativa, **também**, da acusação pública, no processo penal – **e o direito à ampla defesa**.*
>
> (**Grifei.**)

Cumpre registrar, como **anteriormente** mencionado, que esse entendimento **tem o beneplácito** da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal:

> *(...) **A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.***
>
> *– **A imposição de restrições** de ordem jurídica, pelo Estado, **quer se concretize** na esfera judicial, **quer se realize** no âmbito **estritamente** administrativo (**como sucede** com a inclusão **de supostos** devedores em cadastros públicos de inadimplentes), **supõe**, para legitimar-se constitucionalmente, **o efetivo respeito**, pelo Poder Público, **da garantia indisponível** do "due process o law", **assegurada**, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), **à generalidade** das pessoas, **inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público**, **eis que** o Estado, **em tema** de limitação **ou** supressão de direitos, **não pode exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **e** arbitrária. **Doutrina**. **Precedentes**.*
>
> ***LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.***
>
> *A Constituição da República **estabelece**, em seu art. 5º, incisos LIV **e** LV, **considerada a essencialidade** da garantia constitucional da plenitude de defesa **e** do contraditório, **que ninguém pode ser privado** de sua liberdade, de seus bens **ou** de seus direitos **sem** o devido processo legal, **notadamente** naqueles casos **em que se viabilize** a possibilidade **de imposição**, a determinada pessoa **ou** entidade, **seja ela pública ou** privada, de medidas consubstanciadoras **de limitação** de direitos.*
>
> ***A jurisprudência** dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** do princípio da plenitude de defesa, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor** de **qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa **ou** no âmbito político-administrativo, **sob pena de nulidade** da própria medida **restritiva** de direitos, **revestida**, ou não, de caráter punitivo. **Doutrina**. **Precedentes**.*
>
> (**AC 2.032-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

Assinalo, por relevante, que a decisão por mim proferida (fls. 705/718) tem apoio em iterativa jurisprudência que se formou **no âmbito** desta Suprema Corte, **como o revelam** os diversos precedentes nela referidos.

A decisão ora submetida ao exame desta Corte, **se** referendada, **como proponho**, **deverá ser transmitida**, **para cumprimento**, ao eminente Senhor Advogado-Geral da União, ao Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ao Senhor Secretário do Tesouro Nacional **e** ao Senhor Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

A Secretaria do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, **após publicado** o acórdão consubstanciador **deste** julgamento, **deverá** promover, **em momento oportuno**, a juntada **de cópia** do referido julgado **aos autos da ACO** 1.236/SP.

Também os autos **da presente** ação cautelar **deverão ser apensados**, "*opportuno tempore*", **aos da ACO** 1.236/SP acima mencionada, **cumprindo-se**, desse modo, **o que determina** o art. 809 do CPC.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC 2.156-MC-REF/SP — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Estado de São Paulo (Advogados: PGE-SP – Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo e outros). Requerida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do Relator, referendou a liminar concedida. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Procurador-Geral da República o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, ante a ausência do titular. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

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

Brasília, 2 de outubro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.182 — DF
(ADI 2.182-MC na *RTJ* 189/546)

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relatora para o acórdão: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Requerente: Partido Trabalhista Nacional – PTN — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Ação direta de inconstitucionalidade. 1. Questão de ordem: pedido único de declaração de inconstitucionalidade formal de lei. Impossibilidade de examinar a constitucionalidade material. 2. Mérito: art. 65 da Constituição da República. Inconstitucionalidade formal da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa): inexistência.

1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma.

2. Iniciado o projeto de lei na Câmara dos Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República.

O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão.

3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

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, em questão de ordem, por maioria, no sentido de não ser possível o exame de inconstitucionalidade material, no caso, da Lei 8.429/1992, e, no mérito, por maioria, pela improcedência da ação direta, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator). Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Licenciado o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 12 de maio de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Partido Trabalhista Nacional (PTN) questiona, na inicial, a constitucionalidade do inteiro teor da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 – a denominada Lei de Improbidade Administrativa –, que "dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências", em face do art. 65 da Constituição Federal. Alega o requerente que o diploma legal, originário do Projeto de Lei 01446/91, foi aprovado sem a devida observância do processo legislativo bicameral. Encaminhado pelo chefe do Poder Executivo à Câmara dos Deputados em 14 de agosto de 1991 e aprovado por aquela Casa em 8 de outubro do mesmo ano, verificou-se a remessa ao Senado Federal em 3 de dezembro seguinte, sendo objeto de substitutivo. Restituído à Câmara dos Deputados, houve uma terceira redação, enviando-se essa última versão à sanção presidencial, sem antes devolver a matéria para um novo crivo revisor do Senado.

Requisitadas as informações pelo então Relator, Ministro Maurício Corrêa (fl. 101), sustentou o Presidente do Congresso Nacional, à fl. 108 à 131, a constitucionalidade da norma sob o argumento de que a emenda substitutiva não importara em rejeição do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados.

O Presidente da República manifestou-se à fl. 276 à 295, arguindo preliminar de inépcia da inicial por ofensa ao art. 3º, I, da Lei 9.868, de 1999, ante a ausência de identificação específica e analítica da inconstitucionalidade formal, citando como precedentes o que decidido na ADI 2.111-7/DF, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, e o MS 20.471-1/DF, relatado pelo Ministro Francisco Rezek. No mérito, defende a integridade da lei, alegando ser equivocado o entendimento de que a aprovação da emenda substitutiva pela Casa revisora a transformara em Casa iniciadora.

O Plenário deste Tribunal indeferiu, por maioria, o pedido de liminar mediante o qual se buscara a suspensão dos efeitos da lei – fl. 325 a 359.

O processo veio-me por substituição, ante a ascensão do Relator, Ministro Maurício Corrêa, à Presidência do Tribunal (fl. 363).

O Advogado-Geral da União aduziu, à fl. 366 à 368, a prejudicialidade da ação pela falta superveniente da legitimidade ativa do partido político requerente, em decorrência da perda da representação parlamentar no Congresso Nacional.

O Procurador-Geral da República também manifestou-se pela prejudicialidade da ação, pelo mesmo motivo (fl. 370 a 372).

Pronunciei-me, então, às fls. 373 e 374, afastando a alegada prejudicialidade diante do entendimento firmado, na ADI 2.159-1-AgR/DF, no sentido de o exame da legitimidade do partido, tendo em vista a exigência de representação em uma das Casas Legislativas, estar ligado à data do ajuizamento da ação. Determinei o retorno do processo ao Advogado-Geral da União, que, na defesa da lei, afirma, à fl. 376 à 383, que o substitutivo do Senado Federal não consubstanciou um novo

projeto mas uma extensa emenda ao já existente, conforme preceitua o art. 118, cabeça e § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e que, portanto, a ela retornara para a votação em segundo turno, e não para o exercício das funções de Casa revisora. Cita como precedente a ADI 600-2/MG, de minha relatoria.

À fl. 385 à 389, o Procurador-Geral da República propugna a improcedência do pedido formulado na ação. Sustenta não haver sido arquivado pelo Senado Federal o projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados. O substitutivo a ele apresentado e aprovado revelara-se simples emenda, e não um novo projeto. Registra ainda a disposição do art. 65 da Carta Federal relativamente ao fato de o poder de decisão final, uma vez não arquivado o projeto pela Casa revisora, caber à Casa na qual este teve início, sob pena de um prolongamento indefinido do trâmite legislativo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A preliminar suscitada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República já foi objeto de exame pelo Plenário. Embora não conste da parte dispositiva do acórdão referente à análise do pedido de concessão de medida acauteladora, compôs o voto do então Relator, Ministro Maurício Corrêa, figurando a rejeição na ementa com o seguinte teor (fl. 358):

> 1. Preliminar de não conhecimento suscitada pela Advocacia-Geral da União: é desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei.

Corrigida a origem da preliminar – foi veiculada pelo Presidente da República nas informações prestadas, muito embora estejam alicerçadas em trabalho da Advocacia-Geral da União –, consigno que a decisão deixou de constar da certidão de julgamento ante a dinâmica da proclamação.

O dispositivo constitucional a ser considerado na espécie, presente a tramitação do projeto que deu origem à Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, é o art. 65:

> Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.
>
> Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Iniludivelmente, o preceito encerra o processo legislativo nacional. Nele está contemplado o sistema bicameral, a direcionar ao duplo pronunciamento sobre a normatividade. Vale dizer que se homenageiam não só a representação do povo, com pronunciamento da Câmara dos Deputados, como também a representação dos Estados, atuando o Senado Federal. A razão do dispositivo, e nada surge sem uma causa, é única, ou seja, a busca da segurança maior na aprovação dos textos normativos. Tomam-se forças distintas para, então, alcançado

o equilíbrio, ter-se o aperfeiçoamento de certo projeto. Em síntese, o preceito constitucional estabelece o duplo crivo. Com ele conflita, portanto, qualquer procedimento que implique a voz única de uma das Casas do Legislativo.

Pois bem, mostra-se incontroverso que o projeto que deu margem à Lei 8.429/1992 foi encaminhado à Câmara dos Deputados sob o regime de urgência. Conforme ressaltado na inicial, à fl. 19, apresentado em 14 de agosto de 1991, veio a ser aprovado em 8 de outubro de 1991, havendo sido sopesadas 302 emendas. Seguiu ao Senado da República. O exemplar parlamentar Pedro Simon pronunciou-se contra o texto aprovado pela Câmara, entendendo-o insuficiente. Criticou a exiguidade do tempo da tramitação, consignando:

> Em primeiro lugar, é lamentável que matéria de tamanha relevância para o futuro do País deva ser analisada nos exíguos prazos a que se sujeitam os projetos em regime de urgência. Seria de todo recomendável que a tramitação parlamentar pudesse contar com uma ampla fase de instrução, colhendo subsídios e sugestões dos mais variados segmentos da sociedade, inclusive ouvindo, especificamente, os setores envolvidos de forma direta com a repressão aos ilícitos praticados contra o Estado e aqueles outros encarregados de fiscalizar a correta aplicação dos recursos públicos.
> (...)
> Concluiu, então:
> (...)
> Por tais motivos, discordamos do ponto de vista executivo que pretende limitar o conceito de improbidade a algumas hipóteses de enriquecimento ilícito. O fato não escapou à observação do relator designado pela Mesa da Câmara dos Deputados:
> (...)
> Esta casa não pode aprovar o projeto sob análise sem a clara percepção de que ele não esgota o assunto a que se propôs.
> Por tudo isso, a minha preocupação de ver aqui denunciado esse grave problema, embora não me seja possível oferecer-lhe tempestivamente a devida solução.
> (...)
> Como bem diz o ditado popular, a pressa é inimiga da perfeição. O açodamento com que foi conduzida a elaboração do projeto e o regime de urgência que se lhe impôs na tramitação na Câmara fizeram com que acabasse por ser reproduzido, no texto que ora chega ao Senado Federal, todas as condicionantes anteriormente exigidas (*sic*). Disso são exemplos os incisos II, III, IV e V do art. 2º do Projeto sujeitando a caracterização do ilícito à prova de que o beneficiário da vantagem a percebeu de quem tenha "interesse que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público".
> Ora, auferir qualquer vantagem, que não as regulamentares, em razão do exercício do cargo, seja de quem for e a que título seja, constitui ato de improbidade. Qualquer outra exigência ou condicionante legal, além de contrariar o espírito da Carta Magna, só pode ter por objetivo dificultar a repressão à conduta desonesta.
> As apontadas deficiências do Projeto nos levam a apresentar substitutivo que, em síntese, inova nos seguintes aspectos:

> (...)
>
> O substitutivo classifica em quatro grupos os atos de improbidade administrativa. O primeiro, a merecer mais severa reprovação, é o que engloba as condutas visando o enriquecimento ilícito. Em segundo lugar estão aqueles que, por violação de regra de comportamento, causam prejuízo ao erário, conquanto não ensejam, necessariamente, locupletamento por parte do agente ou terceiro. A seguir, temos as condutas que atentam contra os princípios reitores da administração pública que são, por igual, atos altamente reprováveis importando improbidade do agente. Finalmente, há que se considerar as ações praticadas por agentes públicos que, atuando de forma abusiva ou ilegal, violam direito ou garantia individual. Esta última modalidade de conduta reprovável há de ser também enquadrada como ato de improbidade pelas consequências nefastas que acarreta bem assim pela quebra do dever de licitude exigível dos agentes em todas as circunstâncias.
>
> Nas quatro hipóteses contempladas, o substitutivo, ao contrário da proposição original, descreve, de forma abrangente, as condutas cuja reprovação deve ser expressamente consignada em lei. A nosso ver, a proposição, assim redigida, permite uma mais ampla e eficaz repressão às diversas formas e modalidades de conduta desonesta.

Dúvidas não pesam sobre o surgimento, no Senado Federal, de um novo projeto mais abrangente do que aquele que foi aprovado pela Câmara dos Deputados. Observou-se, como cabia fazer, o disposto no citado art. 65. Se a simples emenda motiva a volta do projeto à Casa iniciadora, o que se dirá quando não simplesmente emendado, mas substituído no seu todo. O que se nota, então, nesse estágio, é a inversão de papéis. O Senado da República, conclamado a atuar como Casa revisora, acabou por adotar postura própria à Casa iniciadora, introduzindo no mundo jurídico algo novo, que não passara pela Câmara dos Deputados. Seguiu-se, como incumbia fazer, a observância do parágrafo único do citado art. 65 – "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora". Friso, outra vez, que, se a simples emenda ao projeto provoca o retorno à Casa de origem, com maior razão isso se mostra necessário – não importando as idas e vindas – quando aprovado substitutivo na revisora, dele resultando alteração substancial.

O que aconteceu na Câmara dos Deputados? Foram aproveitados alguns dispositivos aprovados pelo Senado, rejeitando-se o substitutivo na quase totalidade. Forçoso é concluir que o projeto, tal como encaminhado ao Presidente da República para sanção, não passou pelo crivo, exceto consideradas as poucas inserções, do Senado Federal. Este havia rejeitado, na totalidade, o que saíra da Câmara dos Deputados e essa quase totalidade foi a que veio a ser novamente sufragada por esta última Casa e enviada à sanção.

Ressalto, mais uma vez, que a rejeição do substitutivo apresentado pelo Senado ficou devidamente explicitada na tramitação do projeto. Ora, desprezando a Câmara dos Deputados a maioria dos dispositivos que foram aprovados no Senado, aproveitando-os em parte mínima para inserção naquele que não passara pela apreciação da Casa revisora, incumbia à Câmara não o encaminhamento à sanção, mas a indicação do que surgiu de novo no cenário jurídico, com a mesclagem do projeto que aprovara inicialmente e parte do substitutivo do

Senado, e o envio do novo texto a este último. Isso não ocorreu e, então, o sistema bicameral foi desprezado, chegando-se a um projeto que na quase totalidade emanou de Casa única, ou seja, da Câmara dos Deputados. Daí haver divergido, na sessão de 31 de maio de 2000, da ilustrada maioria e votado pelo deferimento da medida acauteladora. Reitero o que veiculei na oportunidade, inclusive com transcrição do debate verificado:

> Senhor Presidente, é difícil eu sei, mas faço uma leitura diversa da Carta da República; e é difícil porque a implemento após os votos de egressos do Congresso Nacional, cada qual dos Ministros vindos de uma das Casas do Congresso Nacional.
>
> Leio, para o meu governo, o art. 65 da Constituição Federal:
>
> > "O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e [após essa revisão] enviado à sanção ou promulgação (...)"
>
> Parasse aqui o texto constitucional, a modificação introduzida pela Casa revisora não teria repercussão maior, ou seja, mesmo modificado o projeto, iniciado, por exemplo, na Câmara dos Deputados, seguiria ele para sanção pelo Presidente da República, mas há uma cláusula final no art. 65:
>
> > "se a Casa revisora o aprovar [aí sim, com a aprovação, tem-se o envio "à sanção ou promulgação"], ou arquivado, se o rejeitar.
> >
> > Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora."
>
> Ora, Presidente, a existência de uma Casa revisora, mais do que isso, a previsão segundo a qual, não sendo aprovado o projeto, ele é arquivado diante da rejeição; e também a regra segundo a qual, sendo o projeto emendado, deve voltar à Casa iniciadora, direciona no sentido de uma conclusão: o que se busca é um consenso de vontades legislativas.
>
> É preciso que haja o duplo crivo em um mesmo sentido. O descompasso quanto ao pronunciamento político de deputados, ou de senadores, leva à conclusão prevista no parágrafo único do art. 65, se ocorreu na revisão, e leva à conclusão prevista na parte final da cabeça do artigo – rejeição, se não se cogitar mais de revisão, em si, já tendo havido o retorno à Casa de origem.
>
> O que ocorreu no caso concreto? O projeto teve início na Câmara dos Deputados e foi aprovado. Ele se fez composto, na Câmara dos Deputados, de treze artigos. Chegando ao Senado, poderia ser alterado do primeiro ao último artigo, afastando-se determinados dispositivos do projeto e inserindo-se outros dispositivos.
>
> Mas, no campo pragmático, partiu-se para o que se denomina "emenda substitutiva", em que se abandona por completo o projeto inicial. Não afasto a possibilidade de coincidência de alguns itens do projeto inicial com o substitutivo. Mas se apresenta uma peça íntegra e como é mais fácil elaborar-se a peça do que se remendar a primitiva, geralmente se adota essa prática da apresentação do que se denomina, e a terminologia não é constitucional, "emenda substitutiva", como também não é constitucional a terminologia "emenda aglutinativa". Já tivemos aqui experiências quanto à Previdência Social.
>
> Então o que ocorreu? Aquele projeto de treze artigos, que passou pelo crivo da Câmara dos Deputados, seguiu para o Senado e lá se resolveu colocá-lo de lado e elaborar um grande projeto com 37 artigos.
>
> Veja-se que a mudança foi substancial. Passou-se de treze, sem qualquer repetição, sem *bis in idem*, para 37 artigos.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: O modelo da Câmara era Bernardo Cabral, ou seja, usava-se parágrafos, alíneas e incisos.

O Senado separou em dispositivo; não se criou muita coisa nova. O que se fez foi desmanchar o texto da Câmara de catorze artigos e se criar textos que eram tratados como incisos na Câmara.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O certo é que surgiu uma emenda substitutiva ao projeto substitutivo de autoria do Senador Pedro Simon.

Mas veja, Senhor Presidente, o que ocorreu?

O Senado, defrontando-se com esse projeto substitutivo de 37, e não mais de treze artigos, procedeu a algumas alterações e enviou o projeto, como cabia fazer, à Câmara dos Deputados, que, a meu ver, deveria ter votado esse projeto, já que se admite a emenda substitutiva, iniciado no Senado Federal. Então, a Câmara mesclou fazendo surgir um outro projeto, uma outra composição em termos de dispositivos, considerados os dois projetos iniciais: aquele que foi remetido ao Senado de treze artigos e o que surgiu mediante uma emenda substitutiva no Senado Federal.

Indaga-se: no caso, tivemos apenas a inclusão de dispositivos que passaram por ambas as Casas?

A resposta é negativa. De duas, uma: ou entendemos que, apresentado o substitutivo no Senado, deve ocorrer o envio imediato ao Executivo para "sanção ou promulgação", ou que voltando à Câmara e esta, novamente, modificando o que aprovado pelo Senado, ter-se-ia, para observância do duplo crivo exigido pelo art. 65 da Constituição Federal, o retorno, com o risco de se ter aí um "ping-pong". Mas há um termo final, porque a cláusula última do art. 65 cogita da rejeição e com ela tudo acaba com o arquivamento, apresentando-se um novo projeto na sessão legislativa seguinte.

O que não me parece possível, Senhor Presidente, é conferir-se ao art. 65 da Constituição Federal interpretação que conduza à aprovação de um projeto apenas por uma das Casas. O alcance, pelo menos sob minha óptica, do art. 65 é esse, a *mens legis* do art. 65 é o duplo crivo considerada a integralidade do projeto, porque, caso contrário, o sistema bicameral não será respeitado. Teremos norma, no cenário jurídico, que restou aprovada só por uma das Casas e não por ambas as Casas. Pode ser até que, potencializando-se o pragmatismo, seja isso o que ocorra quanto à quase totalidade dos projetos.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Para que isso se modifique, precisamos ir para o Senado, sermos eleitos, e alterarmos o processo legislativo e não através de uma interpretação que vem sendo produzida há mais de cem anos. Vossa Excelência está pretendendo exatamente mudar uma regra de cem anos de vigência, através de uma interpretação num fim de tarde, num fim de sessão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: No regime de 1946, a prevalência da Casa de origem do projeto é mais absoluta, porque antes havia as modalidades intermediárias.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Porque havia o domínio dos Estados, era a política dos governadores anteriores, era a figura da velha República.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, em última análise, creio que só podemos ter projeto enviado à sanção do Presidente da República se, em relação às normas dele constantes, contar-se com o pronunciamento das duas Casas. Havendo, quanto a qualquer norma, pronunciamento apenas de uma das casas, não se tem o que buscado pelo art. 65 da Constituição Federal.

É essa a leitura que faço do art. 65, considerado o devido processo constitucional-legislativo. E peço vênia aos nobres Colegas Maurício Corrêa, Relator, e Nelson Jobim para divergir e deferir a liminar pleiteada. O que se sustenta e o que se demonstra na inicial da ação direta de inconstitucionalidade é que se acabou por aprovar algo que não mereceu a apreciação das duas Casas do Congresso.

Defiro a liminar.

Ou bem a Câmara endossava o substitutivo do Senado ou, emendando-o, deveria ter encaminhado novamente àquele. A remessa imediata, sem audição do Senado da República, à Presidência implicou o desrespeito claro e evidente ao disposto no art. 65 da Constituição Federal, esvaziando o que nele se contém quanto à preservação do sistema bicameral.

Reafirmando que se paga um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito, sendo ele módico, por estar afigurado na observância irrestrita do arcabouço normativo, especialmente da Carta da República, julgo procedente o pedido formulado na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade e concluo pelo vício formal da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.

É como voto na espécie.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, o brilhantíssimo voto do Ministro Marco Aurélio, como sempre, fala muito fundo pelos argumentos, porém estudei, inclusive, todos os debates em 2000, quando houve a discussão sobre o pedido de deferimento de cautelar, e me convenci de que, apesar do que acaba de lembrar o Ministro Marco Aurélio e dos termos do art. 65 da Constituição, o que se teve, no caso, foi basicamente uma modificação processada no Senado, pelo esmiuçamento, pela pormenorização e pela adoção de uma técnica legislativa, alterando o conteúdo no sentido muito mais formal do que material, razão pela qual, como disse naquela ocasião, tanto o então Relator Ministro Maurício Corrêa quanto o Ministro Nelson Jobim, diante do que eles chamaram de bicameralismo imperfeito, a Casa onde se inicia o processo, evidentemente, tem uma certa prevalência. E, quando voltou esse projeto – como bem lembrou o Ministro Marco Aurélio – como substitutivo, como se fosse um novo, mas substitutivo muito mais na forma esmiuçada – como eu já disse –, na verdade, a Câmara reexaminou fundamentalmente o conteúdo daquilo que foi alterado.

Tenho o maior apreço realmente pelo cumprimento do processo legislativo, mas penso aceitável o processo que foi adotado sem que se possa configurar, neste caso, a inconstitucionalidade formal, e, com a presunção de constitucionalidade, peço vênia ao nobre Ministro Marco Aurélio, para divergir e julgar improcedente a ação.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É claro, pelas premissas do voto do Ministro Marco Aurélio, esse tema não se coloca.

Na verdade, como já me manifestei em outros momentos aqui, tenho sérias dúvidas sobre a constitucionalidade de várias disposições da Lei de Improbidade.

Se não fosse por outra razão, por esse caráter de *overbless*, de alargamento, a partir daquele exemplo clássico que já citei aqui, o art. 11, I, que diz que é ato de improbidade contrariar lei ou regulamento. Quer dizer, parece-me um exemplo típico de inconstitucionalidade chapada, mas isso no que diz respeito ao aspecto material, se nós, eventualmente, prosseguirmos.

Como a *causa petendi* é aberta na ação direta de inconstitucionalidade, isso depois podemos discutir.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também peço vênia ao eminente Relator, congratulando-o pelo brilhante voto apresentado, mas seguirei a divergência iniciada pela eminente Ministra Cármen Lúcia.

Entendo, também, que não há dúvida de que o projeto enviado pelo Senado Federal à apreciação da Câmara dos Deputados, a que se denominou o substitutivo, é meramente uma emenda ao projeto de lei inicialmente elaborado pela Câmara, e não é, de forma nenhuma, um novo projeto. Penso que está, inclusive, de acordo com o art. 118 do próprio Regimento Interno da Câmara.

De maneira que, pelo meu voto, novamente com todo o respeito pelo eminente Relator, julgo improcedente a ação.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, embora sinalizando a minha tendência em acompanhar o voto do Ministro Relator, peço vista dos autos, pois o caso é muito complexo.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, apenas para ganharmos tempo, estimo saber a concepção do Plenário sobre a possibilidade de, não havendo pedido na petição inicial, apreciar-se a inconstitucionalidade material.

Já, de início, penso que não cabe essa apreciação. Uma coisa é assentar-se que a causa de pedir, quando versada a inconstitucionalidade material, é aberta, podendo, portanto, o Colegiado concluir pelo conflito, considerado dispositivo constitucional não versado na peça primeira da ação direta de inconstitucionalidade.

Algo diverso é formular-se pedido único de declaração da inconstitucionalidade ante o vício formal, levando em conta o defeito de forma, e, sem a abordagem analítica que esta Corte tem exigido quanto ao vício material, partir-se para o exame desse mesmo vício.

A petição é silente a respeito, e, então, se marchássemos para a conclusão sobre a abrangência maior, esbarraríamos em precedentes quanto à necessidade de o autor da ação direta de inconstitucionalidade analisar, minimamente – e aqui não há qualquer análise –, a questão sob o ângulo do maltrato à Carta da República, considerado o vício material.

Quero saber a opinião do Tribunal porque não trouxe voto quanto ao vício material. Entendi que não seria o caso de adotarmos a mesma flexibilidade relativa à causa aberta.

Gostaria de saber porque, se o Tribunal estiver disposto a colocar em segundo plano a exigência de análise, mínima que seja, da inconstitucionalidade material na inicial, terei de confeccionar voto, substituindo-me ao autor da ação e não a integrantes do Senado Federal, para, portanto, cotejar – o que ele não fez – dispositivo a dispositivo da lei com os duzentos e tantos artigos da Carta Federal.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Esta questão de ordem podemos resolver na apreciação da vista do Ministro Eros Grau. Todavia, me parece que o sistema que estabelecemos leva ao entendimento, que eu perfilhei agora, da *causa petendi* aberta, porque nós declaramos a constitucionalidade da lei, e, aí, não só sob aspecto formal, ou declaramos a sua inconstitucionalidade. Esse será o resultado do julgamento. Não fazemos nenhum *distinguishing* quanto a essa decisão. E como se trata de um pedido em que se impugna toda a lei, ainda que por fundamento formal, nós poderemos eventualmente analisar os outros aspectos. Mas entendo que o Ministro Eros Grau vai se pronunciar sobre a matéria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas, antes de Sua Excelência se pronunciar sobre a matéria, sobre um possível conflito sob o ângulo material, deve fazê-lo o Relator. E, como estou a defrontar-me com uma avalanche invencível de processos – o meu tempo hoje não é suficiente sequer para apreciar os processos com pedido de concessão de liminar –, gostaria de saber, para não ser surpreendido e para, também, não ter um esforço inócuo, a definição do Plenário.

De qualquer modo, fico muito à vontade porque, se afastada a inconstitucionalidade sob o ângulo formal, e pretender o Tribunal adentrar o vício material, indicarei adiamento para poder proceder ao exame. Fica bem assim? Só não quero que depois digam que confiei muito na tacada quanto ao vício formal e não preparei voto quanto ao material. Não é isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A questão me parece que, dogmaticamente, está resolvida a partir de uma doutrina que se fixou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas aqui a situação é ímpar, a não ser que o Tribunal diga que o autor da ação direta de inconstitucionalidade não precisa proceder – contrariando o que assentou nesses anos todos de apreciação de ação direta de inconstitucionalidade – a um mínimo exame sob o ângulo material.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Se o argumento de Vossa Excelência estivesse correto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, Excelência, não digo que o seu está errado, apenas digo que tenho essa óptica.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, só estou discutindo a questão no prisma do controle abstrato de normas. Se o argumento de Vossa Excelência estivesse correto, nós teríamos de aceitar que, impugnada uma norma – no caso, não seria uma lei completa como agora – por fundamento meramente formal, não poderíamos declará-la inconstitucional por aspectos materiais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, na assentada em que apreciamos o pedido de concessão da liminar, veio à balha, porque sustentada pelo Presidente da República, uma preliminar: que o autor não teria examinado artigo a artigo da lei sob o ângulo da causa de pedir, o vício formal. E o Tribunal disse que não precisava examinar. Se se tratasse realmente de um ataque sob o ângulo material, qual seria a resposta do Tribunal? Inepta está a petição inicial.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Melhor do que dizer que a lei é constitucional e, depois, ter de conviver com uma nova impugnação. Mas eu ouço os Ministros sobre o assunto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Excelência, não dou aos pronunciamentos, pela constitucionalidade/inconstitucionalidade de um certo diploma legal do Supremo Tribunal Federal, eficácia a ponto de admitir até mesmo o julgamento implícito. A preclusão maior ocorre no que houver abordagem da matéria no acórdão proferido. Sigo a doutrina de Ada Pellegrini Grinover.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não é, parece a doutrina do Tribunal nessa matéria.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, em primeiro lugar, penso que a colocação do questionamento feito pelo Ministro Marco Aurélio é de todo pertinente e muito importante para este Tribunal, porque temos de ter uma orientação firmada, com determinado norte, de maneira muito clara. Afinal, o Relator tem de saber se vai abordar toda e qualquer inconstitucionalidade que possa eventualmente ser apurada, uma norma questionada, ou se se atém ao que o autor questionou. E mais de uma vez, nos últimos anos, pelo menos no acompanhamento reiterado que faço de 2000 para cá de todos os julgamentos de ação direta, o Tribunal vinha-se firmando no sentido de que o questionado é respondido. Inclusive, possibilitando novos questionamentos ou ações diretas paralelas. Exatamente por causa do questionamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A colocação, da tribuna, a surpresa, inclusive, para aqueles que devem ser ouvidos. Eles são ouvidos quanto à inicial apresentada, à inicial encaminhada.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Interessante que isso está em contradição até com o que estamos fazendo no controle incidental de normas, quando estamos declarando inconstitucionais normas que não são úteis para o caso concreto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Estou disposta a repensar, a rever e, evidentemente, acatarei a maioria, mas me ponho no sentido do que foi inicialmente aventado pelo Ministro Marco Aurélio, ou seja, que a inconstitucionalidade será examinada à medida e com os contornos que forem dados pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade. Estou tratando especificamente desta ação.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, peço licença aos Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Entendo que este Tribunal se manifesta sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis e deve fazê-lo, em qualquer circunstância, o quanto antes.

Seja porque há uma quantidade muito grande de processos sob os nossos olhos, seja porque, cabendo a nós a última palavra no exame da constitucionalidade, não se justifica que se faça de conta que não se viu uma determinada inconstitucionalidade por conta de um aspecto formal. Isso que estou propondo resulta da evolução das circunstâncias. Diria que, seguramente, os livros que foram escritos até agora a respeito do controle de constitucionalidade tem de ser diuturnamente revistos. Porque não apenas a realidade tem se transformado, mas também o nosso modo de ver a realidade se transforma.

De modo que proponho simplesmente isto: que o Tribunal cumpra com mais vigor – com rigor, ele sempre cumpriu – a sua tarefa, a sua função.

Nesse sentido, voto para firmar que o Tribunal deveria examinar os aspectos materiais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência me permite?

O Sr. Ministro Eros Grau: Claro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Se prevalecente essa óptica, não seria o caso de se estabelecer que a petição inicial é deficiente e abrir vista ao requerente da ação direta de inconstitucionalidade para aditá-la? Só que, agora, ele talvez não tenha mais representação em uma das Casas do Congresso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Eros Grau, é interessante, nesse caso específico, que diz respeito ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, esse modelo misto que permitiu ao Tribunal, já na época da representação de inconstitucionalidade, fixar que, para decidir a matéria, teria de se ter seis votos no sentido da procedência ou da improcedência.

Portanto, diferentemente do que acontece em vários outros sistemas do mundo, aqui se declara, no controle abstrato, se a lei é constitucional – e aí é material e formalmente constitucional – ou inconstitucional. Se se suscita esse

debate do ponto de vista procedimental, aí, sim, parece-me que o Ministro Marco Aurélio tem razão. Então, se é possível fazer isso, se houver necessidade, podemos fazê-lo. Claro, porque, a rigor, temos feito isso – infelizmente não está aqui, hoje, o Ministro Sepúlveda Pertence, que ajudou a construir a teoria do recurso extraordinário, do recurso extraordinário objetivo –, quando constatamos a inconstitucionalidade numa discussão em sede de controle incidental que não será aplicado ao caso concreto. A questão não foi suscitada; foi suscitada, de ofício, no Tribunal, e nós temos aceitado.

No que diz respeito ao controle abstrato, o que é interessante é o seguinte: por que adotamos esse modelo, antecipando até modelos muito mais avançados de Corte constitucional? Porque temos a necessidade de combinar e permitir a funcionalidade de dois modelos de controle de constitucionalidade.

Se, aqui, disséssemos que uma lei é constitucional do ponto de vista meramente formal, autorizaríamos todo o debate no sistema difuso em relação a outros aspectos. Não é essa a função da Corte constitucional. Ou se nós nos vinculássemos à *causa petendi*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Até aqui temos reiterado que é preciso o pedido, a formalização de um pedido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Pedido é uma coisa; fundamento é outra.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, Excelência, é pedido de declaração de inconstitucionalidade sob o ângulo material, porque aí contrariamos até o que fizemos, em inúmeros julgamentos, que é glosar a petição inicial quando ela não contempla a análise mínima, sob o ângulo do vício material, dos dispositivos atacados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto a pedido, é uma coisa, tanto é que temos sido estritos em relação a essa questão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Estamos, agora, tentando abrir e flexibilizar, também, o pedido a ser contido na inicial. Nós flexibilizamos – e creio que bem – a causa de pedir, mas o pedido não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Estou querendo enunciar, aqui, é uma aporia que o Tribunal soube bem resolver.

Vejam os Senhores: no modelo concentrado, o que acontece? Por exemplo, no modelo italiano que se criou a tal *sentenza di rigetto*, a ideia é de que se declara inconstitucional uma lei, mas não se declara constitucional essa lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência me permite? A prevalecer essa óptica, o que assentaremos? Que houve o ataque – não sei quantos artigos tem a lei – à totalidade da lei, sob o ângulo material, quando não ocorre o ataque sequer a um dispositivo, muito menos o arrazoado a respeito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas o resultado a que leva o seu raciocínio é o seguinte, Ministro Marco Aurélio: que, então, se dissermos

que a lei é inconstitucional, a questão estará resolvida sempre; se dissermos que a lei é constitucional, não emitimos nenhum juízo e teremos de formalizar que só o fizemos no que diz respeito ao aspecto formal. E isso gera – não só neste caso, mas em qualquer outro – uma brutal insegurança jurídica.

Por isso que o Supremo Tribunal Federal, até intuitivamente, ainda no modelo da representação de inconstitucionalidade, consagrou que teria de ter este caráter bivalente a decisão, que ou se julgava improcedente, e, portanto, constitucional a lei em face de toda a Constituição. É uma ficção, mas é uma ficção necessária em termos de segurança jurídica.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vamos inverter a situação. Vossa Excelência, então, admitiria que, formulado o pedido de declaração de inconstitucionalidade apenas sob o ângulo material, a Corte viesse a apreciar, sem qualquer articulação na inicial, o vício formal?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sem nenhum constrangimento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência é coerente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E acredito que temos até precedentes no Tribunal em relação a isso.

Só para concluir o raciocínio e permitir que o Ministro Eros Grau conclua o voto, aqui temos, na verdade, uma opção ínsita ao nosso modelo de controle de constitucionalidade. Para combinar controle abstrato e controle concreto, necessitamos de atribuir eficácia geral às decisões de procedência ou de improcedência, diferentemente do que acontece em outros modelos, sob pena de, na verdade, convivermos com uma grande insegurança jurídica, porque estaremos vinculados à *causa petendi*. Então, o Tribunal terá declarado inconstitucional em face deste parâmetro de controle daquilo que foi arguido. E a doutrina do Tribunal é pacífica nesse sentido, arguiu-se a inconstitucionalidade da lei em face da Constituição como um todo, inteira, portanto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, então teremos que admitir, em ações diretas de inconstitucionalidade nas quais apenas atacado parte de um diploma, a análise da constitucionalidade de todo o diploma. Teremos que admitir por coerência, ou seja, não teremos mais os parâmetros objetivos definidores do julgamento na inicial.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É matéria de inconstitucionalidade formal, não tenho menor dúvida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Assentaremos que não é possível mais atacar-se um diploma, considerado este ou aquele dispositivo, que é necessário o ataque ao grande todo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não. Não é disso que estamos a falar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Foi o que o Ministro Ricardo Lewandowski inclusive apontou: que teremos um julgamento fora das balizas do processo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não. Não temos o julgamento fora das balizas do processo, até porque, neste caso, temos uma arguição de inconstitucionalidade formal que, por razões óbvias, abrange toda a lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Porque é difícil, a não ser quando apenas um dispositivo não tenha passado, por exemplo, pelo duplo crivo, a inconstitucionalidade formal. Aqui, evidentemente, é o problema da revisão no sistema bicameral, mas imaginemos, por exemplo, um vício de iniciativa. Claro que o vício de iniciativa alcança, de regra, todo o diploma.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não tenho dúvida alguma e acredito que já aconteceu aqui, no Tribunal, de apontar-se um vício material em relação a um dispositivo e resultar na declaração de inconstitucionalidade de toda a lei por vício formal.

Parece-me que essa questão é fundamental, sob pena de emprestarmos uma grande insegurança jurídica ao modelo de controle de constitucionalidade. Essa combinação que é – digamos assim – a grande matriz, na verdade, a reveladora da grande criatividade do nosso modelo de controle de constitucionalidade. O pedido continua respeitado, tanto é que temos aquela jurisprudência de que, se se impugnam dois dispositivos e a matéria faz parte de um complexo normativo, rejeitamos ou mandamos aditar a inicial, exatamente para mantermo-nos fiéis à ideia do princípio do pedido, evitar uma supremacia da Corte.

Feito o pedido de declaração de inconstitucionalidade, aceito, o Tribunal, na verdade, está obrigado, pela ficção que se criou – ficção necessária –, a conhecer o pedido em face de toda a Constituição.

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, estou de pleno acordo com Vossa Excelência. Já disse que estamos decidindo sobre uma matéria que, no meu modo de ver, é meramente temporal. Daqui a dez anos, seguramente, esta Corte estará procedendo – posso estar equivocado – com essa amplitude para que possamos, efetivamente, cumprir a nossa função.

Voto no sentido de manter o meu pedido de vista para, posteriormente, examinar os aspectos formais. Entendo que a Corte deva, se for o caso, manifestar-se também sobre os aspectos materiais.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, lembro que a única causa de pedir, alinhada na inicial desta ação direta, é a suposta violação ao art. 65 da Constituição, ou seja, argui-se única e exclusivamente uma inconstitucionalidade de cunho formal. Não há qualquer argumento, não se aponta qualquer violação a um dispositivo da Constituição que não esse art. 65.

A seguir essa lógica ventilada aí, daqui a pouco bastará propor-se uma ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, contra o Código Civil, recentemente aprovado, e estaremos, aqui, debruçados a examinar os seus dois mil artigos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O argumento prova demais. Por isso o Tribunal, em relação às Constituições estaduais, passou a admitir, antes mesmo da lei, que deveria haver uma fundamentação, porque estavam chegando aqui ações diretas que impugnavam constituições inteiras, mas traziam fundamentos esparsos. E o Tribunal passou a não iniciar o julgamento, sequer a pedir que houvesse aditamento ou a rejeitar essas ações diretas, tendo em vista essa razão. Agora, nunca houve o óbice do Tribunal, por outra razão, declarar a inconstitucionalidade, pois isso faz parte do próprio sistema.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas aqui não há qualquer pedido de análise sob o prisma material.

Acompanho o eminente Relator.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também entendo que o processo que se abriu para o julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade ficou adstrito à alegação de vício formal. O parâmetro de constitucionalidade que se levantou foi exclusivamente o art. 65 da Constituição, que a ação direta de inconstitucionalidade teve por violado. E, como o processo ficou adstrito a esse aspecto formal, sobre esse ângulo meramente formal se pronunciaram os órgãos requeridos, os órgãos opinativos e o próprio Relator do processo.

Portanto, peço vênia para acompanhar os Ministros Relator, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, estava há pouco tentando localizar os julgamentos, em que, não estando presentes a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal teve oportunidade de discutir a possibilidade, senão o dever que a Corte tem de examinar a questão de inconstitucionalidade sob o ponto de vista de toda a Constituição. Tenho aqui os dois precedentes e, para notas taquigráficas, oportunamente, lhes farei menção.

Isso faz parte do próprio sistema, até porque me pareceria contraditório que o Tribunal reconheça que certa norma não contraria o dispositivo invocado na petição inicial, mas contrarie outro, e aí deixe de reconhecê-lo. Essa não é a função da Corte; sua função é examinar a constitucionalidade da norma perante toda a Constituição, para que não fique a respeito nenhuma dúvida, nem haja oportunidade de se rediscutir a questão, gerando insegurança jurídica.

O Ministro Marco Aurélio está pedindo o adiamento para examinar as outras questões?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não. Estou querendo saber para, diante do pedido de vista, se o Tribunal estiver disposto a julgar o que, para mim, surge como uma ação inexistente, também partir para o campo virtual e apreciar essa ação imaginada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Apoio integralmente o ponto de vista de Vossa Excelência. Penso que, se acontecer isso, Vossa Excelência terá todo o direito de indicar adiamento.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senão, o Ministro Marco Aurélio estará demitido da função de Relator do processo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A esta altura, isso até seria, pela carga de processos, prazeroso. Passaria a relatoria ao Ministro Eros Grau. Estaria o processo em melhores mãos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, Ministro. Certamente teríamos fundamentos diversos e, como já ocorreu em outras situações, alguém declara constitucional ou inconstitucional a lei, por fundamento formal, e outro, por fundamento material. A questão é muito mais complexa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, só quero deixar estreme de dúvidas que não há o ataque – vou me referir a ataque – ao Diploma sob o ângulo material. Não existe uma palavra, um raciocínio tecido na inicial, a revelar esse objeto como sendo da ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O objeto, na verdade, é a inconstitucionalidade da lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Então, não admitimos o ataque parcial ao Diploma.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Estou de acordo com o exame amplo. Penso que o Tribunal pode ultrapassar o aspecto da formalidade e entrar nos aspectos materiais da norma.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), e se o autor silenciar? Entenderemos que a inicial contém ataque a todos os artigos da lei, já que temos admitido que o autor, o requerente da ação direta de inconstitucionalidade, pode delimitar a impugnação?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), não precisa atacar todo o diploma?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência me permite uma observação. Quando essa jurisprudência se formou – na verdade, ela é antiga, já

remonta à própria representação de inconstitucionalidade –, não tínhamos essa nova estrutura procedimental aberta, que marca agora o nosso processo de controle de constitucionalidade, com a presença, por exemplo, de *amicus curiae*. Não há dúvida alguma de que admissão de *amicus curiae* permite que se lancem, até da tribuna, na sustentação oral, novos fundamentos de inconstitucionalidade. Esse foi o intuito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Desde que haja pedido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exato. Neste caso, há; mas, aí, a divergência é conceitual.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, Excelência. Há pedido de declaração de inconstitucionalidade sob o ângulo formal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência me permite, quero ler um precedente do Tribunal que ajuda a esclarecer a questão.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sempre abrimos aqui, metodologicamente, uma grande dicotomia nesse controle de constitucionalidade nos processos objetivos: o vício formal de uma banda, o vício material de outra; sempre seccionamos os exames.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sempre.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Sempre houve essa clivagem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Tenho os precedentes aqui. São três julgamentos: RE 298.695, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 298.694, também Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e RE 196.172, em que a tese enunciada foi a de que pode o Supremo Tribunal Federal conhecer de recurso fundado no art. 102, III, *a*, e decidir a causa aplicando norma constitucional, que, embora incidente, não foi discutida nem invocada.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, mas em cada qual das duas etapas: o exame material de um lado, o formal de outro.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Claro, essa cisão é indispensável.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas superada a questão de inconstitucionalidade formal, nada impede o Tribunal de reconhecer a inconstitucionalidade material.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Agora sim, superada a lei, superado o lado formal; mas estamos aqui, centradamente, analisando o lado formal. Estão-se misturando os dois exames.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estaríamos admitindo um ataque indeterminado a uma norma.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, o problema do Tribunal não é esse; é seu dever examinar se a norma é, ou não, constitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A proposta do Ministro Celso de Mello resolve a questão, em consonância com a angústia manifestada pelo Ministro Marco Aurélio, qual seja, eventualmente reabrir-se o processo. Já fui Relator, por exemplo, de ações diretas de inconstitucionalidade em que sobrevém o pedido de

amicus curiae depois de encerrada a fase da manifestação da Advocacia-Geral da União, das informações e até do parecer do Procurador-Geral da República.

Se fôssemos seguir estritamente a lei, deveríamos dizer que, neste caso, não cabe mais. Entendi que era possível, sim, aceitar, dado o interesse público, a relevância, e ouvir novamente o Procurador-Geral da República.

A proposta trazida aqui pelo Ministro Celso de Mello é de fato ouvir – tal como suscitado também pelo Advogado-Geral da União, da tribuna – os eventuais requerentes, a própria Advocacia-Geral da União e também o Ministério Público sobre a lei como um todo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Parece que o autor não tem mais legitimidade ativa *ad causam*.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Teremos uma ação direta sem autor.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Isso existe, acabamos por admitir.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas, aí, vamos suprir todas as faltas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Sem dúvida, mas, no caso, temos uma dificuldade prática: como abrir vista a um autor que não existe mais?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É que, para nós outros, ele estará propondo uma nova ação. Para nós que votamos no sentido da impossibilidade de apreciar objeto não constante da inicial, haverá a propositura de uma nova ação. Tanto que retornamos ao *statu quo ante*, à estaca zero.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não é uma nova ação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), nesse caso, a inicial delimita o pedido, ou estaremos obrigados a apreciar a inconstitucionalidade formal no tocante a todo o diploma? É claro que delimita.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mesmo sob o ângulo formal. Apenas sob o ângulo formal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Suponha-se uma inconstitucionalidade vistosa, uma lei absurdamente inconstitucional. O Tribunal se vê diante de uma situação dessas e fica quieto?

O Sr. Ministro Eros Grau: O Tribunal faz de conta que não viu, não é?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não. Ele atua de ofício, sem o pedido, sem o processo. Não precisamos mais de processo, de provocação. O órgão inerte – do Judiciário – passará a não ser mais inerte.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Há um brocardo milenar jurídico – e eu ia manifestar-me exatamente nessa linha –, segundo o qual *ne procedat judex ex officio*.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não é o caso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Quer dizer, se o Relator entender que há um vício de natureza material, e não apenas formal como alegado, ele procede como parte, impulsiona o processo, manda reabrir a discussão. Isso me parece um pouco extravagante.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, isso não se compadece com a natureza do processo objetivo de controle. Isso é válido para os processos subjetivos, mas nem aqui no processo isso ocorre.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O pedido é de declaração de inconstitucionalidade. Só isso. Como é que se vai dizer que não houve pedido de declaração de inconstitucionalidade. O pedido é esse.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas, Ministro, sob o ângulo formal?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, o pedido é de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O ângulo formal, Ministro, é fundamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Nós não estamos vinculados, nem no recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só para lembrar à Corte e aos dois nobres Ministros que não participaram dos precedentes.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nós os conhecemos pelos estudos, eminente Ministro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que se decidiu naqueles dois casos foi o problema da irredutibilidade dos vencimentos e a questão do direito adquirido. Como é que o Tribunal poderia deixar de reconhecer a constitucionalidade de uma norma amparada por outro princípio constitucional, e não o invocado na petição inicial? Como é que o Tribunal poderia fazer isso?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Talvez essa objeção estivesse implicitamente formulada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não estava, pois foi esse o objeto da ementa. Isso foi matéria discutida nos dois julgamentos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Se, objetivamente, a inconstitucionalidade alegada é formal, não podemos transitar para uma inconstitucionalidade material, *data venia*.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Concordo com Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aliás, se Vossa Excelência me permite, só para recordar à Corte, seria capaz de, em uma pesquisa mais calma, verificar em quantas oportunidades os Ministros da Corte invocaram ofensa a outras normas constitucionais.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Isso sim, mas quando a inconstitucionalidade material foi suscitada.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas otimizando a análise, primeiro a parte formal, depois a material.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Inconstitucionalidade é inconstitucionalidade. Classificações metodológicas não importam. O que importa para o Tribunal é o reconhecimento de ofensa à Constituição.

A Constituição é ofendida, quer se trate de inconstitucionalidade formal, quer se trate de inconstitucionalidade material. Não há meio termo: ou ofende a Constituição, ou não a ofende. A função da Corte é velar pela Constituição.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Bastará protocolar uma petição dizendo estar impugnada determinada lei.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Dizendo que determinada lei é inconstitucional e deixamos que o Plenário do Supremo decida sobre a extensão ao pedido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso é outra coisa. Isso é não ter fundamento nenhum.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Isso já é um outro aspecto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não. Foi exatamente o que aconteceu no caso. A ação direta se limita a indicar um dispositivo, mais nada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Que teria sido violado. Suponhamos que há outros que foram violados também.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Logo em seguida transcreve toda a lei.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E quem suscitou pela primeira vez essa matéria – jamais nós a debatemos, estou aqui há dezessete anos – foi o Ministro Gilmar Mendes.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Quanto à possibilidade de examinarmos a ação direta de inconstitucionalidade no tocante a pedido não formalizado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não é contra o pedido. Aí é que está a nossa divergência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Para nós outros é pedido, Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não é o pedido, mas o fundamento. O pedido é de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Agora, Sua Excelência, o Ministro Gilmar Mendes, é coerente com o que vem sustentando no Plenário quanto à abrangência do processo objetivo e a liberdade que a Corte tem no âmbito desse processo. Faço justiça a Vossa Excelência. Vossa Excelência está sendo coerente, Presidente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Agradeço. Na verdade, pelo menos tento ser coerente e, quando também reformulo posições, faço-o de maneira bastante clara.

Não há nenhuma dúvida em relação a essa questão, mas, no que diz respeito à *causa petendi* aberta, isso era a velha doutrina da Corte já na representação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, Ministro, jamais apreciamos e nos pronunciamos em ação direta de inconstitucionalidade tendo como objeto apenas inconstitucionalidade pelo vício formal, considerado o vício material. A menos que esteja perdendo totalmente a memória, o que talvez seja até fruto da passagem dos anos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: No processo objetivo, também trabalho com a causa de pedir aberta, porém em cada fase do julgamento: primeiro, vamos nos concentrar no aspecto formal, depois, no material.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, qual é a diferença entre uma ofensa que metodologicamente se qualifica como inconstitucionalidade formal e uma ofensa que, para efeitos classificatórios, se diz constitucionalidade material?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Podemos entender que a lei não é, por exemplo, inconstitucional sob o ponto de vista formal – pronto –, e chegarmos a um resultado oposto do ponto de vista material.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E o exame da constitucionalidade material?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vamos otimizar o julgamento, sempre fizemos isso. Precedentemente, julgamos o aspecto formal; depois, o aspecto material.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Quanto a isso, não há dúvida, não há problema. A objeção não está aí, Ministro.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Agora estamos entremeando.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A objeção não está aí, Ministro Carlos Britto. Vamos examinar primeiro a inconstitucionalidade formal. Se a inconstitucionalidade formal for reconhecida, fica prejudicado o resto.

O Sr. Ministro Eros Grau: Percebo que o Ministro Carlos Britto está aflito.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não estou aflito nunca. Estou atento, jamais tenso, sempre descontraidamente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Talvez quem esteja aflito seja eu. Realmente estou aflito, pois tenho a impressão de que as coisas não foram compreendidas.

O que está muito claro é o seguinte: examina-se primeiro o aspecto formal; depois, o material. Assim caminhava quando o Ministro Marco Aurélio, de modo adequado, sugeriu que definíssemos se vamos, ou não, examinar o aspecto material.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É que o Presidente sinalizou no sentido de examinarmos. Por isso suscitei. Não quero ser surpreendido, preciso precatar-me.

O Sr. Ministro Eros Grau: Por isso disse ter sido adequadamente que Vossa Excelência fez isso. Nós começamos a discutir essa matéria – se vamos, ou não, apreciar depois os aspectos materiais, antes de decidir se há, ou não, inconstitucionalidade formal – para atender ao que solicitou o Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Até porque as premissas de Sua Excelência já levavam à inconstitucionalidade formal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, então vou pedir a reciprocidade: que Vossa Excelência também me faça justiça. Não traria aqui um processo sem estar habilitado a votar. Se a jurisprudência do Tribunal fosse no sentido de poder-se caminhar para exame independentemente de pedido, haveria trazido o voto pronto. É que confiei no que assentado até aqui em termos de vinculação ao pedido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Aí está nossa divergência. Mas vamos ao Ministro Eros Grau.

O Sr. Ministro Eros Grau: Gostaria que ficasse muito claro, até para atender não à aflição, mas à preocupação do Ministro Carlos Britto, o seguinte: primeiro vamos examinar a constitucionalidade formal. Se admitirmos que também, em tese, seria possível examinar-se a constitucionalidade material – nesse sentido votaram o Ministro Cezar Peluso, eu...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não, penso que é o contrário, Ministro Eros Grau. Primeiro vamos examinar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Inconstitucionalidade formal, está certo. Se é inconstitucional, já não precisa examinar mais nada. Mas é isso que nós estamos propondo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto a isso, não há dúvida alguma.

O Sr. Ministro Eros Grau: Era apenas isso que eu queria deixar claro.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É logicamente precedente, até porque é prejudicial da outra eventualmente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, nisso estamos de acordo.

O Sr. Ministro Eros Grau: Ministro Carlos Britto, nós faremos isso. Agora, o que já estamos a decidir antecipadamente é se, depois de analisarmos a inconstitucionalidade formal, vamos ou não analisar a inconstitucionalidade material.

Então, quero voltar ao ponto em que estava.

Votamos nesse sentido eu, Ministro Cezar Peluso e Ministro Celso de Mello.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite?

O Ministro Celso de Mello trouxe uma importantíssima contribuição do ponto de vista procedimental. A se admitir a hipótese de Vossa Excelência, de se prosseguir no exame da inconstitucionalidade material, faz-se necessário abrir nova vista para todas as partes envolvidas, inclusive para o autor.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Isso, perfeito. Chama o feito à ordem.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente, que o feito seja chamado à ordem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, quanto a isso, ninguém tem dúvida.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É preciso definir essas coisas com clareza.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então, estamos caminhando para um consenso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto a isso, não há nenhuma dúvida.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas haverá votação hoje nesse sentido?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Eros Grau, por favor.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu queria apenas terminar de me manifestar. Gostaria única e exclusivamente que ficasse claro o que me pareceu que não estava claro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, mas está claro. Por isso essa questão é relevante.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, estou na dúvida sobre o que estamos a decidir neste momento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Estamos a discutir, em questão de ordem, se, havendo eventual rejeição da arguição de inconstitucionalidade formal, se podemos discutir aspectos materiais.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O meu voto é no sentido de que não haverá.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, Vossa Excelência votou nesse sentido. Não há nenhuma dúvida quanto a isso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Essa questão estava um pouco nebulosa para mim.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Eros Grau, Vossa Excelência concluiu, portanto, nesse sentido?

O Sr. Ministro Eros Grau: Concluí. Agora creio que ficou claro para todos nós isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E todos concordaram também com a necessidade de uma revisão procedimental proposta, pelo menos aqueles que encaminharam nesse sentido.

PEDIDO DE VISTA
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, vou pedir vista da questão de ordem, porque é uma questão extremamente importante que tem de ser decidida pelo Tribunal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E penso que tem de ser decidida até para orientar o voto do Ministro Eros Grau, porque, se não, ele ficará manietado, caso o Tribunal decida que não pode examinar outra inconstitucionalidade manifesta.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Porque nós estaremos a rever a jurisprudência do Tribunal em relação a essa matéria. Farei a pesquisa sobre matéria de controle material e formal, que o Ministro Marco Aurélio disse que não haveria casos aqui, e acredito que chegaremos a outro resultado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Recordo casos em que o Tribunal, examinando uma norma jurídica atacada do ponto de vista formal, disse textualmente: isto aqui não é formalmente inconstitucional, mas é materialmente inconstitucional. E reconheceu a inconstitucionalidade. Não é um caso; é a história da jurisprudência da Corte.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Até aqui tem sido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Entendo que a matéria tem de ser definida.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, exatamente. E já se manifestaram nesses precedentes de forma expressa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De forma muito clara.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.182/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Trabalhista Nacional – PTN (Advogados: Milton Dota Júnior e outros). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido de adiamento de julgamento. Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente a ação, e dos votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski, julgando-a improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau. Em seguida, após a questão de ordem suscitada pelo Relator, no sentido de que, superada a inconstitucionalidade formal, o Tribunal não deveria apreciar o exame da inconstitucionalidade material, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia e pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, e dos votos dos Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Mello, que dela divergiam, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie (Presidente). Falou pelo Ministério Público Federal o

Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente).

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

Brasília, 23 de maio de 2007 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Quanto ao pedido de intervenção feito pelo Ministério Público de São Paulo, informo que realmente foi formalizado e, na bancada, no dia de ontem, o indeferi. Creio que já deve estar no sítio do Tribunal.

Apontei que, no caso, a admitir o Ministério Público do Estado de São Paulo, teríamos também que admitir os demais, ou seja, os das demais vinte e seis unidades da Federação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Está em julgamento a ADI 2.182-6/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, proposta pelo Partido Trabalhista Nacional contra a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Na presente ação direta, o requerente pede a declaração de inconstitucionalidade do inteiro teor da Lei de Improbidade Administrativa. A causa de pedir está assentada apenas na inconstitucionalidade formal dessa lei, por inobservância do processo legislativo bicameral.

Na última sessão plenária, o Relator, Ministro Marco Aurélio suscitou a seguinte questão de ordem: **se a causa de pedir, delimitada na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, cinge-se à inconstitucionalidade formal da lei, poderia o Tribunal, superada essa argumentação quanto ao vício de forma, adentrar no exame da inconstitucionalidade material da norma impugnada?**

Responderam negativamente a essa questão o Ministro Marco Aurélio (Relator), a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carlos Britto. Os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Mello divergiram.

Pedi vista dos autos, apenas quanto a esta questão de ordem, para esclarecer que **a resposta a essa questão encontra-se na própria história jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal.**

Como se sabe, a Constituição de 1946 atribuiu ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação aos seguintes princípios: a) forma

republicana representativa; b) independência e harmonia entre os Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, c/c art. 7º, VII). A intervenção federal subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8º, parágrafo único).

Assim, a representação interventiva, sob a égide da Constituição de 1946, tinha *causa de pedir fechada*, tendo em vista o rol delimitado dos denominados *princípios sensíveis*.

A Emenda 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Consagrou-se um modelo abstrato de controle de constitucionalidade sob a forma de uma representação que haveria de ser proposta pelo Procurador-Geral da República. A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de "preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconviventes"[1], veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o *sistema jurídico objetivo*.

Com o advento da EC 16/1965, portanto, instituiu-se um modelo de controle objetivo de normas em face da totalidade do ordenamento constitucional. O parâmetro de controle não mais se restringia aos denominados princípios sensíveis, como na representação interventiva, mas abrangia a Constituição como um todo.

Interessante notar que, tal como concebida, a chamada representação de inconstitucionalidade tinha, em verdade, *caráter dúplice* ou *natureza ambivalente*, permitindo ao Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou, mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade. Assim, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplice ou ambivalente*. Daí ter Victor Nunes Leal observado em palestra proferida na Conferência Nacional da OAB de 1978 (Curitiba) que, "em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade"[2].

Portanto, já na prática da representação de inconstitucionalidade, exigia-se do requerente da ação, o Procurador-Geral da República, quando do ajuizamento da ação, apenas a delimitação precisa do pedido, ou seja, do objeto da ação, das leis ou atos normativos que seriam apreciados pela Corte. A causa de pedir, por outro lado, constituía apenas um indicativo para o crivo do Tribunal.

---

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 413.

2 LEAL, Victor Nunes. *Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*: um aspecto inexplorado. *RDP* 53-54:25 (33).

Os fundamentos da impugnação, se pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas atacadas, ficavam muitas vezes em aberto até o pronunciamento definitivo do Procurador-Geral, por ocasião de seu parecer.

A título de exemplo, cito o julgamento da RP 1.189-5/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira (*DJ* de 18-11-1988), no qual o Tribunal, não se atendo aos fundamentos utilizados pelo Procurador-Geral da República, que se restringiam à inconstitucionalidade formal (violação ao art. 57, IV e V, c/c os arts. 13, III e V, e 200 da Constituição de 1967/1969) declarou a inconstitucionalidade material da lei impugnada, a Lei 703/1983 do Estado do Rio de Janeiro, em face dos arts. 208 e 8º, XVII, *e*, da Constituição de 1967/1969.

Com o advento da Constituição de 1988, essa prática não se modificou, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade e, posteriormente, da ação declaratória de constitucionalidade (EC 3/1993), que possuem antecedentes na prática da representação de inconstitucionalidade e, remotamente, na representação interventiva. O *caráter dúplice ou ambivalente* também marca essas ações. Tanto é assim que as petições iniciais formuladas pelo Procurador-Geral da República, nas ações diretas de inconstitucionalidade, continuaram a delimitar apenas as leis ou atos normativos que seriam objeto de análise pelo Tribunal, deixando a definição dos fundamentos do pedido apenas para a ocasião do oferecimento de seu parecer[3].

Assim, no período pós-1988, o Supremo Tribunal Federal continuou a ressaltar a sua não vinculação aos fundamentos expendidos na petição inicial, conforme se pode comprovar com os seguintes julgados, citados apenas como exemplo:

> É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na ação direta de inconstitucionalidade, seu julgamento independe da *causa petendi* formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição, e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual arguição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente ação.
> (ADI 1.896-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 18-2-1999, *DJ* de 28-5-1999.)
>
> O Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime à parte o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de não conhecimento da ação direta, indicar as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso

[3] Entre outras: ADI 80-2, ADI 176-1, ADI 47-1, ADI 677-1, ADI 613-4, ADI 375-5, ADI 390-9, ADI 402-6, ADI 314, ADI 154, ADI 306-2, ADI 226-1, ADI 222-8.

mesmo, de parametricidade – em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais.
(ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-1995, *DJ* de 23-3-2001.)

A cognição do Tribunal em sede de ação direta de inconstitucionalidade é ampla. O Plenário não fica adstrito aos fundamentos e dispositivos constitucionais trazidos na petição inicial, realizando o cotejo da norma impugnada com todo o texto constitucional. Não há falar, portanto, em argumentos não analisados pelo Plenário desta Corte, que, no citado julgamento, esgotou a questão.
(AI 413.210-AgR-ED-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-11-2004, *DJ* de 10-12-2004.)

Entende o Tribunal, portanto, que o parâmetro de controle, no processo objetivo de fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos, abrange a Constituição como um todo. A Corte não fica adstrita aos fundamentos explicitados na petição inicial. A própria ideia do "bloco de constitucionalidade", criada pelos franceses, e tão bem desenvolvida em votos proferidos pelo Ministro Celso de Mello, representa esse entendimento:

Ação direta de inconstitucionalidade. Instrumento de afirmação da supremacia da ordem constitucional. O papel do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo. A noção de constitucionalidade/inconstitucionalidade como conceito de relação. A questão pertinente ao bloco de constitucionalidade. Posições doutrinárias divergentes em torno do seu conteúdo. O significado do bloco de constitucionalidade como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais. Necessidade da vigência atual, em sede de controle abstrato, do paradigma constitucional alegadamente violado. Superveniente modificação/supressão do parâmetro de confronto. Prejudicialidade da ação direta. A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo – ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (*RTJ* 139/1967) – a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.
(ADI 1.120, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 28-2-2002, *DJ* de 7-3-2002.)

Importante ressaltar que esse entendimento decorre de um imperativo de segurança jurídica. A decisão pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de determinada norma constitui pronunciamento definitivo do Tribunal tendo em vista a ordem constitucional como um todo. Esse é o pressuposto da impossibilidade de revisão ou de nova submissão da questão constitucional ao crivo da Corte. Todos sabemos – e isso também advém da prática jurisprudencial

do Tribunal – que não cabe recurso ou ação rescisória no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Temos admitido apenas os embargos de declaração para sanar eventual omissão, obscuridade ou contradição da decisão. Se passarmos a admitir que a declaração de inconstitucionalidade, ou de constitucionalidade, está vinculada aos fundamentos utilizados pela petição inicial, estaremos a permitir a instauração da insegurança jurídica. Imagine-se, nessa hipótese, que a própria publicação da decisão no *Diário Oficial* teria que fazer expressa menção aos parâmetros constitucionais em que o Tribunal se baseou.

Assim, não custa repetir, na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta. O Tribunal fica vinculado apenas ao pedido formulado pelo requerente. E, ressalte-se também que até mesmo o princípio do pedido tem sido relativizado em alguns casos, nos quais o Tribunal declara a inconstitucionalidade de outras normas não constantes do pedido, por estarem elas imbricadas em um complexo normativo com as normas objeto da ação. Trata-se, nesses casos, da denominada declaração de *inconstitucionalidade consequencial* ou *por arrastamento*, que possui fundamento nas lições de Canotilho e Jorge Miranda. Eis alguns casos de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento:

> Extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. Inconstitucionalidade por arrastamento.
> (ADI 2.982-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2004, *DJ* de 12-11-2004.)
>
> A declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da lei atacada implica seu esvaziamento. A declaração de inconstitucionalidade dos seus demais preceitos dá-se por arrastamento.
> (ADI 1.144, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 8-9-2006.)
>
> Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 19-2-1993 e ADI 173-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 27-4-1990.
> (ADI 3.645, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-2006, *DJ* de 1º-9-2006.)

Portanto, sendo este o entendimento consolidado na jurisprudência e na doutrina, não é difícil encontrar julgados em que a Corte, não se atendo ao pedido inicial fundado unicamente em inconstitucionalidade formal, adentrou na análise da inconstitucionalidade material.

Dentre outros casos, gostaria de citar um exemplo deveras interessante: o Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 247-3/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão) contra o § 3º do art. 82 da Constituição estadual[4], alegando apenas a inconstitucionalidade formal desse

[4] Art. 82, § 3º: "O pagamento dos servidores do Estado será feito, impreterivelmente, até o 10º (décimo) dia útil de cada mês."

dispositivo, tendo em vista tratar-se de matéria relativa à organização e ao funcionamento da administração pública, cuja iniciativa é exclusiva do chefe do Poder Executivo (exorbitância do poder constituinte decorrente). No julgamento da medida cautelar, o Tribunal considerou a plausibilidade desse argumento e suspendeu a vigência da norma constitucional estadual. **No julgamento do mérito da ação, porém, o Tribunal afastou o argumento da inconstitucionalidade formal, e declarou a inconstitucionalidade material da referida norma, por violação ao princípio da razoabilidade.**

Em outros julgados, o inverso também pode ser observado: analisando um pedido restrito à inconstitucionalidade material, o Tribunal verifica a presença da inconstitucionalidade formal (exemplo: ADI 89/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 20-8-1993).

O Tribunal tem procedido dessa forma num ambiente de plena normalidade, pois sempre foi pacífico o entendimento de que, na ação direta, a causa de pedir é aberta, de forma que o controle de constitucionalidade é realizado em face da ordem constitucional como um todo, inclusive de normas não inscritas textualmente, como o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, tal como se observa na prática do Tribunal.

Com essas breves considerações, baseadas na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal e na doutrina constitucional que se formou em torno dela, concluo meu voto nesta questão de ordem no sentido de que **a Corte deve analisar o objeto desta ação – delimitado pelo pedido do requerente como sendo o inteiro teor da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) – em face toda a Constituição, não se restringindo aos fundamentos da petição inicial.**

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, gostaria apenas de relembrar o que se tem neste processo: o ataque à Lei de Improbidade, visando ao reconhecimento do contraste dessa lei com a Constituição Federal. O objeto do pedido é único, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade pelo vício formal.

Indago: não havendo a exploração do vício material na peça primeira da ação, é dado ao Tribunal atuar de ofício e, então, partir para o exame de todos os dispositivos da lei? A resposta para mim é desenganadamente negativa. Não estou aqui a desconhecer os reiterados pronunciamentos no sentido de que a causa de pedir, no controle concentrado, é aberta. Estou, sim, a levar em conta – e por isso trouxe voto versando apenas o vício formal – o objeto da própria ação direta de inconstitucionalidade.

Precedentes do Tribunal, quando é ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade considerado o vício material e não há exploração, pelo requerente, pelo autor da ação, à luz da Constituição Federal e levando em conta os dispositivos da lei: inépcia da inicial. E, então, constatamos que a Lei 9.868/1999 é clara ao preceituar:

> A petição inicial indicará:
> I – o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

Não se impugnou a lei sob o ângulo material. Atacou-se apenas considerado o vício formal, ou seja, o projeto deveria ter retornado à Câmara Alta, ao Senado da República, para exame do que aprovado pela Câmara e não retornou. Foi à sanção do Presidente da República. Mas a cominação quanto ao vício da inicial está na própria lei, no art. 4º:

> A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

O juiz não está sujeito, ao contrário do que ocorre com o advogado, ao princípio da eventualidade. Claro que, se há questão preliminar e questão de fundo, deve ele – porque integra colegiado e sempre é possível a ultrapassagem do ponto de vista quanto à primeira matéria – trazer voto relativamente ao fundo, mas este não é o caso.

Não tenho uma vírgula na inicial a revelar ataque à lei sob o ângulo material. Não tenho a abordagem, até mesmo para sinalizar a atuação do Colegiado, do conflito, sob o ângulo material, da lei com qualquer texto da Constituição. Se o Tribunal me compelir a examinar a ação sob o ângulo material, o que terei de fazer? Terei de cotejar, sem provocação do requerente, artigo por artigo dessa lei – e, aqui, a lei não tem o número de artigos do Código Civil, ainda bem, porque senão passaria o resto da vida examinando esta ação direta de inconstitucionalidade – com todos os artigos da Carta Federal. E como fica a jurisprudência, no sentido da inépcia da inicial, quando não há a abordagem, quando o requerente não enfoca em que estaria o conflito do artigo com o texto constitucional?

Agora, desejo saber – porque o processo está com vista, daí ter levantado a questão de ordem, quando surgiu a possibilidade de exame, independentemente de provocação – qual é o pensamento do Colegiado. Quero precatar-me e preparar voto a respeito, se for o caso, e espero que não o seja.

VOTO
(Confirmação)
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, já votei no sentido do acolhimento da questão de ordem suscitada pelo eminente Ministro Marco Aurélio.

Acabo de receber um substancioso memorial do combativo Ministério Público do Estado de São Paulo que coincide, em grande parte, com aquilo que ventilei na assentada anterior, quando a matéria foi discutida.

Peço vênia para destacar alguns parágrafos que me parecem extremamente relevantes, seja do ponto doutrinário, seja do ponto de vista jurisprudencial, e que, a meu ver, devem ficar, inclusive, para a memória e para os anais da Casa.

Leio nesse memorial extremamente denso o seguinte:

> Cumpre-se logo destacar que a natureza objetiva do processo político de controle abstrato de constitucionalidade das leis, como é pacífico, jamais levou os doutrinadores ou mesmo esse E. Pretório Excelso a dispensar a provocação da Corte para apreciação de atos normativos cuja validade jurídico-constitucional fosse colocada sob suspeita. Em outras palavras, sempre se entendeu como indispensável a provocação da Suprema Corte. Ademais disso, sempre admitiu, também, a necessidade de formulação do pedido com amparo em razoável fundamentação.
>
> Precisa – como sempre – a observação de Clèmerson Merlin Clève no sentido de que "a provocação de um órgão externo é imprescindível, inclusive como garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional" (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 146).
>
> Afinal, a vedação de que a Corte Constitucional atue de ofício também decorre, como anota André Ramos Tavares, da "necessária lisura e neutralidade de apreciação das causas que lhe são propostas" (*Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 406).
>
> Tais ideias, aceitas em doutrina e acolhidas pacificamente pelos precedentes dessa Excelsa Corte, acabaram posteriormente sendo explicitadas pela lei.
>
> O art. 3º Lei 9.868/1999 prevê que a petição indicará o dispositivo da lei ou ato normativo impugnado, "e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações", bem como o "pedido com as suas especificações". Além disso, o art. 4º da mesma lei prevê que "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator".

E agora é o voto do eminente Ministro Celso de Mello, na ADI 561, transcrito aqui, em parte. Diz Sua Excelência:

> O Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime à parte o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, – sob pena de não conhecimento da ação direta indicar – as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade – em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais.
>
> (ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-1995, *DJ* de 23-3-2001.)

E, aqui, citando outra decisão relatada pelo eminente Ministro Moreira Alves, na ADI 259, traz-se o seguinte trecho:

> É necessário, em ação direta de inconstitucionalidade, que venham expostos os fundamentos jurídicos do pedido com relação às normas impugnadas, não sendo

de admitir-se alegação genérica de inconstitucionalidade sem qualquer demonstração razoável, nem ataque a quase duas dezenas de medidas provisórias em sua totalidade com alegações por amostragem. (ADI 259, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11-3-1991, *DJ* de 19-2-1993.)

(...)

Tenho pleno conhecimento do fato de, não raras vezes, ter este Tribunal declarado a inconstitucionalidade do ato normativo com amparo em fundamento não indicado pelo autor. Necessário, entretanto, formular interpretação sistemática entre a ideia da abertura da causa de pedir, e o contraponto consistente na existência de limites, estabelecidos pelo próprio sistema processual, na Jurisdição Constitucional, à atuação do Tribunal. Isso, para que não se tenha conflito insuperável, que leve à aniquilação de um dos pontos de apoio do sistema de controle concentrado de normas.

Já vou terminar, Senhora Presidente, mas faltam alguns trechos ainda, que me parecem extremamente relevantes:

Nesse sentido, refere-se o ilustre professor Gomes Canotilho, tratando da hermenêutica constitucional, a "unidade da Constituição" (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1109), demonstrando a necessidade de uma visão, dos dispositivos positivados na Constituição, contextual e coerente com o todo.

E precedentes dessa E. Corte tem destacado a necessidade de densidade mínima na argumentação contida na inicial, bem como elaboração correta do pedido e suas especificações.

E aqui o Ministério Público de São Paulo cita uma decisão relatada pelo eminente Ministro Eros Grau na ADI 2.989/CE, em que Sua Excelência diz, *verbis*:

É necessário lembrar que a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabelece que a peça inaugural das ações diretas indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo atacado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações (art. 3º). Não tendo sido prestado o devido acatamento a essa exigência da lei, a ação não pode ser conhecida. A inicial não se reveste das formalidades a ela inerentes, ensejando a declaração da inépcia da peça por falta de requisitos essenciais, consoante dispõe o art. 295, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, c/c o art. 4º da Lei 9.868/1999.

(ADI 2.989, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 25-4-2005, *DJ* de 4-5-2005.)

Reporta, também, o subscritor deste memorial, à ADI 1.775 do Rio de Janeiro, na qual se desenvolveu um importante debate a respeito do tema, sendo útil e esclarecedor destacar parte do voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, cuja *ratio* se aplica integralmente ao caso em exame. Diz Sua Excelência o Ministro Sepúlveda Pertence, em importante trecho de sua manifestação:

(...) Essa abertura da *causa petendi* – reduzida afinal à alegação de ser inconstitucional a norma questionada – levaria, em última consequência, a fazer irrelevante a fundamentação concreta da arguição, ou seja, a afirmação de contrariedade a determinadas regras ou princípios constitucionais. Apontado o dispositivo arguido de inconstitucional, era o bastante, a abrir ao Tribunal a verificação do vício alegado, sob qualquer prisma, por contrariedade a qualquer norma ou princípio da Constituição.

Mas assim não temos entendido. Não obstante a abertura da *causa petendi*, temos exigido fundamentação à petição inicial da ação direta. Há vários precedentes. (...)

Além da seriedade da jurisdição constitucional, respalda a exigência de fundamentação um risco particularmente agravado por uma quase peculiaridade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

O Brasil, a Alemanha e mais um ou dois países, como notei em voto recente (AO 166, Rel. Min. Néri da Silveira), é dos poucos ordenamentos que considera a ação direta de inconstitucionalidade uma ação dúplice, de cujo julgamento tanto decorrerá, se procedente, a declaração de inconstitucionalidade da lei, quanto, se improcedente, a declaração de constitucionalidade da mesma lei. Por isso mesmo cheguei a dizer que, sob a minha perspectiva, a tão discutida criação da ação declaratória de constitucionalidade era uma mera explicitação do que já decorria do nosso sistema de duplicidade da ação direta de inconstitucionalidade.

É evidente o risco, neste nosso sistema, de obrigar-se o Tribunal a uma investigação, absolutamente sem limites, da eventual inconstitucionalidade, sob qualquer parâmetro, de leis às vezes imensas. (...)

Em síntese, (...) admitir-se, no caso em exame, que do vício simplesmente formal (falha no processo legislativo, que macularia, por hipótese, a lei como um todo), o Tribunal passe ao exame de eventual inconstitucionalidade substancial da norma (*rectius* = de toda a lei), significará, na prática, a instauração de controle abstrato de ofício sem que qualquer dispositivo da lei tenha sido efetivamente impugnado do ponto de vista de sua validade substancial, e sem que o autor tenha apresentado qualquer fundamento apto a, razoavelmente, suscitar a dúvida quanto à validade jurídico-material de qualquer dispositivo da Lei 8.429/1992.

Compartilho desse entendimento, Senhora Presidente, e reafirmo que perfilho também do entendimento do eminente Relator desta ação direta de inconstitucionalidade, quanto ao acolhimento da questão de ordem.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, não só a discussão de hoje foi rica o bastante, como realmente assisti, pela televisão, do hospital em que me encontrava preso, a discussão na sessão anterior.

Obviamente, sempre afirmei a chamada *causa petendi* aberta no processo objetivo de inconstitucionalidade, mas o caso de uma lei que é um pequeno subsistema na ordem jurídica mostra que esse princípio não pode ser levado às suas últimas consequências, sob pena de – precisamente porque adotamos a ação direta de constitucionalidade quanto à ação declaratória de constitucionalidade como ações dúplices – comprometer-se o Tribunal a um exame, que é impossível, em determinadas leis, e mais, impor, com efeito vinculante, um exame que, na realidade, não foi feito, ou não pode ser feito, em muitas circunstâncias.

A meu ver, a restrição está na exigência do mínimo de fundamentação, sob pena de instaurar-se um grande risco, uma grande objeção ao controle abstrato de constitucionalidade, que é a ditadura da Corte constitucional, um verdadeiro

exame de ofício da inconstitucionalidade material de uma lei, quando só se discutiu em todo o processo a higidez do processo legislativo.

Peço vênia aos Ministros dissidentes para acompanhar o Ministro Relator.

VOTO
(Confirmação)
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhora Presidente, gostaria de confirmar o meu voto dizendo que causa de pedir aberta, sim, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, porém – antecipei na última assentada –, de forma setorizada, ou seja, o exame formal de uma parte, um exame material de outra parte.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Tribunal nunca demonstrou isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu vou prosseguir. Ou seja, sem possibilidade de interpenetração ou osmose. Como água e óleo, os dois controles, para mim, não se misturam. É preciso, primeiro, fazer o exame da alegada inconstitucionalidade formal, com causa de pedir aberta; depois, vencida essa etapa, vamos proceder ao exame de um alegado vício material.

Portanto, adiro à tese da cognição ampla, porém com dois limites: o primeiro é quanto ao princípio do pedido, é preciso que a Corte se atenha ao objeto do pedido formalmente feito; o segundo limite é exatamente a separação entre o exame formal e o exame material de inconstitucionalidade. Sobre cada qual desses aspectos é que se pronuncia cada parte requerida e cada órgão opinativo, focadamente, centradamente sobre cada um desses dois aspectos. No caso, não se arguiu, em nenhum momento, qualquer vício material da lei; em nenhuma passagem da petição inicial.

Então, causa de pedir aberta não equivale a pedido aberto. A ação direta de inconstitucionalidade é, sem dúvida, uma ferramenta de autodefesa da Constituição, por uma via expressa ou por atalho, mas, em consonância com o próprio princípio da separação dos Poderes, é preciso apontar ponto por ponto, tim-tim por tim-tim em que dispositivo o editor normativo falseou ou incidiu em preterição de constitucionalidade.

Já sabemos que a ação direta de inconstitucionalidade se caracteriza por excluir do mundo jurídico uma norma que nele entrou por um processo diferente, ou seja, a norma entrou por um processo – vamos simplificar – legislativo e está saindo do ordenamento por um processo jurisdicional. É preciso, em homenagem ao princípio da separação dos Poderes, que o legislador ordinário tenha apontada na petição inicial cada qual das inadequações de constitucionalidade em que ocorreu, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material.

Por isso, confirmo o meu voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permitisse uma breve observação, porque o meu voto foi citado.

Quero lembrar apenas que cada caso é um caso. Na ADI 2.989 havia inépcia flagrante. Porque não havia nenhuma relação entre causa de pedir e o pedido. Foi por essa razão que, naquele caso, em decisão monocrática que nem foi questionada, mandei arquivar. Quero observar que a inépcia da inicial não obriga o Supremo a calar diante de uma inconstitucionalidade flagrante.

Era só essa a observação.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu também gostaria de observar o seguinte: é conhecido esse art. 3º. Falo disso com certa liberdade, porque sou um pouco coautor do anteprojeto, do projeto, da Lei 9.882, que traduz a jurisprudência do Tribunal – art. 3º, I – sobre o assunto; evidente é a razão, e isso diz respeito às condições de admissibilidade da ação. Nada tem a ver com a matéria que está aqui a se desenvolver. Inclusive essa jurisprudência se desenvolveu a partir daquelas impugnações em bloco, feitas pelos governadores dos Estados, em relação às Constituições estaduais. Alegava-se a inconstitucionalidade de toda a Constituição estadual e dava-se, aqui ou acolá, um ou outro fundamento. Então, o Tribunal passou a exigir que houvesse um fundamento plausível em relação a isso.

Mas, evidente, os exemplos estão aí, não há essa separação, essa dicotomia de que falou o Ministro Carlos Britto, nem poderia haver no nosso sistema. E nem temos respeitado isso sequer no modelo de controle difuso, conhecendo de normas que não se aplicam, apreciando e declarando a inconstitucionalidade de normas que não se aplicam ao ocaso, esta é uma jurisprudência, hoje, pacífica à objetivação do processo de controle incidental.

Mas há mais. O próprio sistema hoje, com essa estruturação procedimental aberta, está a permitir que os vários protagonistas, os chamados *amici curiae*, compareçam e tragam fundamentos, e nós já admitimos a presença de *amici curiae* até na tribuna, aqueles que não estavam inicialmente inscritos, portanto, podendo suscitar essas questões até da tribuna. Ora, diante dessa estrutura aberta do processo, não há como não reconhecer essa *causa petendi* aberta num caso em que a impugnação se deu de forma geral, e não há como se confundir pedido e causa de pedir.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nesse caso, *data venia*, a inconstitucionalidade arguida foi meramente formal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Total da lei, Ministro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Total da lei, muito mais grave até.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Louvo-me nas informações do Relator.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Todas as normas foram arguidas de inconstitucional. Todas!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ainda que assim seja, ela não veio minimamente aparelhada.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Superado esse óbice, qual o resultado? Superado o óbice formal, qual a consequência?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: De toda a lei, exatamente. Agora, por que se vai declarar a inconstitucionalidade é outra coisa.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Gostaria de lançar meu voto, só falta este para definição da matéria, e ele é, com vênia do eminente Relator e daqueles Colegas que o acompanharam, no sentido de seguir a velha posição desta Casa e, portanto, conhecer da inconstitucionalidade tanto no aspecto formal quanto no aspecto material.

DEBATE

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): O resultado da votação é majoritário no sentido proposto pelo eminente Relator, que encaminha no sentido de não prosseguirmos no exame da inconstitucionalidade material. É decisão por seis votos a cinco.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Que deve levar simplesmente à propositura de outra ação direta.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Com os fundamentos jurídicos adequados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ou teremos que admitir *amici curiae* depois do voto de cada Ministro, quando tivermos uma longa lei a examinar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Ministro Sepúlveda Pertence, Vossa Excelência é autor de uma série de propostas de declaração de inconstitucionalidade de normas que não foram objeto de nenhuma arguição em matéria de controle incidental.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permite. Evidentemente, não vamos modificar o teor do julgamento, mas eu gostaria que ficasse claro o pensamento da Corte de que este precedente não está significando uma revolução nas práticas assumidas informalmente, mas sem nenhuma contestação pela Corte. Não me daria ao trabalho – seria extremamente cansativo – de enumerar quantos casos deixamos de reconhecer a inconstitucionalidade formal e passamos, ainda que sem arguição nenhuma na petição inicial, a conhecer de inconstitucionalidade material. A meu ver, ficou claro, neste debate, que, do

ponto de vista teórico, não há nenhum obstáculo a essa cognição ampla por parte da Corte, até porque a Corte faz isso cotidianamente nos julgamentos, quer no controle concentrado, quer no controle difuso. Não seria nem necessário.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Por isso comecei dizendo que é preciso não levar os primeiros princípios às últimas consequências.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Do ponto de vista teórico, não há nenhuma limitação, não há nada. Antes, a confusão que se faz, aqui, envolve dificuldade inconsciente ligada à concepção de causa de pedir. Causa de pedir é categoria jurídico-processual criada no âmbito dos processos subjetivos e não corresponde à questão de qual é a norma jurídica aplicável ao caso. Aliás, há formosa tese sobre isso, do Professor Barbosa Moreira, e cujo título é "A conexão de causas como fundamento da reconvenção", em que conclui que causa de pedir, no processo subjetivo, são apenas os fatos fundantes do pedido. E esses não podem ser modificados, porque são o objeto da prova. Por isso, o Tribunal não pode levar outras em consideração; por isso a causa de pedir é, de certo modo, sagrada no processo subjetivo. Usa-se a mesma expressão em relação ao processo objetivo, onde nenhuma lide existe, só por metáfora. Na verdade, o que se exige, no processo objetivo, é pura e simplesmente, por não haver nenhum outro fato, senão o da existência aparente da lei ou da norma jurídica, confrontá-la com a Constituição. Esta é a tarefa do Tribunal: velar pela guarda da Constituição, ou seja, saber se a norma jurídica está, ou não, de acordo com o ordenamento como um todo, até para que não se criem categorias de juízos provisórios de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Então, do ponto de vista teórico, não surpreende que a lei estabelecesse requisitos mínimos de aptidão da petição inicial nos processos objetivos. Por quê? Porque, se não, teríamos provocação irracional, isto é, provocação sem razão!

O que a Corte, na verdade, reconheceu e, com o devido respeito, com base no único argumento que tinha consistência, foi o que notou o Ministro Sepúlveda e que é apenas um problema de limitação de ordem prática, consistente na dificuldade, grave em certos casos, de percorrer todos os dispositivos de uma lei.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Por isso o Tribunal trabalhou, sempre, com essa ficção de que julgava procedente ou improcedente em relação a toda a Constituição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É isso que precisa ficar claro. A decisão da maioria, neste caso, está simplesmente, no fundo, reconhecendo que, por tratar-se de lei com múltiplos dispositivos, seria, do ponto de vista pragmático, extremamente custoso, e até, de certo modo, perigoso, que o Tribunal avançasse em seu exame material. Mas não existe nenhuma restrição de ordem teórica a que o Tribunal continue exercendo sua rotineira tarefa de ultrapassar as arguições de inconstitucionalidade formal para examinar as inconstitucionalidades materiais que lhe sejam claras.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ministro Cezar Peluso, vou um pouco além.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Obviamente, não me comprometeria a amanhã, arguida a inconstitucionalidade material de um decreto que instituísse um tributo novo, eu deixar de notar-lhe a inconstitucionalidade formal. Agora,

uma lei que é um verdadeiro subsistema com normas materiais, normas processuais, examinarmos a imaginação de cada Ministro é que me parece, realmente, chegar a desafiar o princípio do pedido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente. Eu gostaria que isso ficasse claro. O Tribunal não se está impondo uma camisa de força nos próximos casos, mas simplesmente reconhecendo que, aqui, seria dificultoso, e até perigoso, ter de examinar, sem fundamentação prévia na petição inicial, sem provocação, sem manifestação, etc., dispositivo por dispositivo de uma lei que compõe verdadeiro sistema.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É preciso fazer uma distinção entre lei e seus dispositivos. A lei se decompõe em seus dispositivos; alguns dispositivos podem contrariar a Constituição e outros não. E aí se salva a lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, se essa lei tivesse apenas três artigos, já lhe estaríamos discutindo a constitucionalidade material. Mas, como tem mais de dez, o risco é grande! É só por isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A lei goza de uma presunção de validade.

Rejeito de plano a inserção feita pelo Ministro Cezar Peluso de que estamos aqui decidindo simplesmente por uma questão de pragmatismo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pragmatismo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Subjaz à proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, a meu sentir, uma tese.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, esta é uma Casa pragmática.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, sem dúvida nenhuma.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, mas para além do pragmatismo há razões transcendentes. Vou atrás dessas razões transcendentes para votar como votei.

O Sr. Ministro Eros Grau: Inicialmente vejo que, na verdade, estamos reeditando, eu diria que em uma versão não melhorada, o debate sobre quem deve ser o guardião da Constituição.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, no caso da substituição tributária, por votação uniforme se reexaminou uma lei declarada constitucional.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não entendi, Ministro. O que tem a ver isso com o que eu estava observando?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Nada, Ministro.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não quero irritar ninguém, muito menos Vossa Excelência. Não vou estender este debate, apenas fiz uma observação. Não quis absolutamente irritar ninguém, muito menos o Ministro Sepúlveda Pertence, que é meu líder.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Na verdade, o Tribunal decidiu, na questão de ordem, que vai se limitar a examinar a arguição.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: E a declarar a constitucionalidade formal, que não concluímos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não examinamos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A questão não foi examinada, há um pedido de vista do Ministro Eros Grau.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Está prejudicado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Se a inconstitucionalidade formal foi rejeitada.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Vossa Excelência pediu vista para a questão de ordem?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, eu pedi vista para a questão de ordem, e o Ministro Eros Grau pediu em relação ao voto do Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Entendi apenas quanto ao aspecto da inconstitucionalidade material.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não, a questão de ordem é que diz respeito a isso.

O Sr. Ministro Eros Grau: É evidente que, para a questão da inconstitucionalidade material, o meu pedido de vista perdeu o sentido. Mas ele permanece em relação ao aspecto formal. É óbvio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O pedido de vista foi feito em relação ao voto do Ministro Marco Aurélio, eu é que suscitara aspectos outros em relação à inconstitucionalidade material.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.182/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Trabalhista Nacional – PTN (Advogados: Milton Dota Júnior e outros). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria, entendeu que, no caso, não é passível de exame a inconstitucionalidade material, vencidos os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes e a Presidente, Ministra Ellen Gracie, seguindo os autos com o Ministro Eros Grau, que pedira vista em assentada anterior. Ausentes, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 14 de junho de 2007 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: O Partido Trabalhista Nacional (PTN) propôs ação direta, com pedido de medida cautelar, na qual questiona a constitucionalidade da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que "dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências".

2. O Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de medida liminar. O acórdão recebeu a seguinte ementa, elaborada pelo então Relator, Ministro Maurício Corrêa:

> *Ementa: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.429, de 2-6-1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Alegação de vício formal ocorrido na fase de elaboração legislativa no Congresso Nacional (CF, art. 65).*
>
> 1. Preliminar de não conhecimento suscitada pela Advocacia-Geral da União: é desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei.
>
> 2. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, art. 65, parágrafo único).
>
> A aprovação de **substitutivo** pelo Senado não equivale à **rejeição do projeto**, visto que "*emenda substitutiva* é a apresentada a parte de outra proposição, denominando-se *substitutivo* quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto" (§ 4º do art. 118 do RI-CD); **substitutivo**, pois, nada mais é do que uma ampla **emenda** ao projeto inicial.
>
> 3. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (art. 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo.
>
> Medida cautelar indeferida.
>
> (*DJ* de 19-3-2004.)

3. Na sessão de 23-5-2007, foi iniciado o julgamento do mérito. O Ministro Marco Aurélio, a quem a ação foi distribuída por sucessão, proferiu seu voto no sentido da inconstitucionalidade da lei, por vício formal decorrente do descumprimento da regra contida no art. 65 da Constituição do Brasil.

4. Desse entendimento divergiram a Ministra *Cármem Lúcia* e o Ministro *Ricardo Lewandowski*.

5. Pedi vista dos autos.

6. Na mesma sessão, no entanto, o Relator suscitou questão de ordem atinente à possibilidade do exame de inconstitucionalidade material, não arguida

na inicial, caso superada a inconstitucionalidade formal. O Ministro *Gilmar Mendes* pediu vista quanto à questão de ordem levantada pelo Relator.

7. Na sessão de 14-6-2007, após o voto-vista do Ministro *Gilmar Mendes*, o Tribunal, por maioria, afirmou a impossibilidade do exame, no caso, de inconstitucionalidade material.

8. Trago os autos à Corte, retomando a análise da existência de vício no processo de tramitação do projeto de Lei 1.466/1991, que culminou na edição da Lei 8.429/1992.

9. O requerente sustenta que a Câmara dos Deputados não poderia ter enviado o projeto de Lei 1.466/1991 para sanção presidencial sem antes devolvê-lo ao Senado Federal, para nova votação. Isso porque a Câmara teria emendado o substitutivo aprovado no Senado. Do envio à sanção presidencial, decorreria violação do disposto no art. 65 da Constituição do Brasil.

10. O processo legislativo teve início na Câmara dos Deputados com a apresentação, pelo Presidente da República, do projeto de lei que recebeu o número 1.466/1991. Na Câmara foram apresentadas 302 emendas. O projeto foi examinado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação e pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Seguiu-se discussão, votação, em turno único, e aprovação do projeto. O texto aprovado foi publicado no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 9-10-1991.

11. Em cumprimento ao que dispõe a primeira parte do *caput* do art. 65 da CB/1988 – "[o] projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação" –, o projeto foi encaminhado ao Senado Federal, para que este atuasse como Casa revisora.

12. A Constituição (art. 65, *caput* e parágrafo único) estabelece que, se a Casa revisora aprova o projeto, deve enviá-lo a sanção. Se o rejeita, é arquivado. Se, no entanto, o projeto é emendado, volta à Casa de origem.

13. No Senado Federal, Casa revisora, foi apresentado substitutivo ao projeto. O substitutivo foi discutido, votado e aprovado. O texto do projeto que daí resultou – cujo teor foi publicado no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 17-3-1992, p. 4005-4011 – retornou à Câmara dos Deputados.

14. O requerente sustenta que o texto aprovado no Senado Federal consubstanciou um novo projeto, funcionando essa Casa, então, não mais como revisora, mas como iniciadora, a ensejar revisão da Câmara dos Deputados.

15. O art. 118, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados dispõe nos seguintes termos: "[e]menda substitutiva é a apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, denominando-se 'substitutivo' quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considera-se formal a alteração que vise exclusivamente ao aperfeiçoamento da técnica legislativa".

16. Da leitura do texto aprovado pelo Senado Federal, vê-se que a emenda foi substancial, alterando-o não apenas em termos formais, mas inovando a disciplina dos atos de improbidade. Trata-se, portanto, de "substitutivo" de ordem material.

17. Não só a comparação dos textos dos projetos leva a essa conclusão, mas também o teor das manifestações posteriores, no âmbito da Câmara dos Deputados, a propósito do substitutivo. Transcrevo trecho do parecer do Relator da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público:

> Destina-se o presente relatório a examinar substitutivo apresentado pelo Senado Federal a projeto de lei aprovado nesta Casa que disponha sobre sanções aplicáveis a agentes públicos em casos de enriquecimento ilícito. **O substitutivo em questão tem o efeito de ampliar o alcance do projeto original, passando a tratar de atos de improbidade administrativa em geral**.
>
> (...)
>
> Ao ampliar o alcance do projeto, o Substitutivo incorre em algumas impropriedades que dizem respeito não apenas à conceituação do ilícito como à sua apenação, que, em determinados casos, implicam superposição de cominações com fundamento em um só fato. Não obstante tal circunstância, o Substitutivo introduziu aprimoramentos que recomendam seu acolhimento, desde que efetuados os reparos necessários, a seguir explicitados.
>
> (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, p. 4009-4010 – Grifei.)

18. O parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, no mesmo sentido, registra:

> Consequência de substitutivo oferecido no Senado, retorna à Câmara dos Deputados, para exame e parecer, o Projeto de Lei n. 1.446-C, de 1991, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que praticarem ato de improbidade e dá outras providências.
>
> Referido substitutivo, da lavra do Senador Pedro Simon (PMDB-RGS), em suma, modifica sensivelmente a técnica legislativa **e mérito** do projeto originário, através do Parecer n. 505/91, da Comissão Diretora do Senado Federal, contém disposições severas contra os agentes públicos que praticarem ato de improbidade.
>
> (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 17-3-1992, p. 4011 – Grifei.)

19. As alterações foram substanciais. É certo, no entanto, que o projeto não fora rejeitado. Encaminhado pela Câmara ao Senado, foi por este aprovado, com uma emenda ampla que o inovou nos aspectos formal e material. Justamente por isso a emenda recebe, na dicção do Regimento Interno da Câmara, o nome de *substitutivo.*

20. O Ministro Maurício Corrêa, Relator desta ação quando do julgamento da medida liminar, cuidou da questão:

> 2. Quanto ao pedido propriamente dito, parece-me ter laborado em equívoco o autor da ação ao insistir que o Projeto de Lei 01446/91, originário da Câmara dos Deputados, teria sido rejeitado no Senado Federal, porque tendo sido apresentado **substitutivo** que foi aprovado, tornou insubsistente o projeto da Casa Iniciadora.
>
> 3. Segundo a terminologia do processo legislativo, como definido no § 4º do art. 118 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e de resto assim entendido, "emenda substitutiva é a apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto".

> O **substitutivo** não é, pois, projeto autônomo, mas sim emenda ampla a um projeto inicial, como o que ocorreu na espécie relativamente ao Projeto de Lei 01446/91, da Câmara dos Deputados, que é a Casa Legislativa designada constitucionalmente para iniciar o exame, discussão e votação de mensagens oriundas do Poder Executivo (CF, art. 64).
>
> 4. Com efeito, tendo sido aprovado **substitutivo** ao projeto original na Casa Revisora, foi ele encaminhado à Câmara Iniciadora, como se vê dos termos do Ofício do Senado Federal SM 1.155, de 4 de dezembro de 1991 (fl. 126), no qual está expresso, com relação ao PL 1.446-B, que o Senado "resolveu oferecer-lhe substitutivo, que ora encaminho a Vossa Excelência, para apreciação dessa Casa".

21. Não há que se falar, pois, em rejeição do projeto da Câmara pelo Senado, tampouco em nova proposição legislativa. Ainda que o texto tenha sido a ele modificado sensivelmente, na forma do substitutivo, o projeto enviado pela Câmara foi aprovado pelo Senado.

22. Tendo retornado à Câmara, Casa iniciadora, passou por nova discussão. Submetido a votação, o substitutivo do Senado foi rejeitado na Câmara, aproveitando-se algumas de suas proposições. O texto final teve por base, então, o anterior projeto aprovado pela Câmara, com emendas. Verificou-se, na prática, uma composição entre os textos do Senado e da Câmara.

23. Aqui surge nova indagação. Esse novo texto discutido e aprovado na Câmara dos Deputados consistiria uma nova proposição, a demandar uma segunda votação do Senado como Casa revisora?

24. A resposta é negativa. O que foi rejeitado pela Câmara não foi o projeto de lei, mas o substitutivo do Senado, que, como vimos, consiste em uma espécie de emenda. Rejeitada, restabeleceu-se o texto originalmente aprovado pela Câmara, ao qual se fez acrescer várias disposições extraídas do substitutivo do Senado.

25. Quando do julgamento da medida liminar, os votos dos Ministros *Maurício Corrêa* e *Nelson Jobim* foram esclarecedores quanto ao poder conclusivo que a Câmara dos Deputados detém no contexto do bicameralismo brasileiro. Leio no voto do Ministro *Maurício Corrêa*:

> Ora, completado o ciclo da elaboração legislativa na Câmara Iniciadora, diga-se Câmara dos Deputados, não poderia mesmo o projeto voltar à Câmara Revisora, no caso o Senado Federal, porque já concluído o procedimento final do processo legislativo. Do contrário, dar-se-ia repetição interminável de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Por isso mesmo, correta a afirmação de *Raul Machado Horta*, ao comentar preceito similar ao da atual Carta Federal da Constituição de 1946, segundo a qual "a Constituição Federal de 1946 simplificou a revisão legislativa, reduzindo suas fases. Eliminou a tramitação bicameral em quatro etapas e deu à Câmara de iniciativa ou de discussão inicial do projeto de lei competência conclusiva para decidir a respeito do projeto emendado na Câmara de revisão (art. 69, parágrafo único). A arbitragem legislativa da Câmara iniciadora ou de discussão inicial é técnica de abreviamento do processo legislativo, e concorre para suprimir uma das causas da lentidão deliberativa".
>
> (O processo legislativo nas constituições federais brasileiras, *Revista de Informação Legislativa* 101, Brasília, jan./mar. 1989.)

26. O Ministro *Nelson Jobim*, no mesmo sentido, afirmou:

(...) há duas modalidades de votação nos sistemas bicamerais, o sistema semibicameral brasileiro, que é o tipo de sistema bicameral da maioria, e o sistema bicameral alemão, que prevê exatamente essas discordâncias entre as duas Casas.

No sistema alemão, se *Bundstag*, que é a Câmara dos Deputados, vota determinada lei que também deva ser revista pelo *Bundshat*, que seria o nosso Senado, e o *Bundshat* diverge dos conteúdos da lei, é criada uma comissão mista de membros do *Bundstag* e do *Bundshat* para conciliar as duas posições das duas Casas. Essa comissão mista, chegando a um acordo, acaba procedendo à lei que vai à sanção do Presidente da República.

No sistema brasileiro não temos esse mecanismo de comissão mista intermediária; então, o procedimento que se tem e é tradicional desde o início do Senado, desde o início do bicameralismo brasileiro, ou seja, vem inclusive do Império essa situação, aprovado o texto do projeto de lei na Câmara, vai ao Senado. O Senado recebe esse projeto como mero projeto de lei, este projeto de lei da Câmara é publicado no *Diário do Senado* e submetido à emenda.

São oferecidas emendas ao projeto de lei aprovado na Câmara; o conjunto das emendas é atribuído a uma comissão na qual é nomeado um relator, o qual examina o projeto de lei oriundo da Câmara e as emendas oferecidas pelos senadores, e ele tem duas possibilidades, são duas alternativas que cabem ao relator ou mesmo à comissão – ou aprova as emendas oferecidas pelos senadores, ou, ainda, oferece o que se chama, na técnica do Regimento Interno do Senado, de subemendas do relator, e vai ao Plenário o projeto de lei da Câmara e as emendas aprovadas pelo relator. Essa é uma das técnicas.

A segunda, que é a mais utilizada no processo legislativo brasileiro é a seguinte: o projeto de lei da Câmara, a ele o relator acresce, trabalha com as emendas oferecidas pelos senadores e elabora um substitutivo que, nesse caso, nada mais é do que a soma do projeto de lei da Câmara com as emendas aprovadas pelos senadores e com as subemendas por eles introduzidas, nascendo, então, o substitutivo da comissão.

Ao Plenário do Senado vão os dois instrumentos, o projeto de lei puro da Câmara tal qual veio e o substitutivo oferecido pelo relator, que, na verdade, já é um substitutivo da comissão temática respectiva. Lá no Senado é votado, preferencialmente, o substitutivo da comissão, em relação ao projeto de lei puro da Câmara. Aprovado que seja, ressalvados os destaques, o substitutivo do Relator ou da comissão, tem-se como prejudicado o substitutivo ao texto do projeto, já que temos um mecanismo de aprovação. Após essa aprovação do substitutivo, votam-se os destaques dos senadores que são de emendas que tenham sido rejeitadas pelo Relator, destaques de textos da Câmara que não tenham sido incorporados no substitutivo do relator, destaques de votação em separado de textos do substitutivo do relator, e destaques supressivos de textos do substitutivo do relator.

Aprovado este material e votado no Senado, volta à Câmara dos Deputados, aí, **surge na Câmara o momento do retorno do texto. Daí por que se diz, e aqui observo a curiosidade, é que, na verdade, no sistema bicameral modelo brasileiro, que é a maioria dos modelos dos sistemas bicamerais do mundo, há sempre uma prevalência da Casa iniciadora**.

(...)

Só se inicia no Senado Federal os projetos de autoria do Senado; os projetos de autoria do Presidente da República, de iniciativa popular, de outros Poderes, da Procuradoria da República, do Poder Judiciário, etc., todos se iniciam na Câmara. **A Câmara fica, então, com o poder revisor final, com a palavra final. A razão**

pela qual se estabelece dessa forma é porque, na Câmara, a representação é da população, e, no Senado, a representação é dos Estados federados. Deixa-se, portanto, a última voz do processo legislativo brasileiro à população brasileira, representada, integralmente, pela Câmara dos Deputados.
(Grifei.)

27. A Constituição do Brasil, em seu art. 65, dispõe:

> Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.
> Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

28. A Câmara dos Deputados deu cumprimento ao disposto no art. 65 da Constituição do Brasil. O projeto de lei foi por ela aprovado e revisto pelo Senado. Voltou à Casa iniciadora em decorrência do substitutivo aprovado pela Casa revisora, tal como prevê o parágrafo único do art. 65 da CB/1988.

Peço vênia ao Ministro *Marco Aurélio* para acompanhar a divergência iniciada pela Ministra *Cármen Lúcia*, manifestando-me pela improcedência do pedido veiculado nesta ação.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, o pano de fundo realmente impressiona. Ninguém é contra a Lei de Improbidade. Ao contrário: a lisura no setor público deve ser buscada. Mas o que houve na espécie? A aprovação de um projeto na Câmara e a remessa ao Senado da República, que aprovou um substitutivo. O projeto voltou à Casa de iniciativa – a Câmara – que, então, fez um terceiro modelo aproveitando alguma coisa do substitutivo elaborado pelo Senado. Surgiu um contexto normativo novo. O que deveria, sob a minha óptica, ter feito a Câmara dos Deputados (e não dou ênfase maior a essa Casa por ter número maior de integrantes)? Deveria ter determinado o retorno do projeto, ante a inovação, ao Senado.

Em síntese, o que aprovado por último pela Câmara dos Deputados não passou pelo crivo do Senado da República. Foi observado o devido processo normativo? A meu ver, não, porque no sistema bicameral, que é o brasileiro exige-se, para que um ato normativo seja aprovado, o pronunciamento das duas Casas. E, a meu ver, não houve.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu divergi.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas isso é convencimento. Agora, reconheço que o problema é seriíssimo, porquanto a conclusão do meu voto fulmina essa lei importantíssima, que é a Lei de Improbidade.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E anula todas as condenações anteriores.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Pois é, mas paga-se um preço por se viver numa democracia, e é módico, é o respeito irrestrito à Carta da República. Pelo menos a decisão do Supremo terá efeito pedagógico junto àqueles que nos representam, os representantes do povo brasileiro, deputados federais, e os representantes dos Estados, os senadores da República. Agora, reconheço que a questão tem repercussão prática maior.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É uma bomba atômica. Inclusive esvaziará, se a Lei das Fichas Limpas for aprovada – há um dispositivo importante que diz respeito às condenações por improbidade –, esse dispositivo desde logo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É um sério problema: o fato consumado, no Brasil, tem uma força incrível.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, só queria fazer um registro, porque, quando o Ministro Marco Aurélio trouxe essa questão – e a *causa petendi* era exatamente a inconstitucionalidade formal –, eu chamava a atenção, no debate, para a necessidade de que contemplássemos também a inconstitucionalidade material. Até apontava dados de abertura da lei, de exageros da lei, de excessos de subjetivação da lei. Mas coloquei isso em questão de ordem à época, e a minha posição restou vencida. Entendeu-se que, diante da inequívoca alegação da inicial de que focava apenas o aspecto formal, não era possível debater-se o tema.

Eu só queria lembrar, porque essa questão é uma questão delicada. Ainda há pouco, falava com o Ministro Celso sobre esse tema, porque nós temos de cuidar, uma vez que, em princípio, se não houver ressalvas, declarada a inconstitucionalidade, faremos de forma geral; e declarada constitucionalidade, também faremos, temos aqui a necessidade até mesmo de elaborarmos uma ficção para que consideremos todos os aspectos envolvidos.

Neste caso específico, eu lembro que, como houve este incidente, só estamos a considerar a questão da perspectiva formal. Estou, agora, a verificar – meu gabinete me ajuda nisto – que, depois da propositura desta ação e mais recentemente, se propôs então uma outra, 4.295, que trata de aspectos materiais da inconstitucionalidade. De modo que, neste caso específico, independentemente do desfecho que se venha a ter, nós vamos ter de ressalvar aquele conceito da chamada *causa petendi* aberta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, mas eu acho que o Ministro Gilmar Mendes quer ressalvar a possibilidade de reexaminar os aspectos da inconstitucionalidade material na outra ação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Está vencido. Esta questão já está vencida, porque o Tribunal proclamou que não é possível o exame da inconstitucionalidade material neste caso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Foi exatamente isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nós ficamos vencidos. Eu votei com Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, eu, Gilmar Mendes e a Presidente Ellen Gracie ficamos vencidos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Então, poderíamos levar a um resultado contraditório.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então está claro que a matéria da inconstitucionalidade material vai ficar para a outra ação.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Presidente, eu dou pela inexistência de inconstitucionalidade formal. Julgo improcedente.

E estou suspendendo, portanto, o pedido de vista.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.182/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Partido Trabalhista Nacional – PTN (Advogados: Milton Dota Júnior e outros). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, examinada apenas sob o aspecto da inconstitucionalidade formal, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes a Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal na 10ª Conferência Bienal da Internartional Association of Woman 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 a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 12 de maio de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.513 — RN

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Procurador-Geral da República — Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte

Ação direta de inconstitucionalidade – Controle interno do Ministério Público pelo Poder Executivo – Impossibilidade – Autonomia institucional como garantia outorgada ao Ministério Público pela própria Constituição da República – Suspensão de eficácia das expressões constantes da norma impugnada – Medida cautelar deferida.

– A alta relevância jurídico-constitucional do Ministério Público – qualificada pela outorga, em seu favor, da prerrogativa da autonomia administrativa, financeira e orçamentária – mostra-se tão expressiva, que essa instituição, embora sujeita à fiscalização externa do Poder Legislativo, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas, dispõe de uma esfera própria de atuação administrativa, livre da ingerência de órgãos do Poder Executivo, aos quais falece, por isso mesmo, competência para sustar ato do Procurador-Geral de Justiça praticado com apoio na autonomia conferida ao *Parquet*.

A outorga constitucional de autonomia ao Ministério Público traduz um natural fator de limitação dos poderes dos demais órgãos do Estado, notadamente daqueles que se situam no âmbito institucional do Poder Executivo. A dimensão financeira dessa autonomia constitucional – considerada a instrumentalidade de que se reveste – responde à necessidade de assegurar-se, ao Ministério Público, a plena realização dos fins eminentes para os quais foi ele concebido, instituído e organizado. Precedentes. Doutrina.

– Sem que disponha de capacidade para livremente gerir e aplicar os recursos orçamentários vinculados ao custeio e à execução de suas atividades, o Ministério Público nada poderá realizar, frustrando-se, desse modo, de maneira indevida, os elevados objetivos que refletem a destinação constitucional dessa importantíssima instituição da República, incumbida de defender a ordem jurídica, de proteger o regime democrático e de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis.

– O Ministério Público – consideradas as prerrogativas constitucionais que lhe acentuam as múltiplas dimensões em que se projeta a sua autonomia – dispõe de competência para praticar atos próprios de gestão, cabendo-lhe, por isso mesmo, sem prejuízo da fiscalização externa, a cargo do Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e, também, do controle jurisdicional,

adotar as medidas que reputar necessárias ao pleno e fiel desempenho da alta missão que lhe foi outorgada pela Lei Fundamental da República, sem que se permita, ao Poder Executivo, a pretexto de exercer o controle interno, interferir, de modo indevido, na própria intimidade dessa instituição, seja pela arbitrária oposição de entraves burocráticos, seja pela formulação de exigências descabidas, seja, ainda, pelo abusivo retardamento de providências administrativas indispensáveis, frustrando-lhe, assim, injustamente, a realização de compromissos essenciais e necessários à preservação dos valores cuja defesa lhe foi confiada.

– Suspensão, com eficácia *ex nunc*, da execução e da aplicabilidade das expressões "e do Ministério Público" e "e do Poder Executivo", constantes do § 1º do art. 55 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.

– A questão dos controles interno e externo da atividade financeira e orçamentária dos órgãos e entidades do poder público e a relação de complementaridade existente entre esses tipos de controle.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc*, no § 1º do art. 55 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, as expressões "e do Ministério Público" e "e do Poder Executivo", nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Maurício Corrêa.

Brasília, 3 de abril de 2002 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de ação direta, **com pedido** de medida cautelar, **ajuizada** pelo eminente Procurador-Geral da República, **em atendimento à representação** que lhe foi dirigida pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, **promovida** com o objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade **das expressões** "***e do Ministério Público***" e "***e do Poder Executivo***", **constantes** do § 1º do art. 55 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, **que assim dispõe**:

> ***Art. 55***.
> (...)
> ***§ 1º****: O controle interno do Tribunal de Contas do Estado* ***e do Ministério Público*** *fica sujeito aos sistemas normativos do Poder Legislativo* ***e do Poder Executivo****, respectivamente.*
> (**Grifei**.)

O eminente autor da presente ação direta **assim expôs e justificou** a pretensão de inconstitucionalidade **que deduziu** perante esta Suprema Corte (**fl. 3**):

> *A inconstitucionalidade das expressões em destaque reside na afronta aos preceitos estatuídos nos* ***arts. 127, § 2º, e 168****, ambos da Constituição Federal, segundo os quais ao Ministério Público é assegurada* ***autonomia funcional e administrativa****, podendo elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.*
>
> *A Constituição Federal, em seus* ***arts. 127, § 2º e 3º, e 168****, confere* ***autonomia funcional, administrativa e financeira ao Ministério Público****, e em consequência,* ***deve*** *o Ministério Público sujeitar-se* ***apenas*** *ao sistema próprio de controle interno (...).*
>
> (**Grifei**.)

Instada, **duas vezes**, **a prestar informações** (fls. 16 **e** 21), **a Assembleia Legislativa** do Estado do Rio Grande do Norte **absteve-se** de oferecê-las (fls. 19 **e** 26).

Havendo pedido de medida cautelar, **submeto-o** à apreciação do Egrégio Plenário desta Suprema Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Tive o ensejo de enfatizar**, em julgamento plenário realizado pelo Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 147/104-106, **161/163**), **que foi** a Constituição republicana de 1988 **aquela** que, inegavelmente, tornou definitivo o processo de consolidação jurídico-institucional do Ministério Público em nosso País. **Ao dispensar-lhe** singular tratamento normativo, a Carta Política **redesenhou-lhe** o perfil constitucional, **outorgou-lhe** atribuições inderrogáveis, **explicitou-lhe** a destinação político-institucional, **ampliou-lhe** as funções jurídicas **e deferiu**, de maneira muito expressiva, **garantias inéditas** à própria Instituição **e** aos membros que a integram.

Foram, assim, **plenas** de significação **as conquistas institucionais** obtidas pelo Ministério Público **ao longo do processo constituinte**, de que resultou a promulgação **da nova** Constituição do Brasil. **Com a reconstrução** da ordem constitucional, **emergiu** o Ministério Público **sob o signo** da legitimidade democrática. **Ampliaram-se-lhe** as atribuições, **dilatou-se-lhe** a competência, **reformulou-se-lhe** a fisionomia institucional, **conferiram-se-lhe** os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional, **atendeu-se**, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil.

Posto que o Ministério Público **não constitui** órgão ancilar do Governo, **instituiu** o legislador constituinte **um sistema de garantias** destinado a proteger **o membro** da Instituição **e a própria** Instituição, **cuja atuação autônoma**, além de viabilizar **o respeito** aos direitos individuais e coletivos, **traduz certeza de submissão** dos Poderes ao império da lei.

É indisputável que o Ministério Público **ostenta**, em face do ordenamento constitucional vigente, **peculiar e especial** situação na estrutura do poder. **A independência institucional constitui** uma de suas mais expressivas prerrogativas. **Garante-lhe** o livre desempenho, **em plenitude**, das atribuições que lhe foram deferidas.

O tratamento que a nova Constituição **dispensou** ao Ministério Público **confere-lhe**, no plano da organização estatal, **uma posição** de inegável eminência, **na medida** em que se lhe atribuíram funções institucionais de magnitude irrecusável, **dentre as quais avulta a de** "***zelar*** *pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia*" (**CF**, art. 129, inciso II).

O Ministério Público, **em face** dessa regra, **tornou-se**, por destinação constitucional, **o defensor do povo**.

Dentre as garantias objetivas, **ou** de índole institucional, **asseguradas**, pela nova Constituição, ao Ministério Público, **está aquela** que consagra o princípio **do autogoverno** dessa Instituição, **cuja realidade**, em nosso sistema de direito positivo, **deriva**, essencialmente, **da alta missão institucional** que vincula o "*Parquet*", de modo absolutamente incondicional, **à tutela** da ordem jurídica, **à defesa** do regime democrático **e à proteção** dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por isso mesmo, observa, em magistério definitivo, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES ("**Temas Institucionais**", p. 10, 1982, publicação da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo):

> *O que todos os autores acentuam e não divergem, é na dupla função do Ministério Público como órgão tutelar do interesse da sociedade e de fiscal da lei. Para isso seus membros são investidos de prerrogativas próprias e exclusivas, e a instituição é mantida no mais alto nível constitucional, como órgão independente, sem subordinação a qualquer do Poderes de Estado.*

A autonomia do Ministério Público, **que se reveste** de natureza constitucional, **visa a um só objetivo**: **conferir-lhe**, em grau necessário, a possibilidade **de livre atuação** orgânico-administrativa e funcional, **desvinculando-o**, no quadro dos Poderes do Estado, **de qualquer posição** de subordinação, **especialmente** em face do Poder Executivo.

Daí a advertência de WILSON ACCIOLI ("**Instituições de Direito Constitucional**", p. 455, 1978, Rio), **que cumpre rememorar**:

> ***Não deve estar subordinado*** *ao Poder Judiciário, pois decresceria na sua independência perante o mecanismo da Justiça,* ***nem deve estar ligado*** *substancialmente ao Poder Executivo, pois sua independência desde logo se anularia diante das imposições governamentais.*
> (**Grifei**.)

Tenho, por isso mesmo, como plenamente extensíveis ao Ministério Público, **a partir** de sua própria **e** inovadora disciplina plasmada na Carta Política de 1988, **as lições** de CASTRO NUNES ("**Teoria e Prática do Poder Judiciário**", p. 111/112, 1943, Forense), de JOÃO BARBALHO ("**Comentários à Constituição Federal Brasileira**" – art. 58) **e** de CARLOS MAXIMILIANO ("**Comentários à Constituição Brasileira**" – art. 58, 1891, 3. ed.), que, **embora referindo-se** à autonomia administrativa dos Tribunais, **acentuavam**, em magistério de irrecusável atualidade **no que concerne**, **hoje**, **ao** "***Parquet***", **que a razão de ser dessa prerrogativa** (que muito mais constitui uma poderosa garantia **contra** os governantes **e contra** as interferências indevidas de órgãos estatais externos) **justifica-se** ante a imperiosa necessidade **de resguardar-se** a **independência** do órgão. "*Não pareça isso exagerada cautela ou mal entendida confiança*", **advertia** CASTRO NUNES ("***op. cit.***", p. 112). **Fortalecer** a instituição destinatária dessa cláusula de garantia – **o Ministério Público**, hoje – **corresponde**, em essência, **a dar-lhe** o domínio de suas próprias atividades **e a submeter**, aos seus fins legítimos, **o exercício** das funções para as quais essa Instituição foi concebida e organizada.

A Constituição da República, assim, **conferiu**, ao Ministério Público, **uma posição** de inquestionável eminência jurídica **e** político-social. **Deferiu-lhe**, em consequência, **os meios necessários** à plena realização de suas finalidades institucionais. **A autonomia administrativa**, enquanto expressão de uma garantia instrumental, de índole constitucional, **objetiva assegurar**, ao Ministério Público, **o regular** desempenho **e o integral** exercício do seu autogoverno.

A existência de tais prerrogativas, contudo, **não significa** que o Ministério Público seja uma Instituição **imune** ao controle dos atos que venha a praticar, **especialmente** daqueles que se projetam no plano de suas atividades financeiras e orçamentárias.

Na verdade, o Ministério Público – **precisamente** por estar subordinado ao império da Constituição **e** à supremacia das leis da República – **expõe-se** aos controles instituídos **no próprio** texto da Carta Política.

Com efeito, a Constituição Federal, **ao dispor** sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, **determinou que se organizassem** sistemas de controle externo **e** de controle interno, **em ordem a viabilizar**, com a transparência exigida pelos postulados republicanos, **o exercício**, pelo Estado, **do poder de supervisão** da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos comportamentos dos órgãos **e** dos agentes públicos.

O controle externo – que incide **sobre todas** as unidades administrativas **posicionadas** na estrutura institucional dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário **e**, ainda, **sobre** as entidades integrantes da administração indireta, **incluídas** as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público – **incumbe** ao Poder Legislativo, **que o exercerá** com o auxílio dos Tribunais de Contas (**CF**, art. 71, **c/c** o art. 75).

O controle interno, por sua vez, **representa** um sistema de fiscalização **mantido**, de forma integrada, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário **e destinado** (**a**) **a avaliar** o cumprimento das metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo e das leis orçamentárias, (**b**) **a comprovar** a legalidade, **a verificar**, nos órgãos e entidades da administração, os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial **e a constatar** a correta aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, (**c**) **a exercer** o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem assim os direitos e haveres do poder público **e**, finalmente, (**d**) **a apoiar** o controle externo, no exercício de sua missão institucional (**CF**, art. 74).

Na realidade, **ambos** os tipos de controle **mantêm**, entre si, **uma indiscutível** relação de complementaridade, **notadamente** no que concerne às respectivas finalidades, objetivos **e** métodos (RICARDO LOBO TORRES, "**Curso de Direito Financeiro e Tributário**", p. 165, item n. 8, 2. ed., 1995, Renovar).

É por essa razão que HELY LOPES MEIRELLES ("**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 631, 24. ed., 1999, Malheiros) **enfatiza** que "***O controle interno*** *objetiva a criação de condições indispensáveis à eficácia do controle externo*", **para que este permita**, **ao Poder Legislativo**, **com o auxílio** do Tribunal de Contas, "*comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento*".

A previsão constitucional do sistema de controle interno, **presente** esse contexto, **representa** natural projeção da **autonomia** financeira, orçamentária e institucional conferida aos poderes da República, em geral, **e ao Ministério Público**, em particular.

Daí a exata observação de RICARDO LOBO TORRES ("**Curso de Direito Financeiro e Tributário**", p. 165, item n. 8, 2. ed., 1995, Renovar), **cujo magistério** – **após assinalar** que o exercício **da fiscalização interna**, por parte dos Poderes do Estado, **tem por objetivo resguardar** a eficácia da gestão financeira, **velar** pela fidelidade funcional dos agentes públicos **e viabilizar** a prática da autotutela da legalidade – **acentua** que a Carta Política "***explicitou*** *que não só o Executivo, mas também o Legislativo e o Judiciário devem manter sistema de controle interno,* ***até mesmo como decorrência da autonomia administrativa e financeira de que gozam*** *(...)*" (**grifei**).

E foi precisamente por tal motivo que o Congresso Nacional – **tendo presente** a outorga constitucional, ao Ministério Público, **de determinadas** garantias objetivas, **como a autonomia** de caráter administrativo, financeiro, orçamentário e institucional (**CF**, arts. 127, § 2º e § 3º, e 128, § 5º, **c/c** os arts. 168 e 61, "*caput*") – **veio a editar a LC 75/1993**, **que dispõe** sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, **e a Lei 8.625/1993**, que estabelece normas gerais de organização do Ministério Público no plano local, **em cujos textos prescreveu-se** que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Ministério Público será exercida pelo Poder

Legislativo, **mediante controle externo**, com o auxílio do Tribunal de Contas, **sem prejuízo** da instituição, **na respectiva** Lei Orgânica, **de um sistema próprio de controle interno** (**LC 75/1993**, art. 23, § 2º, **e Lei 8.625/1993**, art. 4º, § 2º).

Cabe registrar que esse entendimento – **que extrai** da autonomia financeira e administrativa do Ministério Público **a legitimidade** para a instituição **de um sistema próprio de controle interno – encontra apoio** no magistério de CELSO RIBEIRO BASTOS ("**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 4, tomo IV/30, 2ª ed., 2000, Saraiva).

Revela-se importante destacar, neste ponto, **o fundamento** que, **exposto** na representação dirigida ao eminente Procurador-Geral da República, pelo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, **indica**, **com extrema propriedade**, **as razões** que põem em evidência **o inquestionável** relevo jurídico da controvérsia ora suscitada nesta sede processual (**fls. 8/12**):

> ***A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*** *das entidades da administração pública direta e indireta,* ***é realizada*** *pelo Poder Legislativo* ***mediante*** *controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas,* ***e pelo sistema de controle interno de cada Poder****, conforme prevê a Carta Magna em seus arts. 70 e 74.*
>
> ***Em razão*** *da autonomia funcional, administrativa e financeira do Ministério Público estabelecida pelos arts. 127, § 2º e 3º, e 168 da Constituição Federal, a* ***Lei Complementar nº 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público Federal****, em seu* ***art. 23****,* ***§ 2º****, estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Ministério Público, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo,* ***e*** *"****pelo sistema próprio de controle interno****".*
>
> *Neste contexto, a* ***Lei n. 8.625****,* ***de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público****, em seu* ***art. 4º****,* ***§ 2º****, prevê que essa fiscalização é exercida pelo Poder Legislativo mediante controle externo* ***e*** *"****pelo sistema de controle interno estabelecido na Lei Orgânica****".*
>
> ***Por conseguinte****, as normas acima citadas, asseguram ao Ministério Público autonomia funcional, administrativa e financeira, consequentemente,* ***não pode*** *submeter-se ao controle interno do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário,* ***devendo****,* ***sim****,* ***ter seu próprio controle interno****.*
>
> ***A Constituição Estadual****, ao dispor sobre o controle interno dos Poderes, estabeleceu que o Ministério Público se submete ao controle interno do Poder Executivo e o Tribunal de Contas, ao do Poder Legislativo.*
>
> *(...)*
>
> ***Esta situação impede a remessa****, ao Poder Legislativo, de projeto de lei complementar para criar, através de emenda à lei orgânica estadual do Ministério Público, órgão próprio para o controle interno.*
>
> ***O sistema de controle interno****, segundo prescreve o art. 74 da Constituição Federal, tem por finalidade fiscalizar a comprovação da legalidade e avalia os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, além de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos do Estado, logo, examina o mérito da gestão orçamentária, financeira e patrimonial.*
>
> ***E por examinar o mérito da gestão orçamentária****, financeira e patrimonial, o sistema de controle interno é exercido pelo próprio poder ou órgãos*

constitucionalmente detentores de autonomia administrativa e financeira, conforme se percebe com a leitura das normas infraconstitucionais supracitadas (Art. 127, § 2º e § 3º, Constituição Federal, § 4º do art. 4º da Lei Complementar n. 75/93, § 2º do art. 4º da Lei n. 8.625/93).

***Ao submeter** o Ministério Público Estadual ao sistema de controle interno do Poder Executivo, o dispositivo impugnado viola frontalmente a autonomia administrativa e financeira desse órgão (...).*

***A autonomia financeira** do Ministério Público decorre de princípios constitucionais encartados nos § 2º e §3º do art. 127 e art. 168, ambos da Constituição Federal.*

***É submetido** a um sistema de controle externo para fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, a ser exercida pelo Poder Legislativo, sem prejuízo do necessário sistema próprio de controle interno estabelecido na Lei Orgânica Estadual do Ministério Público.*

***Segundo** HUGO NIGRO MAZZILLI, a "autonomia financeira decorre do sistema (CR, arts. 127, § 2º e § 3º, 168 e 169)". E para distinguir da autonomia administrativa, reporta-se à lição de HELY LOPES MEIRELLES, constante de Parecer publicado na revista **Justitia**, 123:185, **cujo teor passo a transcrever**:*

> *"**autonomia administrativa** é a faculdade de gestão dos negócios da entidade ou do órgão, segundo as normas legais que o regem, editadas pela entidade estatal competente"; e "autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação".*

***ALEXANDRE DE MORAES**, ao tratar da autonomia funcional, administrativa e financeira do Ministério Público, **também transcreve** lição do renomado HELY LOPES MEIRELLES, publicada na revista Justitia, n. 128/168, **a qual ajusta-se** ao caso ora examinado, com o seguinte teor:*

> *"**a autonomia financeira** é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas. Tal autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como o são o Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias". (...)*

***Esta lição doutrinária** serviu de base ao Ministro OCTAVIO GALLOTTI, em voto prolatado na **ADIn-126-4/RO**, no dia 28-8-1991. E, além do trecho acima transcrito, o Douto Relator transcreveu, da obra de Hely Lopes Meirelles, o seguinte:*

> *"**Na mesma obra**, está dito, com justeza: 'Afinal, como ensinou Francisco Campos, toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com capacidade de decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, exclui-lhe a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional. (**Justitia**, 123:155). E, sem autonomia financeira, sequer haveria efetiva autonomia institucional' (..., p. 60)." (...)*

> ***Portanto**, dada a condição constitucional de autonomia administrativa, funcional e financeira do Ministério Público, **não pode** este órgão ser submetido às normas de controle interno do Poder Executivo, mas, apenas, ao seu próprio controle interno, além do externo, o qual é exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas.*
> (**Grifei**.)

A alta relevância jurídico-constitucional do Ministério Público – **qualificada** pela outorga, em seu favor, da prerrogativa da autonomia administrativa, financeira **e** orçamentária – **mostra-se** tão expressiva, que essa Instituição, **embora** sujeita **à fiscalização externa** do Poder Legislativo, **com o auxílio** do respectivo Tribunal de Contas, **dispõe**, consoante **assinala** HUGO NIGRO MAZZILLI ("**Regime Jurídico do Ministério Público**", p. 204, 5. ed., 2001, Saraiva), **de uma esfera própria** de atuação administrativa, **livre da ingerência** de órgãos do Poder Executivo, **aos quais falece**, por isso mesmo, **competência** "*para sustar ato do procurador-geral de Justiça, fundado na autonomia administrativa conferida à instituição do Ministério Público, sendo somente do Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo, a competência para sustar a execução do ato impugnado, na forma do art. 71, X, da CR (...)*".

Esse entendimento – *cabe aqui ressaltar* – **tem o beneplácito** da jurisprudência dos Tribunais (**RT 662/77**, Rel. Des. ÁLVARO LAZZARINI):

> ***MINISTÉRIO PÚBLICO** – Procurador-geral de Justiça – Ato administrativo por ele praticado que reconhece, para efeito de concessão de adicionais a membro do órgão, o tempo de serviço prestado à iniciativa privada – Instituição que goza de autonomia funcional e administrativa, nos termos dos arts. 127, § 2º, da CF e 92 da constituição paulista – Falta de poderes do Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda e de seus subordinados para verificação de legalidade e regularidade do ato – Competência do Tribunal de Contas para apreciação e sustação de sua execução, conforme o art. 33, XI, da Constituição do Estado.*
>
> *– **Tratando-se do Ministério Público**, instituição que goza de autonomia funcional e administrativa, nos termos dos arts. 127, § 2º, da CF e 92 da Constituição paulista, o Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda, bem como seus subordinados, não têm poderes para sustar ato do procurador-geral de Justiça que reconhece, para efeito de concessão de adicionais a membro da Instituição, o tempo de serviço prestado à iniciativa privada. É do Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo, exercido pela Assembleia Legislativa do Estado, a competência da sustação da execução do ato, nos termos do art. 33, XI, da Constituição do Estado.*
> (**Grifei**.)

Tenho para mim, desse modo, **que as razões** ora expostas **bem evidenciam** a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pelo eminente Procurador-Geral da República, **pois** – como muito bem realçado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento acima referido –, **o Ministério Público**, **que não constitui** simples repartição administrativa, **não pode** ser confundido com Secretarias de Estado, autarquias **ou** outros órgãos da administração pública.

É que essa Instituição – **consideradas** as prerrogativas constitucionais que lhe acentuam **as múltiplas dimensões** em que se projeta a sua autonomia – **dispõe** de competência para praticar atos próprios de gestão, **cabendo-lhe**, por isso mesmo, **sem prejuízo** da fiscalização externa, **a cargo** do Poder Legislativo, **com o auxílio** do Tribunal de Contas, **e**, também, do controle jurisdicional, **adotar** as medidas que reputar necessárias ao pleno **e** fiel desempenho da alta missão que lhe foi outorgada pela Lei Fundamental da República, **sem que se permita**, ao Poder Executivo, **a pretexto** de exercer o controle interno, **interferir**, de modo indevido, **na própria** intimidade do Ministério Público, **seja** pela arbitrária oposição de entraves burocráticos, **seja** pela formulação de exigências descabidas, **seja**, ainda, **pelo abusivo retardamento** de providências administrativas indispensáveis, **frustrando-lhe**, assim, injustamente, **a realização** de compromissos essenciais e necessários à preservação dos valores cuja defesa lhe foi confiada.

A questão posta nos presentes autos, portanto, **diz**, *essencialmente*, **com a autonomia** funcional, administrativa, financeira **e** orçamentária que a Carta Política **outorgou** ao Ministério Público, **eis que as expressões impugnadas**, **constantes** do § 1º do art. 55 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, **submetem** o "*Parquet*" local, **em tema** de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, **ao sistema** de controle interno, **a ser exercido pelo Poder Executivo**.

Na realidade, o tema de direito material **suscitado** na presente ação direta **concerne** ao postulado constitucional **destinado** a garantir o "***self-government***" ao Ministério Público **e** aos seus agentes, **assegurando-lhes** o necessário grau de independência institucional, **em face** dos demais Poderes do Estado, **notadamente** em face do Poder Executivo (**CF**, art. 127, § 2º **e** § 3º, **na redação** dada pela EC 19/1998).

Não custa rememorar, neste ponto, **que a existência** de qualquer ato estatal que, de alguma maneira, **possa restringir** o alcance da autonomia financeira outorgada ao Ministério Público, **constitui** fator apto **a comprometer** a própria autonomia funcional e administrativa que foi assegurada, a essa Instituição, **pelo texto** da Constituição da República.

Cumpre enfatizar que a **autonomia financeira** qualifica-se como uma das dimensões **mais expressivas** da autonomia institucional do Ministério Público, **especialmente** se se lhe atribuir, **como o fez** o saudoso HELY LOPES MEIRELLES ("**Temas Institucionais**", p. 12, Pub. conj. A.P.M.P/P.G.J-SP, São Paulo, 1982), **conteúdo pertinente** à "*capacidade de elaboração da proposta orçamentária* ***e de gestão e aplicação*** *dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação*". **Afinal –** conclui o eminente publicista ("***op. loc. cit.***") **–**, "***Essa autonomia*** *pressupõe a existência de dotações* ***que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela 'unidade orçamentária' a que foram destinadas****. Tal autonomia é inerente aos* ***órgãos funcionalmente independentes****, como o são o* ***Ministério Público*** *e os Tribunais de Contas,* ***os quais não poderiam realizar plenamente as suas***

funções se ficassem na dependência financeira de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias" (**grifei**).

O Poder Executivo, cuja posição **de absoluta supremacia** político-institucional **traduziu indiscutível e inquietante** realidade constitucional no regime anterior, **não é**, à toda evidência, **o gestor** dos recursos orçamentários **destinados** ao Ministério Público, **qualquer que seja** a esfera de governo – federal ou estadual – em que se situe.

A outorga constitucional de autonomia, ao Ministério Público, traduz um natural fator de limitação dos poderes **dos demais** órgãos do Estado, **notadamente** daqueles que se situam no âmbito institucional do Poder Executivo. **A dimensão financeira** dessa autonomia constitucional – **considerada** a instrumentalidade de que se reveste – **responde à necessidade** de assegurar-se, ao Ministério Público, **a plena** realização dos fins eminentes para os quais foi ele concebido, instituído e organizado.

Sem que disponha de capacidade para livremente gerir e aplicar os recursos orçamentários vinculados ao custeio e à execução de suas atividades, o Ministério Público **nada poderá** realizar, **frustrando-se**, desse modo, de maneira indevida, **os elevados objetivos** que refletem a destinação constitucional dessa importantíssima Instituição da República, **incumbida de defender** a ordem jurídica, **de proteger** o regime democrático **e de velar** pelos interesses sociais **e** individuais **indisponíveis**.

Dessas considerações todas, **emerge**, a meu juízo, **a plausibilidade jurídica** da tese sustentada pelo eminente Procurador-Geral da República, **que impugna**, em face de quanto prescrevem os arts. 127, § 2º e § 3º e 168, da Constituição Federal, **a validade jurídica das expressões** constantes do § 1º do art. 55 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, cujo texto **submeteu** o Ministério Público a um **indevido** controle interno **do Poder Executivo**.

Impende considerar, **finalmente**, que a questão suscitada na presente sede processual **já constituiu** objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal, **cujo Egrégio Plenário**, ao julgar idêntica postulação à ora deduzida, **formulada** em ação direta, **na qual se questionava** a constitucionalidade de ato normativo **que também estabelecera** "*que as unidades de controle interno do Ministério Público da União ficam compreendidas* ***no sistema de controle interno do Poder Executivo***", **determinou** a "*suspensão cautelar da eficácia das expressões* ***'e do Ministério Público da União'***" (**ADI 1.125/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

Torna-se importante rememorar, neste ponto, **algumas passagens** expressivas do voto vencedor **do eminente** Ministro CARLOS VELLOSO, **Relator da ADI 1.125/DF**:

> ***O controle interno*** *é, no fundo, é fácil perceber, a preparação para o controle externo. Não fica ele, vale repetir, no mero aspecto formal da gestão orçamentária, financeira e patrimonial. Realiza ela a comprovação da legalidade e avalia os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira*

e patrimonial, além de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União. Quer dizer, ele vai ao mérito da gestão orçamentária, financeira e patrimonial. Por isso mesmo, ele é exercido pelo próprio Poder (CF, arts. 70 e 74).

***Indaga-se**: não sendo o Ministério Público um Poder, dado que os Poderes são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (CF, art. 2º), integrando ele o Poder Executivo, seria correto o seu controle interno ficar compreendido no sistema de controle interno do Poder Executivo, que tem como órgão central o Ministério da Fazenda?*

***Em princípio**, sim, dado que o Ministério Público integra o Poder Executivo.*

***Acontece**, entretanto, que a Constituição destina ao Ministério Público tratamento especial, conferindo-lhe autonomia funcional e administrativa (CF, art. 127, § 2º). Essa autonomia funcional e administrativa admitiria que o seu controle interno, com as implicações linhas atrás mencionadas, fosse realizado por órgão não integrado a sua estrutura administrativa?*

O Congresso Nacional, ao elaborar a Lei Complementar 75, de 20-5-1993, deu resposta negativa, vale dizer, respondeu no sentido de que a autonomia funcional e administrativa conferida ao Ministério Público exige tenha esse órgão controle interno próprio. É que o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, estabeleceu, no § 2º do art. 23, da Lei Complementar 75, de 20-5-1993, que "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Ministério Público da União será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, segundo o disposto no Título IV, Capítulo I, Seção IX, da Constituição Federal, e por sistema próprio de controle interno".

É claro que não importa o que quis o Congresso Nacional, ao elaborar a lei, nem o que quis o Presidente da República, ao sancioná-la. A mens legislatoris cede sempre à mens legis e é ao Supremo Tribunal Federal que cabe, em definitivo, interpretar a Constituição. A matéria, por outro lado, seria própria de lei complementar?

Caberá ao Supremo Tribunal Federal, portanto, resolver, em definitivo, a questão posta em mesa. Por ora, não é conveniente que o Supremo Tribunal dê resposta à indagação acima formulada. Por ora, é bastante e suficiente que reconheçamos uma evidência: a relevância da questão constitucional posta a nossa apreciação. E que se reconheça, também, a conveniência da suspensão da norma impugnada, tendo em vista que "aplicação do dispositivo compromete o sistema de controle interno próprio, instituído no âmbito do Ministério Público da União desde 1º de janeiro de 1994" pela Lei Complementar 75, de 20-5-1993.
(**Grifei**.)

Destaque-se, por todos os motivos expostos, **a extrema conveniência de se acolher** o pedido de suspensão cautelar da eficácia das expressões "***e do Ministério Público***" e "***e do Poder Executivo***", **constantes** da norma inscrita no § 1º do art. 55 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, **pois**, como ressaltado pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça dessa unidade da Federação, **na representação que dirigiu** ao eminente Procurador-Geral da República, **a subsistência** de tais preceitos inscritos na Carta estadual "***impede a remessa**, ao Poder Legislativo, de projeto de lei complementar para criar, através de emenda à lei orgânica estadual do Ministério Público, órgão próprio para o controle interno*" (fl. 9).

Sendo assim, pelas razões expostas, **defiro** o pedido de medida cautelar, **para suspender**, com eficácia "***ex nunc***", **a execução e a aplicabilidade** das expressões "***e do Ministério Público***" e "***e do Poder Executivo***", **constantes** do § 1º do art. 55 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.513-MC/RN — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte (Advogados: Esequias Pegado Cortez Neto e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu a medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc*, no § 1º do art. 55 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, as expressões "e do Ministério Público" e "e do Poder Executivo". Votou o Presidente, Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Maurício Corrêa.

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

Brasília, 3 de abril de 2002 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.855 — MT

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil — Requeridos: Governador do Estado de Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso

Depósitos judiciais – Iniciativa de lei. Ao Judiciário não cabe a iniciativa de lei visando disciplinar o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos.

Depósitos judiciais – Diferença entre a remuneração das contas e rendimento previsto em lei – Utilização pelo Judiciário. Surge conflitante com a Carta da República lei do Estado, de iniciativa do Judiciário, a dispor sobre Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Judiciais com aporte de diferença de acessórios em benefício do Poder Judiciário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação direta, 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, 12 de maio de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Esta ação direta de inconstitucionalidade está dirigida contra a Lei ordinária do Estado do Mato Grosso 7.604, de 27 de dezembro de 2001, resultante de projeto de iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado, que instituiu o "Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso e dá outras providências". Eis a íntegra do diploma legal atacado:

> *O Governador do Estado de Mato Grosso*, tendo em vista o que dispõe o art. 42 da Constituição Estadual, sanciona a seguinte lei:
>
> Art. 1º Fica instituído, na forma desta lei, o "Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça", no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, compreendendo os recursos provenientes de depósitos sob aviso à disposição da justiça em geral e o resultado das aplicações financeiras a eles correspondentes.
>
> § 1º Para fins de implantação do Sistema Financeiro de Conta Única de Depósito Sob Aviso à Disposição da Justiça, o Poder Judiciário autorizará a abertura de conta sob a denominação "Poder Judiciário/Depósitos Judiciais", em estabelecimento bancário escolhido na forma da lei e mediante pagamento de taxa de administração, que será movimentada pelo Presidente

do Tribunal de Justiça, em conjunto com o Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça.

§ 2º Enquanto não autorizado o pagamento ao interessado pelo juízo competente, os recursos ficarão centralizados numa conta gráfica a ser mantida e movimentada na instituição bancária, sob a denominação "Poder Judiciário/Fundo de Recursos a Utilizar".

Art. 2º O Sistema Financeiro de Conta Única de Depósito Sob Aviso à Disposição da Justiça tem por finalidade:

I – garantir melhor gestão dos depósitos sob aviso à disposição da Justiça, remunerando-os de acordo com índices previstos para as cadernetas de poupança, pró-rata-dia;

II – assegurar maior segurança à administração dos depósitos judiciais; e

III – propiciar o fortalecimento de recursos financeiros complementares ao orçamento do Poder Judiciário.

Art. 3º As contas bancárias de depósitos judiciais, inclusive as atualmente existentes, adequar-se-ão à sistemática instituída nesta lei, transformando-se em subcontas da Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça, devendo cada uma delas receber o título genérico de "Comarca/Depósitos Judiciais", e demais elementos que a identifiquem em relação ao feito.

§ 1º Os saldos das subcontas estabelecidas no *caput* deste artigo constituirão disponibilidade da conta gráfica a que alude o § 2º do art. 1º desta lei, e serão diariamente transferidos para a Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça, para fins de gerenciamento financeiro.

§ 2º Somente poderão ser aplicados pelo Poder Judiciário os rendimentos financeiros a maior resultantes da diferença verificada entre os índices fixados em lei para a remuneração de cada subconta e os estabelecidos para remuneração da Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça.

Art. 4º Os responsáveis pela arrecadação, incluídos agentes, órgãos e bancos intervenientes, ficam proibidos de efetuar, a qualquer título, retenções, compensações, deduções ou aplicações com o produto de recursos arrecadados, cujo montante deverá ser transferido para a conta "Poder Judiciário/Depósitos Judiciais", observando-se a sistemática estabelecida nesta lei.

Art. 5º O Poder Judiciário movimentará os recursos provenientes dos depósitos judiciais e seus rendimentos financeiros para pagamento de despesas devidamente formalizadas, não sendo permitido o saque para conta diversa, bem como depósito a prazo fixo ou aplicação financeira de qualquer natureza, pelas comarcas responsáveis pelas subcontas.

Parágrafo único. O pagamento de despesas será feito pela instituição bancária, mediante ordem de pagamento ou de cheque cruzado em preto, nos casos em que o credor não disponha de conta no banco.

Art. 6º Ficam atribuídos à área financeira do Poder Judiciário, a coordenação, a supervisão e o controle das atividades inerentes à administração financeira da Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça, compreendendo a implantação dos mecanismos e instrumentos de gerência dos recursos monetários da referida conta.

Art. 7º O Presidente do Tribunal de Justiça poderá, mediante portaria, expedir normas gerais a serem observadas relativamente a esses depósitos, para fiel execução da presente lei.

Art. 8º Poderão ser celebrados convênios, objetivando a interveniência de instituições financeiras na execução dos serviços para o cumprimento do disposto nesta lei.

Art. 9º Ao Poder Judiciário cabe movimentar "suprimentos e transferências", com o objetivo de manter disponibilidade financeira, em nível capaz de possibilitar os saques, dentro dos parâmetros judicialmente estabelecidos.

Art. 10. As receitas provenientes da aplicação desta lei serão transferidas ao Fundo de Apoio ao Judiciário – Funajuris, que as manterá em conta específica denominada "Poder Judiciário/Rendimentos Conta Única", e destinadas a:

a) instalação, desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais;

b) desenvolvimento e manutenção do Centro de Formação e Treinamento de Magistrados e Servidores do Poder Judiciário;

c) manutenção do programa de modernização do Poder Judiciário;

d) qualificação e aperfeiçoamento de pessoal;

e) implantação de tecnologia de controle de tramitação dos feitos judiciais, notadamente com o uso de informática e microfilmagem, visando à obtenção de maior celeridade, eficiência e segurança dos procedimentos judiciais;

f) reequipamento físico e tecnológico dos órgãos do Poder Judiciário;

g) implementação e manutenção dos serviços de informatização do Judiciário;

h) modernização de bibliotecas do Poder Judiciário.

Parágrafo único. É vedada a realização de despesas de custeio com pessoal pela receita oriunda do Sistema Financeiro de Conta Única instituído por esta lei.

Art. 11. O Sistema de Conta Única será gerido por um Conselho de Administração, presidido pelo ordenador de despesas do Poder Judiciário, com a seguinte composição:

I – Presidente do Tribunal de Justiça;

II – 01 (um) Juiz de Direito, indicado pelo Tribunal Pleno;

III – Diretor-Geral do Tribunal de Justiça;

IV – Supervisor Financeiro do Tribunal de Justiça;

V– Diretor do Funajuris.

Art. 12. Competirá ao Conselho:

I – elaborar a proposta do plano de aplicação dos recursos do Sistema de Conta Única, compatível com o Plano Plurianual, as Diretrizes Orçamentárias, o Orçamento Anual e o planejamento estratégico do Projeto de Modernização, encaminhando-a para apreciação do Tribunal Pleno até o mês de fevereiro de cada exercício;

II – emitir parecer sobre a prestação de contas e o relatório anual das atividades do Sistema Único criado, a ser submetido à apreciação do Tribunal Pleno;

III – promover o desenvolvimento do Sistema de Conta Única, adotando medidas que visem a atingir suas finalidades e objetivos;

IV – baixar normas e instruções complementares e disciplinadoras da aplicação dos recursos financeiros disponíveis;

V – designar Coordenador, dentre os servidores efetivos da área financeira do Poder Judiciário, delegando-lhe competência para prática de atos concernentes às atividades operacionais do Fundo;

VI – divulgar, trimestralmente, no Diário da Justiça do Estado de Mato Grosso, demonstrativo de atividades do Sistema de Conta, relacionando as metas a serem cumpridas no exercício financeiro;

VII – resolver dúvidas e responder consultas.

§ 1º As deliberações do Conselho serão tomadas por maioria de votos, estando presente, no mínimo, 04 (quatro) de seus membros.

§ 2º Os integrantes do Conselho de Administração do Sistema Financeiro de Conta Única não perceberão qualquer gratificação pecuniária.

Art. 13. O Sistema Financeiro da Conta Única, instituído por esta lei, sujeita-se à fiscalização e ao controle do Tribunal de Contas do Estado, sem prejuízo de auditoria e controle interno que o Poder Judiciário venha a estabelecer.

Art. 14. Esta lei será regulamentada por resolução do egrégio Tribunal Pleno do Poder Judiciário.

Art. 15. As despesas decorrentes da aplicação desta lei correrão à conta de dotação orçamentária própria, suplementada se necessário.

Art. 16. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

As razões expendidas baseiam-se na circunstância de se haver disciplinado depósitos judiciais viabilizando-se a utilização de parte dos acessórios pelo Judiciário. Aponta-se a transgressão dos arts. 22, inciso I; 96, inciso II; 163, inciso I; 165, § 9º e inciso II; 192, inciso IV; 168; e 167, inciso VII da Carta da República. Eis a articulação quanto ao vício formal:

a) Violência ao art. 96, inciso II, da Constituição Federal:

No rol das matérias previstas no artigo, a serem disciplinadas mediante projeto de iniciativa do Judiciário, não se tem o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos à Disposição da Justiça. A sanção do Executivo não seria de molde a afastar o vício formal.

b) Violência ao art. 163, inciso I, da Constituição Federal:

Segundo o arrazoado, finanças públicas devem ser versadas em lei complementar, surgindo a natureza simples, ordinária, da Lei 7.604/2001, que se tem como inconstitucional.

c) Violência ao art. 165, § 9º e inciso II, da Constituição Federal:

Normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos, devem estar previstas em lei complementar.

d) Violência ao art. 192, inciso IV, da Constituição Federal:

O Estado de Mato Grosso, via lei que na origem teve iniciativa do Poder Judiciário, acabou por dispor sobre a organização, o funcionamento e a atribuição de entidade financeira, bastando que se atente para o teor do art. 3º da Lei 7.604/2001.

e) Violência ao art. 22, inciso I, da Constituição Federal:

O Estado acabou por legislar sobre Direito Civil e Processual.

f) Violência ao art. 168 da Constituição Federal:

Ter-se-ia a disponibilidade de recursos mediante fonte independente de renda, afastando-se do âmbito do Executivo a administração de receita pública.

Defende-se que, na espécie, há o vício de inconstitucionalidade especialmente quanto ao art. 1º, cabeça e § 2º; art. 2º, inciso III; art. 5º, cabeça e parágrafo único; e o art. 10 da Lei 7.604/2001. Pleiteou-se a concessão de liminar, isso mediante análise da relevância da articulação em torno da pecha de inconstitucionalidade e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro, vindo-se, no julgamento definitivo, a fulminar, por ser inconstitucional, a Lei 7.604/2001. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 19 a 51. À fl. 54, o Ministro Maurício Corrêa, a quem sucedi na relatoria deste processo, acionou o disposto no art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, visando ao julgamento final. O Governador do Estado de Mato Grosso prestou as informações de fls. 62 a 67, apontando preliminarmente a impossibilidade jurídica do pedido. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não teria demonstrado a ofensa direta à Carta da República. Os dados consignam que a lei atacada não versa sobre Direito Civil ou Processual Civil, apenas havendo disposto "como e quando os depósitos judiciais devem se conduzir". Ter-se-ia não a percepção de custas ou participação financeira no processo, mas orientação sobre a feitura e o resgate de depósitos judiciais. Segundo o sustentado, a espécie não versa sobre finanças públicas, sendo leviana a afirmação de que os valores dos depósitos pertencentes às partes podem ser utilizados pelo Judiciário, visando a promover a gestão administrativa e financeira. O Tribunal de Justiça não teria sacado, com esse objetivo, qualquer valor. Assevera-se impróprio o julgamento final do pedido, "haja vista que ausentes os requisitos o (sic) *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*". Com as informações, vieram as peças de fls. 68 a 156. A Assembleia pronunciou-se às fls 158 a 165, ressaltando a improcedência da pecha atribuída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil à Lei 7.604/2001. A Constituição do Estado assegura, segundo as razões expendidas, plena autonomia funcional, administrativa e financeira ao Poder Judiciário, permitindo-lhe assim a iniciativa de norma jurídica ligada às matérias de interesse do Judiciário mato-grossense. No caso, a lei em foco visou à reunião dos depósitos dispersos por quase todos os municípios do Estado, proporcionando controle adequado. Não se teria qualquer proibição de o Poder Judiciário vir a propor a aprovação ao Legislativo estadual, de lei instituindo a conta única de depósitos judiciais. Em momento algum, ter-se-ia a disciplina de finanças públicas do Estado. Também se diz da falta de envolvimento de regras sobre o sistema financeiro, não havendo a disciplina de matéria processual e sim de procedimento. Os depósitos judiciais não constituem, segundo o sustentado, recursos correspondentes às dotações orçamentárias. O Estado teria implementado lei moderna para atender aos anseios da sociedade, que busca atividade jurisdicional e administrativa rápida, segura e eficaz. Refuta-se a assertiva sobre a utilização pelo Judiciário de valores

depositados pelas partes e afirma-se que a matéria não é nova, sobre a mesma já havendo pronunciamento da Corte, inclusive com voto condutor do Relator inicial. Acostaram-se os documentos de fls. 166 a 284.

Às fls. 287 à 293, tem-se o pronunciamento do Advogado-Geral da União. Dele consta a visão segundo a qual, no campo da auto-organização, pode o Judiciário iniciar processo legislativo que disponha sobre a instituição de conta única de depósitos. Evoca-se o que decidido na ADI 106/RO, relatada pelo Ministro Carlos Velloso e cujo acórdão foi redigido pelo Ministro Gilmar Mendes. Por esse precedente, se o objeto da lei envolve organização administrativa do Poder Judiciário incumbe a este a iniciativa. Refuta-se também a possibilidade de ter-se o tema disciplinado na lei em exame como a envolver finanças públicas. No tocante ao art. 165, § 9º e inciso II, da Constituição Federal, aponta-se a impertinência da articulação da inicial, presente a circunstância de a administração direta e indireta não envolver o Poder Judiciário. Considerado o art. 192, inciso IV, da Constituição Federal, afirma-se ter-se na espécie matéria de cunho administrativo e não financeiro. Quanto à competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil e Processual, assevera-se não se ter a disciplina de contrato e depósito, sendo que apenas se cuidou da organização de serviços administrativos. Também se diz incólume o art. 168 da Constituição Federal por não se ter matéria ligada à dotação orçamentária. Os depósitos judiciais "não ingressam nos cofres públicos a título de receita pública, já que possuem relação com litígios judiciais, aguardando o desfecho destes para obter, ou não, a sua liberação". A Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer de fls. 295 a 305 no sentido da procedência do pedido formulado. A peça ressalta que:

> O texto normativo impugnado, com projeto de lei da autoria do Tribunal de Justiça do Mato Grosso – fl. 158 –, centraliza os valores depositados em juízo, vinculados a feitos judicias instaurados junto à Justiça Comum local, em conta única, comandada por autoridades, judiciais e administrativas (art. 1º, § 1º; e 6º, da Lei Estadual n. 7.604/2001), da Corte Estadual. Além dessa determinação, disponibiliza ao mencionado Tribunal a diferença constatada entre (i) o rendimento obtido desses valores, decorrente de seu investimento no mercado financeiro; e (ii) a quantia que será devolvida aos interessados nas demandas judiciais respectivas, que serão ressarcidos do montante depositado, corrigido apenas pela aplicação dos índices aplicáveis às cadernetas de poupança.

Frisa-se que a diferença é posta à disposição do Poder Judiciário mato-grossense. Diz-se que a disciplina não se amolda "às circunstâncias apreciadas por oportunidade do julgamento da ADI 1.933/DF". A lei então examinada – Lei 9.703/1998 – dispunha sobre tributos e contribuições federais, surgindo a Fazenda Pública como parte nas relações jurídicas das quais decorriam os depósitos. Ter-se-ia na espécie "norma que confere ao Poder Judiciário do Mato Grosso montante financeiro decorrente de relação jurídica subjacente com a qual não guarda vínculo algum". No tema versado na ADI 1.933 não se tinha apropriação de porção do capital depositado pelo poder público. A lei federal examinada versava sobre outro tratamento da remuneração do capital depositado, dispondo

sobre a incidência da Selic e devolução ao particular com a mesma atualização. De qualquer forma, no precedente, deu-se o envolvimento de obrigações tributárias que revelam fonte de receita. Registra-se a lição de Aliomar Baleeiro sobre receita pública – "entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer seu vulto, como elemento novo e positivo". No caso, a lei estadual dá essa natureza aos valores auferidos ao Poder Judiciário. Tal receita é estranha à lei de execução orçamentária, não podendo ser enquadrada como receita pública, porquanto discrepante da tipologia prevista nos arts. 9º e 11º da Lei 4.320. Diz-se que o Poder Judiciário não tem competência para iniciar projeto de lei em tal sentido. A teor do disposto no art. 165, inciso III, da Constituição Federal, apenas ao Executivo cumpre dar início ao processo. Também se alude ao fato de vários artigos da lei disporem sobre despesas a serem cobertas, discrepando das balizas da previsão orçamentária – art. 167, inciso II, da Constituição Federal. Aborda-se a questão referente ao direito de propriedade, mencionando-se a obtenção de capital a partir de bens de terceiros. Evoca-se o voto do Relator inicial na ADI 2.214.

Em 13 de outubro de 2003 despachei, determinando fosse distribuída cópia deste relatório aos demais integrantes do Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Improcede a preliminar de impossibilidade jurídica articulada nas informações do Governador do Estado de Mato Grosso. Aliás, verifica-se que a veiculação da matéria se fez a partir de aspectos ligados ao tema de fundo, aludindo-se aos dispositivos evocados na inicial. Rejeito a preliminar. No mérito, nota-se sacrifício dos credores, considerados os processos judiciais, e aporte de recursos pelo Judiciário, à margem, quer sob o ângulo da iniciativa, quer sob o ângulo da envergadura da normatização da Carta da República. Mediante a extravagante lei, cuidou-se da criação de receita para o Poder Judiciário, tomada a diferença entre os índices fixados por lei para a remuneração de cada subconta e os estabelecidos para remuneração da conta única de depósitos sob aviso à disposição da Justiça. Valho-me, para concluir pela inconstitucionalidade da lei, do que fez ver o então Procurador-Geral da República, professor Geraldo Brindeiro, salientando mais uma vez que não se pode potencializar o fim buscado, no caso a modernização da máquina judiciária, com o atropelo do arcabouço normativo constitucional:

> 13. De antemão vê-se que a matéria versada na lei impugnada não se amolda às circunstâncias apreciadas por oportunidade do julgamento do pedido de liminar na ADI 1.933/DF. A dissentir daquele precedente, nota-se que os depósitos objeto da norma federal então examinada – Lei 9.703/1998 – tocam apenas aos valores referentes a tributos e contribuições federais. Assim, a Fazenda Pública é, indubitavelmente, parte nas relações jurídicas das quais decorriam os depósitos. Além dessa

limitação, os valores são postos ao dispor do Tesouro Nacional. Ou seja, há um vínculo entre o poder público e o depósito versado no teor da norma federal citada.

14. Não é o caso dos autos, pois a Lei estadual 7.604/2001 não faz qualquer diferenciação, tomando como objeto de suas normas todos os depósitos judiciais, independentemente de sua razão.

15. Esse aspecto nos leva ainda a outra dissonância. Naquela circunstância, a lei é resultado da conversão da Medida Provisória 1.721/1998, editada, por óbvio, pelo Poder Executivo. Era também, em sintonia, a Fazenda Pública quem compunha a relação jurídica referenciada no depósito (decorrente, lembre-se, da discussão judicial ou administrativa de tributo ou contribuição federal). Nesse momento impugna-se, diversamente, norma que confere ao Poder Judiciário do Mato Grosso montante financeiro decorrente de relação jurídica subjacente com a qual não guarda vínculo algum.

16. Ainda, naquele feito – ADI 1.933/DF –, não havia apropriação de nenhuma porção do capital depositado pelo poder público, fato que destoa do conteúdo da Lei estadual impugnada. No bojo da Lei estadual 7.604/2001, consta comando que transfere ao Poder Judiciário local o excedente obtido com o investimento da quantia disponibilizada na conta única. Contudo, a Lei federal dá ao tema outro tratamento. Remunera o capital depositado com a correção da taxa referencial do sistema especial de liquidação e de custódia – Selic –, devolvendo ao particular, se caso for, também com a mesma correção. Não há apropriação de propriedade alguma.

17. Do que se constata da Lei federal 9.703/1998, aquela norma tem foco nos valores depositados que possivelmente seriam convertidos em renda. Têm relação com obrigações tributárias, que são, por sua vez, fonte de receita, conforme conceitos definidos nos arts. 9º e 11º, § 1º e § 2º, da Lei 4.320/1964[1]. Em nada se assimilam as regras impugnadas na presente ação direta. Não se limitam, diga-se, aos valores relacionados com tributos ou com as demais espécies legalmente estipuladas no conceito de receita pública. Em sendo assim, não são fontes de receita legalmente reguladas. Portanto, as regras atacadas inovam a sistemática jurídica financeira, criando nova espécie de fonte de receita.

18. Demais disso, nos termos da Lei federal, como os valores são integralmente devolvidos aos interessados no caso de encerramento do debate com desfecho favorável ao particular, essa importância não é classificada como receita, mas

---

[1] A mencionada Lei 4.320/1964 trata das normas gerais de direito financeiro, servindo à elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal:

"Art. 9º Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito publico, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos a constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.

(...)

Art. 11. A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.

§ 1º São Receitas Correntes as receitas tributárias, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

§ 2º São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente."

como mera "entrada de caixa"[2], situação que não se identifica na regra estadual, na qual redunda-se na estipulação de espécie de "receita pública" – ainda que sua origem, como dito, seja anômala –, pois os valores então obtidos ingressam nos cofres públicos com caráter de definitividade.

19. Conforme lição de *Aliomar Baleeiro*, mencionada na obra de *Kiyoshi Harada*, "receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer seu vulto, como elemento novo e positivo"[3]. É essa a feição que a Lei estadual 7.604/2001 dá aos valores auferidos pelo Poder Judiciário.

20. Todavia, essas ditas "receitas" não estão previstas na lei de execução orçamentária, portanto não integram o orçamento legalmente previsto. Nem o poderiam, visto que não constituem receita pública, pois fogem ao conceito legal desenhado na norma federal – arts. 9º e 11, da Lei 4.320/1964. O Poder Judiciário não tem competência para definir, em projeto de lei de sua iniciativa, quais sejam suas fontes de receita. Essa competência legislativa foi entregue, pelo art. 165, III, da Carta Federal, apenas ao Poder Executivo, que, uma vez formalizadas as dotações e posto em execução o orçamento, irá repassar aos demais Poderes constituídos os seus recursos. As dotações orçamentárias do Poder Judiciário são repassadas pelo Poder Executivo, consoante previsto no art. 168, da Constituição Federal.

21. Assim, ao arrepio da competente lei orçamentária vigente, em descumprimento do modelo imposto pela Constituição Federal, o Poder Judiciário mato-grossense apresentou projeto de lei à Assembleia Legislativa local tocando em tema que não lhe compete. Obteve, de maneira inconstitucional, o contorno aos limites da ordem das finanças públicas, agregando aos ditames da lei orçamentária nova espécie de receita, que, contudo, não lhe toca. E ainda, em resultado dessa operação, previu a assunção de despesas sem indicar receitas legalmente constituídas.

22. Nenhuma despesa pode ser realizada sem previsão orçamentária (art. 167, II, da Carta Política). Contudo, os arts. 3º, § 2º; 5º e 10, nas suas alíneas, todos da Lei estadual 7.604/2001, preveem inúmeras despesas a serem cobertas com as "receitas" decorrentes da aplicação do mencionado texto normativo. Assim, trata os valores obtidos com o investimento dos depósitos judiciais como se fossem receitas públicas a fazerem frente a despesas da Justiça estadual.

23. O Poder Judiciário está adstrito aos comandos da lei orçamentária anual, na forma prevista no § 5º, I, do art. 165, da Constituição da República. Não pode, por si, eleger nova espécie de receita pública, que, além de equivocadamente imaginada por esfera do Poder que não conta com competência legislativa adequada, não se amolda ao conceito legal de receita. A execução do seu orçamento está limitada à lei orçamentária anual, devendo limitar-se aos repasses oriundos do Poder Executivo.

24. Tenha-se em vista que os fundos especiais, como o indicado no art. 10, da lei impugnada, deverão ser financiados por dotações constantes da lei orçamentária anual, em consonância ao disposto no art. 165, § 5º, I, da Constituição Federal. Ou seja, não pode lei ordinária pretender financiar o "Fundo de Apoio ao Judiciário

---

[2] Na lição de *Aliomar Baleeiro*: "As quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas como 'entradas' ou 'ingressos'. Nem todos esses ingressos, porém, constituem receitas públicas, pois alguns deles não passam de 'movimentos de fundo', sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionados à restituição posterior ou representam mera repercussão de valores emprestados ou cedidos pelo governo." – in *Uma introdução à ciência das finanças*, Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 130.

[3] in *Direito financeiro e tributário*, São Paulo, Atlas, 1996, p. 35.

(FUNAJURIS)", pois seus recursos devem constar, necessariamente, de previsão orçamentária específica contida na lei própria. Aliás, tal comando consta da Lei 4.320/1964, que a respeito dispõe em seus arts. 71 e 72:

> Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.
>
> Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a turnos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

25. Sob outro aspecto, inversamente do que ocorre na execução da Lei federal 9.703/1998, a assunção dos valores pelo poder público, que se apropria da diferença obtida com o investimento dos depósitos no mercado financeiro, representa uma afronta ao direito de propriedade. O ganho de capital é obtido com bens de terceiros, que constituem o montante principal, dos quais a remuneração paga pela instituição financeira são os frutos. Não pode o poder público, na figura da Justiça estadual, separar esse elemento acessório, dependente do principal, tomando-o para si. Ao fazê-lo, expropria, sem o devido processo legal, a propriedade do depositante, afrontando o art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

26. Veja-se, nesse tom, significativa manifestação de Vossa Excelência quando então examinava o pedido de cautela pleiteado na ADI 2.214. Naquela sede analisava-se lei oriunda do Estado do Mato Grosso do Sul, que tinha teor muito próximo ao da Lei federal 9.703/1998, então apreciada na ADI 1.933, já destacada acima. Em julgamento promovido em 6 de fevereiro de 2002, o Tribunal Pleno indeferiu a liminar pedida. Contudo, do voto de Vossa Excelência extrai-se trecho de suma relevância, que dá a clara ideia de que, no caso dos autos, há afronta ao direito de propriedade, detendo a lei atacada uma índole confiscatória. Destaca-se, *in verbis:*

> O repasse do valor aos cofres do Estado nada tem a ver com empréstimo compulsório, porque o depositante é livre para efetuá-lo. Nem assiste razão ao requerente quando atribui índole confiscatória à norma impugnada, pois *o mesmo valor corrigido monetariamente lhe será restituído se vencedor na ação*.
>
> (In *DJ* de 19-4-2002, p. 45.)

27. *Contrario sensu*, tomando para si essa correção, ainda que tenha exposto o valor do depósito ao risco de uma operação financeira mais instável que a poupança, o poder público vilipendia o direito de propriedade. A administração pública apropria-se, nos termos das regras impugnadas, do valor excedente, obtido do investimento – de risco evidentemente maior que o da poupança – de numerário que não lhe pertence.

28. Em síntese dessas observações, não está autorizado o Poder Judiciário a provocar processo legislativo tendente a estipular receita pública, devendo respeito à lei orçamentária anual, sede na qual consta sua proposta orçamentária, discutida e votada pelo Poder Legislativo. Não se pode, ainda, eleger aleatoriamente uma receita pública, fugindo ao desenho legal previsto na Lei 4.320/1964, prática que redunda na afronta ao art. 165, § 9º, da Carta Política. E ainda, ao apropriar-se de parte dos valores depositados quando se dispõe a devolver o numerário sem a correção que obteve em investimento financeiro, o poder público estadual viola o direito de propriedade. Flagrante, portanto, a ofensa aos arts. 5º, LIV; 165, III; 165, § 5º, I e § 9º; 167, II; 168, todos da Constituição Federal.

Julgo procedente o pedido formulado na inicial e declaro a inconstitucionalidade da Lei ordinária 7.604, de 27 de dezembro de 2001, do Estado de Mato Grosso.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, à guisa de desenvolver algum tipo de reflexão mais livre, em alto som, não estou muito seguro quanto a este argumento da propriedade, pois, se bem entendi, na verdade, a própria lei federal fixa um limite para a remuneração desses depósitos, *a priori*. Não é isso, Ministro Relator?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Nós teríamos uma negociação para haver um *plus* em termos de remuneração, e esse *plus*, então, seria apropriado pelo Judiciário.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A lei federal estabelece o mínimo para a remuneração das contas judiciárias.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O que importa, para mim, é o fato de – até fugindo aos parâmetros normais – o Judiciário se tornar, obtendo receita, como que um sócio do próprio estabelecimento bancário, e algo que deveria ir para a própria conta, tendo presente o depósito, passar a fazer frente às despesas do Judiciário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Tenho uma série de dúvidas, aqui – penso –, a essa prática. Mas, em relação, por exemplo, à centralização do depósito, parece-me até importante.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Viabiliza o controle.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, o que me impressionou, na inicial, foi a invocação por parte da autora, a Ordem dos Advogados, de violação ao art. 22, I, da Constituição Federal, que estabelece que é competência privativa da União legislar em matéria de processo.

O nobre Advogado de Mato Grosso, Procurador do Estado, disse que não se tratava de matéria processual, mas, sim, procedimental. No exercício desta competência do art. 22, I, a União editou uma lei que passou a integrar o Código de Processo Civil, acrescentando a esse Código o art. 1.219 que diz o seguinte:

> Art. 1.219. Em todos os casos em que houver recolhimento de importância em dinheiro, esta será depositada em nome da parte ou do interessado, em conta especial, movimentada por ordem do juiz.

Portanto, é o juiz que controla a movimentação dessa conta.

Lendo, aqui, o art. 1º, § 1º, da Lei de Mato Grosso, verifico, na parte final, o seguinte:

> (...) o Poder Judiciário autorizará a abertura de conta sob a denominação "Poder Judiciário/Depósitos judiciais", em estabelecimento bancário escolhido na forma da lei e mediante pagamento de taxa de administração, que será movimentada pelo Presidente do Tribunal de Justiça, em conjunto com o Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça.

Ou seja, está contrariando, aí, claramente o art. 1.219, que outorga ao juiz a faculdade, o poder de movimentar as contas, quer dizer, sob sua discricionariedade, sob o seu prudente arbítrio. É matéria, para mim, claramente processual.

Portanto, dentre outros argumentos levantados por Sua Excelência, o eminente Relator, convenci-me, especialmente, de que houve infração ao art. 22, I, da Constituição Federal.

DEBATE

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, tenho dúvidas se a matéria é processual ou de finanças públicas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A minha dúvida é essa também.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Que foi objeto daquela outra discussão na matéria do depósito da União.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Pouco importa se isso provenha de um processo ou não, o certo é que o Estado é depositário de recursos alheios. Dispor sobre isso, parece-me ser matéria de finanças públicas, e não de processo. No processo, o que importa é que a quantia seja devolvida com a remuneração, essa, sim, prescrita em norma de caráter monetário do âmbito da União.

Tenho dificuldades, no entanto, para opor meu argumento ao do eminente Relator, no problema da iniciativa.

Esses fundos judiciários que existem no País, com outras receitas, inclusive, creio que são todos estabelecidos num acordo de poderes e por iniciativa do Poder Executivo.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Sim.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Dos três objetivos da lei, dois chamaram-me a atenção: um afirmativamente e outro negativamente. O afirmativo: assegurar maior segurança à administração dos depósitos judiciais. Sem dúvida que é saudável essa preocupação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro, o objetivo foi único, com essa criação de conta especial, reunindo todos os depósitos. É que a subconta tem rendimento limitado e a conta única passa a ter rendimento maior. O que ocorreu na espécie? Quanto a esse rendimento maior, ao Judiciário ficou reservada certa receita. Poderia haver essa disciplina?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É o segundo objetivo da lei que desperta em mim.

O Sr. Ministro Eros Grau: Antes, isso ficava com os bancos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Essa é a preocupação que tentei externar porque, na regra geral, aquilo que se revela como a mais valia, aquilo que vai além daquele valor fica hoje para a rede bancária em geral.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Pode o Judiciário ser um sócio da rede bancária?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Excelência, o Judiciário não é um sócio da rede bancária, mas o depositante. E, aí, criando uma conta única, ele cria condições negociais de obter melhor remuneração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Para conta única e para vantagem própria dele, Judiciário?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Então, Vossa Excelência está contestando, aliás já o contestou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Já contestei. Eu tenho sustentado a impossibilidade de aporte de receitas estranhas ao orçamento.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Contestou todas as modalidades de fundos de aparelhamento judiciário existentes no País. Mas, nesse ponto, Vossa Excelência ficou vencido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, sem dúvida. Penso que o Judiciário, que revela uma atividade precípua do Estado, deve contar com orçamento para funcionar, sob pena de começarmos a dar passos no sentido da sua privatização.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Que privatização, Excelência?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sim, Excelência, numa promiscuidade, a meu ver, danosa, nefasta.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, Ministro, mas as árvores do fórum não dão frutos monetários...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Preocupa-me, também, a centralização e a burocratização, porque vamos tirar do juiz togado, concursado, a responsabilidade pela movimentação das contas nos casos concretos. São centenas ou milhares de órfãos, viúvas, de pessoas, enfim, que dependem de uma movimentação rápida do juízo local.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas aí depende de outra análise: se se trata de processo ou de finanças públicas.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Penso que a experiência comum mostra que, nesse ponto, a lei dá maior segurança e maior racionalidade administrativa à questão dos depósitos judiciais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Era o que eu estava a dizer. Dos três objetivos explícitos da lei, o que me impressiona afirmativamente é exatamente este: garantir maior segurança à administração dos depósitos judiciais.

Há um objetivo que me suscitou dúvida, até mesmo uma impressão inicialmente negativa: propiciar o fortalecimento de recursos financeiros complementares ao orçamento do Poder Judiciário. Mas, aí, o Ministro Gilmar Mendes faz uma ponderação: para propiciar esse fortalecimento de recursos financeiros.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não é à custa das partes.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso. É uma questão de administrar o *spread*. Vai para os bancos, totalmente, ou pode ir, também, para o Poder Judiciário? Parece-me que essa é a questão central.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Onde não encontro fórmula de vencer o óbice posto pelo Relator é quanto à iniciativa. Agora, não creio que o tribunal deva tomar compromissos quanto à substância do sistema.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite mais uma observação? Quero manifestar novamente a minha preocupação neste Plenário. Ontem, fiz uma observação que está, de certa maneira, ligada à questão do federalismo e da centralização. E, no caso, não se trata da questão federativa, mas do princípio da subsidiariedade que, hoje, é universalmente aceito, ou seja, se o poder ou o ente local pode resolver a questão de forma melhor e mais eficiente do que o ente superior, temos que prestigiar a descentralização. Isso, no federalismo, na União Europeia, é um princípio básico.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É o ente central, não propriamente superior, porque não há hierarquia.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente: entre o ente central, e o local.

É isto o que me preocupa: temos que prestigiar o princípio da subsidiariedade. Essa é a verdade. Vejo, *data venia*, que o Plenário vem reforçando, cada vez mais, na prática, a centralização, outorgando mais e mais poderes para a Justiça Federal, para a União, para o governo central. Num país de dimensões continentais como o nosso, temos que descentralizar, simplificar, desburocratizar. E parece-me que essa lei, dentre outros vícios, numa reflexão metajurídica, vem burocratizar e centralizar a questão dos depósitos judiciais.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, vou pedir vista e explicarei o motivo.

Com relação a esse debate, desejo, desde logo, dizer que a lei corrige uma distorção. O que os bancos faziam era pagar juro de poupança e aplicar à taxa Selic. Então, é melhor que isso fique com o Estado, que, pelo menos teoricamente, redistribui à sociedade. Mas não é esse o ponto.

O que está na pauta, em seguida, é a ADI 3.458, que tem relação com essa questão; sei também que há uma outra ação direta de inconstitucionalidade do Ministro Gilmar Mendes.

Então, peço vista e proponho trazer logo, quem sabe trazemos juntos na mesma ocasião e liquidamos as três.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E ganhamos tempo para raciocinar sobre a questão do vício de iniciativa, se há ou não, levantada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Como provavelmente não participarei da decisão de mérito, pois o pleno tem seiscentos processos para julgar, só quero deixar como observação que, quanto ao problema do vício de iniciativa legislativa, realmente, o óbice me parece muito sério. O que não quero é me comprometer com os outros argumentos que me parecem inviabilizar um sistema de racionalização administrativa e de evitar que o *spread* seja absolutamente apropriado pelo sistema bancário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Se bem me lembro, Ministro Sepúlveda Pertence, em matéria conexa com o aparelhamento do Poder Judiciário creio que Vossa Excelência, talvez, tenha aí a memória computadorizada, penso que expandimos um pouco o poder de iniciativa do Poder Judiciário naquelas matérias conexas.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Pois é. Por isso que não quero adiantar voto já que o Ministro Eros Grau pede vista.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas é um assunto para que nós possamos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Porque, se for matéria conexa, está superada a questão do vício de iniciativa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim. Creio que, num dos casos, expandimos essa compreensão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim. Creio que isso também deve ser pensado. Não estou adiantando voto, mas o que penso perigoso são certos comprometimentos coerentes, aliás, na linha do Relator, que nunca admitiu nenhum desses fundos judiciários, ainda quando de iniciativa do Poder Executivo.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.855/MT — Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Advogado: Rubens Approbato Machado). Requeridos: Governador do Estado de Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente a ação, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e a Ministra Cármen Lúcia. Falou pelo requerido, Governador do Estado de Mato Grosso, o Dr. Dorgival Veras de Carvalho, Subprocurador-Geral do Estado.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Vice-Procurador-Geral da República, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 26 de outubro de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade na qual questiona a constitucionalidade da Lei 7.604, de 27 de dezembro de 2001, do Estado do Mato Grosso. O ato normativo, de iniciativa do Poder Judiciário, dispõe sobre o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso.

2. O Relator, Ministro *Marco Aurélio*, julgou procedente a ação, apontando vício de iniciativa e ofensa ao disposto nos arts. 5º, LIV; 165, III, § 5º, I, e § 9º; 167, II; 168; e 195, § 9º da Constituição do Brasil, nos termos do parecer do Ministério Público Federal.

3. O Relator foi acompanhado pelo Ministro *Ricardo Lewandowski*, que acrescentou existir, no § 1º do art. 1º do texto normativo impugnado, ofensa ao disposto no art. 22, I, da Constituição do Brasil, vez que teria disciplinado de modo diverso preceito contido no art. 1.219 do Código de Processo Civil.

4. A matéria – Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais – foi objeto de apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 3.458, de que fui Relator. Naquela oportunidade debateu-se a constitucionalidade da Lei goiana 15.010, de iniciativa do Governador. Afirmei em meu voto que a iniciativa legislativa, no que respeita à criação de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais, caberia ao Poder Judiciário.

5. Reafirmo o entendimento que então manifestei. O texto normativo estadual não trata de tema de direito processual civil, como sustenta o requerente na inicial da ação direta. Assim concluiu esta Corte quando do julgamento das medidas cautelares nas ADI 1.933-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 31-5-2002, e ADI 2.214-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-4-2002.

6. O Ministro *Carlos Britto*, quando do julgamento dessa mesma ADI 3.458, sustentou que o sistema de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais consubstanciaria matéria atinente a direito processual, cuja competência legislativa seria privativa da União.

7. É certo que ao juiz incumbe, no exercício da atividade jurisdicional, administrar tudo quanto em Juízo é depositado. O Poder Judiciário é o depositário desses valores. A relação travada entre o jurisdicionado-depositante e o juízo-depositário está inserida, nesse sentido, no âmbito de relação jurídico-processual. Quanto ao depósito de valores em dinheiro, como observou o Ministro *Lewandowski*, o art. 1.219 do CPC estabelece que o depósito será

efetuado em nome da parte ou do interessado, em conta especial movimentada por ordem do juiz[4].

8. O Poder Judiciário, depositário desses valores, a seguir atua como seu depositante, no sistema bancário, para garantir a segurança do depósito e possibilitar a remuneração devida, definida em norma federal, até o momento da restituição a quem de direito. O depositário não é, no âmbito processual, o banco, mas o Poder Judiciário. O banco é depositário dos valores que lhe são confiados pelo Poder Judiciário em outra relação, administrativo-financeira, destacada da atividade jurisdicional. O modo sob o qual o Poder Judiciário administra esses valores é expressivo de atividade exercida no âmbito da sua autonomia administrativa e financeira, dele, Poder Judiciário (CB, art. 99, *caput*[5]).

9. A Lei 7.604 estabelece, em seu art. 1º, § 1º, que a conta será movimentada pelo Presidente do Tribunal de Justiça, em conjunto com o Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça, referindo a movimentação da conta única, que não se pode confundir com a movimentação das subcontas, estas, sim, sujeitas às determinações do magistrado no curso do processo judicial.

10. A gestão, pelo Poder Judiciário, dos valores de que se cuida em função dos depósitos judiciais é matéria contida no âmbito do direito financeiro. Assim, possível contrariedade ao disposto na Constituição dar-se-ia exclusivamente no tocante ao seu art. 24, I e II[6]. Mas a competência para legislar é, nessas hipóteses, concorrente. À União cabe estabelecer diretrizes gerais (art. 24, § 1º); aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (art. 24, § 2º). Há, aí, afirmou o Ministro *Celso de Mello*, situação de condomínio legislativo entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal.

11. A lei estadual impugnada institui sistema financeiro de conta única de depósitos sem estabelecer, no entanto, distinção entre os depósitos judiciais de tributos e os de índole não tributária. Lembre-se que a Lei federal 10.482/2002, de caráter nacional, já dispunha sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de *tributos* no plano dos Estados-membros e do Distrito Federal.

12. Esse aspecto foi ressaltado pelo Procurador-Geral da República, que aparta a hipótese dos autos daquela de que se cogitou na ADI 1.993, na qual se discute a constitucionalidade da Lei federal 9.703/1998, que trata dos depósitos judiciais relativos a tributos (fls. 300/301):

> De antemão vê-se que a matéria versada na lei impugnada não se amolda às circunstancias apreciadas por oportunidade do julgamento do pedido de liminar na

---

[4] CPC, art. 1.219: "Em todos os casos em que houver recolhimento de importância em dinheiro, esta será depositada em nome da parte ou do interessado, em conta especial movimentada por ordem do juiz."

[5] CB, art. 99: "Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira."

[6] "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
II – orçamento;"

ADI 1.933/DF. A dissentir daquele precedente nota-se que os depósitos objeto da norma federal então examinada – Lei 9.703/1998 – tocam apenas aos valores referentes a tributos e contribuições federais. Assim, a Fazenda Pública é, indubitavelmente, parte nas relações jurídicas das quais decorriam os depósitos. Além dessa limitação, os valores são postos ao dispor do Tesouro Nacional. Ou seja, há um vínculo entre o poder público e o depósito versado no teor da norma federal citada.

14. Não é o caso dos autos, pois a Lei estadual 7.604/2001 não faz qualquer diferenciação, tomando como de suas normas todos os depósitos judiciais, independentemente de sua razão.

13. Os depósitos judiciais *de tributos* foram recentemente disciplinados pela Lei 11.429/2006, que, nos mesmos moldes da Lei 10.482, estabeleceu o procedimento relativo aos depósitos estaduais efetuados em dinheiro, referentes a tributos, seus acessórios e sua destinação.

14. Se as matérias atinentes aos orçamentos e ao direito financeiro são de competência da União, os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, quanto a elas, competência concorrente nas seguintes condições: [i] *inexistente* legislação federal, ela será plena; [ii] *existente lei federal* que trace normas gerais sobre o assunto, ela estará limitada, será suplementar.

15. A análise da constitucionalidade da lei estadual supõe o seu cotejo com o disposto nos § 1º e § 2º do art. 24 da Constituição do Brasil. A competência detida pelo Estado-membro, para dispor sobre norma geral, é preservada em sua plenitude até que a União legisle nos termos do disposto § 3º. Existindo norma geral estabelecida em lei federal, anterior ou posterior, a competência do Estado-membro será retraída.

16. A lei mato-grossense é datada de dezembro de 2001, sobre ela incidindo os efeitos das leis federais posteriores (Lei 10.482 e Lei 11.429). Sua eficácia resultou suspensa nos pontos em que divergiu da lei federal superveniente (§ 4º do art. 24[7] da Constituição do Brasil).

17. Haverá invasão de competência legislativa da União sempre que o legislador estadual editar lei cujo conteúdo já tenha sido disciplinado por lei federal, fazendo-o de modo antagônico a essa disciplina. A usurpação de competência restará então caracterizada. A manutenção da lei estadual implicaria a coexistência de duas leis, uma federal outra estadual, tratando genericamente de mesmo tema, uma em conflito com a outra.

18. A expressão "depósitos judiciais" contida na Lei 7.604 do Estado do Mato Grosso não alcança os depósitos judiciais referentes a tributos. Essa matéria é disciplinada pela Lei federal 11.429.

19. No tocante aos depósitos judiciais que não tenham índole tributária, não vislumbro, com a devida vênia, a inconstitucionalidade formal apontada pelo

[7] "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)
§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

Relator. Preceitos normativos voltados à regulação dos depósitos judiciais e da administração de eventuais rendimentos resultantes da diferença apurada entre os índices fixados em lei para a remuneração das subcontas e aqueles fixados para a conta única dizem diretamente com a gestão das finanças do Poder Judiciário.

20. O requerente sustenta que a lei mato-grossense violaria, além do disposto no art. 22, inciso I, também o disposto no art. 96, II, da Constituição do Brasil. Não é possível entender, contudo, que apenas e tão somente os projetos de lei cujos temas estejam expressamente discriminados no art. 96, II, da CB/1988, possam ser deflagrados pelo Poder Judiciário. A matéria de que trata a lei impugnada respeita diretamente aos interesses do Poder Judiciário. A expressão "organização judiciária" pode assumir escopo maior ou menor, conforme o imponham as exigências da sociedade. Aliás, o Advogado-Geral da União afirmou (fl. 290), acertadamente, o quanto segue:

> O inciso II do art. 96 da Constituição Federal determina que algumas matérias devem ser veiculadas por meio de lei em sentido formal, assegurando, ainda, que a iniciativa dessas leis é do Poder Judiciário. Em relação a outras matérias referentes à organização administrativa do Poder Judiciário, vislumbra-se a desnecessidade de lei em sentido formal para estabelecer sua fixação, de acordo com o disposto no inciso I, "b" do dispositivo em comento.

21. Esta Corte julgou ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Rondônia, em que foi questionada a constitucionalidade do texto do art. 77 da Constituição daquele Estado-membro: "Lei de iniciativa do Poder Judiciário disciplinará as atribuições, direitos e deveres dos Escrivães Judiciais, Escrivães Judiciais Substitutos, Oficiais de Justiça, Avaliadores, Distribuidores, Contadores e Depositários, cuja admissão se dará por concurso público de títulos e provas". O Tribunal então reconheceu a constitucionalidade desse preceito, afastando a alegação de violação do texto da Constituição do Brasil (ADI 106, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 25 de novembro de 2005).

22. Também quando do julgamento da ADI 2.123-MC, este Tribunal afirmou, nos termos do voto do Ministro *Sepúlveda Pertence*, que a iniciativa reservada aos tribunais de justiça no que concerne às leis que disponham sobre *organização judiciária* compreende temas relativos à administração do Poder Judiciário, como, naquele caso, a criação de fundo para atender às suas despesas (ADI 2.123-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 31-10-2003).

23. Cumpre ao Poder Judiciário deflagrar o processo legislativo concernente à matéria dos depósitos judiciais e do tratamento a ser conferido aos seus valores até a sua atribuição ao seu titular. O tema está intimamente relacionado à organização financeira do Poder Judiciário. Sua autonomia é assegurada no art. 96 da Constituição do Brasil.

24. Diz o requerente, na inicial, que a lei atacada trata de finanças públicas e gestão financeira, sustentando ter sido violado, no caso, o disposto no art. 163, I[8], e no art. 165, § 9º, II[9], da Constituição.

25. O argumento não se sustenta. A lei não dispõe sobre finanças públicas, nem mesmo sobre gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, no sentido sufragado pelos preceitos mencionados. Quando a Constituição determina que lei complementar disporá sobre "finanças públicas" aí não inclui qualquer ato normativo que veicule medida de organização financeira.

26. O requerente afirma ainda que a lei mato-grossense teria contrariado o disposto no art. 192, IV, da CB/1988. Ocorre que o inciso IV desse art. 192 foi expressamente revogado pelo art. 2º da Emenda Constituição 40. Revogado o parâmetro, o fundamento perdeu objeto.

27. A lei estabelece sistema de conta única de depósito sob aviso à disposição da Justiça. O fato de essa matéria envolver aspectos financeiros – porque diz respeito à transferência ao Estado de acréscimos que antes eram usufruídos pelas instituições bancárias – não consubstancia violação de nenhum preceito constitucional. Adiantei, ao solicitar vista dos autos, que a lei impugnada corrigira uma distorção, dado que atualmente os bancos pagam juros de poupança e aplicam os valores que recebem em depósitos judiciais à taxa Selic. Retêm para si as diferenças daí resultantes.

28. O aprimoramento do sistema de depósitos judiciais deve adequar-se à ordem constitucional, de forma que a sociedade seja beneficiária das diferenças porventura existentes entre as taxas praticadas nas operações ativas e as praticadas nas operações passivas, hoje apropriadas pelas instituições financeiras.

29. De resto, a lei determina, em seu art. 10, que os rendimentos financeiros a maior resultantes dessa diferença sejam transferidos ao Fundo de Apoio ao Judiciário (FUNAJURIS), relacionado, entre outros fins, ao aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Aqui se trata de destinação a fundo judiciário, cuja constitucionalidade é incontestável, qual decidido na ADI 2.059, de que fui Relator, *DJ* de 9-6-2006, e na ADI 3.151, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 28-4-2006.

30. Embora o requerente não tenha sustentado a ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição, direito de propriedade, o Procurador-Geral da República o fez. Com relação a este ponto, cumpre indagar: propriedade de quem? Dos depositantes? Ou das instituições financeiras, que deixarão de desfrutar das vantagens de

---

[8] "Art. 163. Lei complementar disporá sobre:
I – finanças públicas."

[9] "Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
(...)
§ 9º Cabe à lei complementar:
(...)
II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos."

que se beneficiam em decorrência das diferenças de taxas às quais linhas acima fiz referência? Não há ofensa ao direito de propriedade na hipótese.

Julgo parcialmente procedente o pedido desta ação direta, apenas para dar interpretação conforme a Constituição aos preceitos da Lei 7.604 do Estado do Mato Grosso, de forma a impedir que alcancem os depósitos judiciais referentes a tributos, matéria disciplinada pela Lei federal 11.429.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, já vai algum tempo que proferi voto sobre a matéria. Longe de mim tentar convencer qualquer colega sobre o acerto do que veiculado, mas existe uma situação que, na minha óptica, é de extravagância maior. Começa pelo aspecto formal. A iniciativa do projeto, para criar um sistema financeiro de conta única de depósito, sob aviso, à disposição da Justiça, foi do Tribunal de Justiça.

Há mais, Presidente, nesse projeto e parece que o Judiciário está de pires na mão. Acabou ele pegando uma carona; tendo em conta a situação jurídica das partes envolvidas no processo. A aprovação do projeto acabou estabelecendo uma verdadeira parceria quanto a acessórios do depósito, mediante o subterfúgio de se criar subcontas.

Lerei o artigo, que é uma verdadeira pérola em termos de extravagância, considerado o sistema que submete a administração pública ao orçamento, e encerrarei meu voto reafirmando a inconstitucionalidade, para mim, a mais não poder, desse diploma, sob pena de ruir o sistema constitucional federal. Daí ter dito o Procurador-Geral da República de então, doutor Geraldo Brindeiro –, subscrevi a manifestação do Ministério Público –, que se teria até a transgressão ao direito de propriedade.

O § 2º do art. 3º da Lei 7.604/2001 dispõe:

> Art. 3º
> (...)
> 2º Somente poderão ser aplicados pelo Poder Judiciário os rendimentos financeiros a maior resultantes da diferença verificada entre os índices fixados por lei para remuneração de cada subconta e os estabelecidos para remuneração da Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça.
> (...)

Qual é a consequência prática do preceito "ao depósito à disposição da Justiça"? Rende juros e é atualizado. Mas esses juros e essa atualização deixam de ser da parte vencedora na causa. O Judiciário passa a ter participação nos acessórios, criando-se, como disse, uma conta e uma subconta, ou seja, a quantia depositada é remunerada pelo estabelecimento bancário, mas essa remuneração não reverte à própria conta. Ela é, em parte, destinada ao Judiciário. O que tem o Judiciário, em termos de participação, com o que depositado, Presidente? Como

fica o sistema orçamentário, que é vinculativo? Que receita é essa, que decorre do patrimônio de cidadãos que estão em litígio, em Juízo?

Presidente, a começar pelo vício formal, procede o pedido formulado. Não fosse suficiente o mencionado vício, teríamos ainda, como disse, o conflito escancarado com o sistema orçamentário consagrado pela Carta da República. Não pode o Judiciário pegar uma carona na controvérsia que está em juízo para ter receita, considerado o depósito judicial, com transgressão ao sistema orçamentário, surgindo, portanto, uma receita à margem do que previsto constitucionalmente.

Não lerei novamente – porque devo tê-lo feito na assentada anterior – a cuidadosa manifestação do fiscal da lei, deixando estreme de dúvidas o conflito dessa norma, pouco importando a finalidade, o emprego desses recursos no que não são próprios. O objetivo não pode justificar o meio. Mas voltemos à tecla inicial: há o vício de forma. A disciplina da conta única não poderia surgir mediante projeto apresentado pelo Judiciário – e digo – em causa própria.

Mantenho o voto, Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, quando da sessão anterior, o Ministro **Sepúlveda Pertence**, embora não tenha adiantado voto e tenha expressamente destacado isso nos debates, assentou algumas considerações que gostaria, aqui, de lembrar. Disse Sua Excelência:

> Como provavelmente não participarei da decisão de mérito, pois o pleno tem seiscentos processos para julgar, só quero deixar como observação que, quanto ao problema do vício de iniciativa legislativa, realmente, o óbice me parece muito sério. O que não quero é me comprometer com os outros argumentos que me parecem inviabilizar um sistema de racionalização administrativa e de evitar que o "spread" seja absolutamente apropriado pelo sistema bancário.

Quanto à questão de fundo, Sua Excelência não via vício na matéria e expressamente disse:

> Pouco importa se isso provenha de um processo ou não, o certo é que o Estado é depositário de recursos alheios. Dispor sobre isso, parece-me ser matéria de finanças públicas, e não de processo. No processo, o que importa é que a quantia seja devolvida com a remuneração, essa, sim, prescrita em norma de caráter monetário do âmbito da União.

Então, com relação à questão de fundo, peço vênia ao eminente Ministro **Marco Aurélio** e ao Ministro **Ricardo Lewandowski** para acompanhar o eminente Ministro **Eros Grau** no voto divergente, com esses argumentos que colho do próprio voto do Ministro **Sepúlveda Pertence**.

A minha indagação fica para a questão do vício de iniciativa, e o voto de Vossa Excelência, Ministro **Eros Grau**, ao dissentir, justificou com fundamento no art. 96, inciso II.

O Sr. Ministro Eros Grau: Exato. E faço referência a um julgamento pelo Tribunal na ADI 3.458.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Esse precedente permite superar essa questão do vício de iniciativa.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu penso que sim. O que eu disse no meu voto-vista foi que o modo sob o qual o Poder Judiciário administra a sua atividade financeira é expressivo de atividade exercida no âmbito da sua plena autonomia.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E a possibilidade da sua organização.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas em que alínea do inciso II do art. 96 da Constituição Federal enquadraríamos a iniciativa para ter-se um diploma regendo o sistema de depósitos judiciais? Em que alínea? E a iniciativa contemplada reflete exceção. Os preceitos devem ser interpretados de forma estrita.

O inciso II prevê:

> Art. 96.
> II – (...)
> a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
> b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares [não se diz nada sobre depósito judicial] e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;
> c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
> d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

O que me estarrece é que se estipulou que, considerados os valores dos depósitos, os acessórios, parte deles apenas reverte à conta. Uma outra, mediante negociação – que entendo promíscua – do Judiciário com o estabelecimento bancário, será recolhido aos cofres do Judiciário? Estou estarrecido! Caso se placite essa lei, creio que a Constituição Federal não será mais rígida, será flexível e tudo será possível.

O Sr. Ministro Eros Grau: Tratava-se de uma lei goiana. Não quero polemizar, mas a lei corrige uma distorção. Porque essa diferença, o *spread*, deixa de ficar com os bancos e retorna à sociedade. Por essa razão eu estou votando nesse sentido, supondo nenhuma promiscuidade entre quem quer que seja.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu concluo, então, com os esclarecimentos feitos pelo eminente Ministro **Eros Grau**, pedindo vênia ao Ministro Relator e ao Ministro **Ricardo Lewandowski**, para acompanhar a divergência, dando parcial provimento, nos termos do voto dissidente trazido hoje pelo Ministro **Eros Grau**.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, começo por dizer que este é um problema gravíssimo mesmo; me parece um tema grave, e digo isso pela experiência que tive antes de aqui chegar, como procuradora de Estado.

Muitos dos Estados da Federação instam enormemente para que se tenham leis como essa, e o argumento é este: há uma carência de recursos e os secretários da Fazenda objetam que há determinados recursos pagos por jurisdicionados em litígio, que são depositados e os bancos usam mal, tal como dito pelo Ministro Eros Grau. Concordo até este ponto. É um escândalo mesmo, que valores depositados por pessoas que precisam estar em juízo fiquem lá, que seja o dinheiro mais barato para eles pagarem. E o que é pior: esta conta nos bancos não precisam de atração do cliente, porque é depositado por força de uma contingência de um sistema financeiro. Entretanto, dei parecer contrário, na época em que fui chamada para tanto, por alguns motivos hoje aqui postos. Aliás, os três Estados que me procuraram não cogitavam de projeto de lei de iniciativa do Judiciário. Até, no final, os recursos nem seriam para alguma obra ou necessidade do Poder Judiciário, mas, na verdade, seria do Executivo e, num primeiro momento, esses depósitos seriam feitos em bancos estaduais. Hoje, basicamente, é o Banco do Brasil que recebe esses depósitos.

De toda sorte, entendi que não era válida a proposta por alguns motivos. Até lamento não ter em mãos aquele estudo no parecer em que longamente examinei essa matéria quando essa medida começou a ser cogitada, no final da década de 90. Eu dizia que se ao juiz – e o Judiciário é composto basicamente pelo juiz e por seus servidores – a Constituição veda de maneira tão taxativa – é proibido e pode constituir crime –, no art. 95, parágrafo único, que sejam recebidas, a qualquer título, custas ou participação em processo, como vou considerar que o Judiciário, que é composto por juiz, possa – claro, não para si, mas para reverter para escolas de judiciários, seja para o que for e receber um recurso que sequer é do Estado?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A finalidade pode ser a melhor possível, não importa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Estou enfatizando, Senhor Presidente, que este é um problema que precisa ser enfrentado, porque há um vício no sistema e o jurisdicionado brasileiro está pagando caro por ele. A fórmula, no entanto, não me parece que possa ser essa, porque esse valor a mais que o banco ganha vai para essa conta, e isso não tem embasamento, pelo menos ético, sequer jurídico, não é nenhuma desapropriação, na verdade, é uma expropriação, é um quase confisco, porque estamos tirando aquilo que é obtido e entregando para que o Poder Judiciário, que tem as suas carências, possa usar. Primeiro: Perguntaram ao litigante? Perguntaram ao jurisdicionado? Segundo: O sistema comporta esse tipo de situação? Terceiro: O Estado pode criar este mecanismo de uso de um direito que não é seu? E aí vamos ter várias condições em vários Estados;

vi mesmo Municípios querendo fazer a mesma coisa, ou seja, quando ele fosse parte, poderia fazer isso.

Então, em que pese as observações do Ministro Eros Grau, concordo com o ponto de partida, este é um problema gravíssimo, porque há um dinheiro que o banco recebe sem nenhuma dificuldade, a pessoa não pode escolher ser ou não cliente dele, o dinheiro fica por um tempo que não depende deste cliente, porque é o jurisdicionado e o banco o utiliza para seu próprio enriquecimento.

E ainda há um outro problema que vi quando estudei a matéria: não se sabe em que momento, por exemplo, o Poder Judiciário vai determinar o levantamento e quanto se tem nessa conta, porque, na hora que se determina o levantamento, tem que ser de imediato. Ora, se o banco está emprestando e uma parte já reverteu para o próprio Judiciário, como ficam todos os que estão nesta verdadeira ciranda?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E a rubrica do aporte na escrituração do próprio Judiciário?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E aqui tem ainda a questão formal, a questão da iniciativa, a que mais me toca neste momento.

Então, peço vênia aos Ministros Eros Grau e Dias Toffoli para acompanhar o Ministro Relator e julgar a ação procedente neste caso. Mas, por tudo que vi e estudei naquele período, não quero deixar de registrar que este é um problema grave, que não tem solução ainda no Brasil, e, mesmo a superveniência de leis no plano nacional, como essa a que o Ministro Eros Grau fez expressa referência, me parece não resolver o problema. Esse é um problema que está lesando os jurisdicionados.

Portanto, acho que é um problema pendente; é preciso que o Estado brasileiro tenha atenção, porém acho que a solução encontrada não se compatibiliza com a Constituição, razão pela qual peço vênia para também julgar procedente a ação.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, confirmo o voto-vista que proferi na ADI 1.933, cuja relatoria era do Ministro Eros Grau.

Aqui, acompanho o Relator. Seja pelo vício formal de iniciativa da lei, seja pelo vício material, também concluo pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, estou examinando aqui, e estava resgatando o debate que nós travamos naquela ocasião.

Quando se discutiu, dizia o Ministro Pertence, tal como mencionado pelo Ministro Toffoli:

Pouco importa se isso provenha de um processo ou não, o certo é que o Estado é depositário de recursos alheios. Dispor sobre isso parece-me ser matéria de finanças públicas, e não de processo. No processo, o que importa é que a quantia seja devolvida com a remuneração, essa, sim, prescrita em norma de caráter monetário do âmbito da União.

E, aí, dizia:

Tenho dificuldades, no entanto, para opor meu argumento ao do eminente Relator, no problema da iniciativa.

Esses fundos judiciários que existem no País, com outras receitas, inclusive, creio que são todos estabelecidos num acordo de Poderes e por iniciativa do Poder Executivo.

Eu, então, dizia:

Essa é a preocupação que tentei externar porque, na regra geral, aquilo que se revela como a mais valia, aquilo que vai além daquele valor fica hoje para a rede bancária em geral.

E o Ministro Sepúlveda Pertence então contra-argumentava:

(...) o Judiciário não é um sócio da rede bancária, mas o depositante. E, aí, criando uma conta única, ele cria condições negociais de obter melhor remuneração.

O Ministro Marco Aurélio, então, contra-argumentava, na linha do que já reafirmou:

Para conta única e para vantagem própria dele, Judiciário?

Indagava então:

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Então, Vossa Excelência está contestando, aliás já o contestou.

(...)

Contestou todas as modalidades de fundos de aparelhamento judiciário existentes no País. Mas, nesse ponto, Vossa Excelência ficou vencido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Em outros casos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E, aí, dizia então o Ministro Sepúlveda Pertence:

Penso que a experiência comum mostra que, nesse ponto, a lei dá maior segurança e maior racionalidade administrativa à questão dos depósitos judiciais.

O Ministro Ayres Britto, participando do debate, dizia:

Era o que eu estava a dizer. Dos três objetivos explícitos da lei, o que me impressiona afirmativamente é exatamente este: garantir maior segurança à administração dos depósitos judiciais.

Há um objetivo que me suscitou dúvida, até mesmo uma impressão inicialmente negativa: propiciar o fortalecimento de recursos financeiros complementares

ao orçamento do Poder Judiciário. Mas, aí, o Ministro Gilmar Mendes faz uma ponderação: para propiciar esse fortalecimento de recursos financeiros.

O Ministro Sepúlveda Pertence então dizia:

> Não é à custa das partes.

Mas dizia também:

> Onde não encontro fórmula de vencer o óbice posto pelo Relator é quanto à iniciativa. Agora, não creio que o Tribunal deva tomar compromissos quanto à substância do sistema.

E, por fim, ele dizia:

> Como provavelmente não participarei da decisão de mérito, pois o pleno tem seiscentos processos para julgar, só quero deixar como observação que, quanto ao problema do vício de iniciativa legislativa, realmente, o óbice me parece muito sério. O que não quero é me comprometer com os outros argumentos que me parecem inviabilizar um sistema de racionalização administrativa e de evitar que o "spread" seja absolutamente apropriado pelo sistema bancário.

Tal como já destacou aqui no seu voto o Ministro Eros Grau.

E eu então dizia, naquele momento:

> Se bem me lembro, Ministro Sepúlveda Pertence, em matéria conexa com o aparelhamento do Poder Judiciário creio que Vossa Excelência, talvez, tenha aí a memória computadorizada, penso que expandimos um pouco o poder de iniciativa do Poder Judiciário naquelas matérias conexas.

Que era, portanto, a questão para tentar solver e enfrentar o tema da iniciativa.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Pois é. Por isso que não quero adiantar voto já que o Ministro Eros Grau pede vista.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas é um assunto para que nós possamos...

E, aí, o Ministro Ayres Britto dizia:

> Porque, se for matéria conexa, está superada a questão do vício de iniciativa.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu terminei pedindo vista desse processo para aprofundar uma reflexão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A ADI 2.855, não é?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E então eu dizia que, num dos casos, nós expandimos essa compreensão. Salvo engano, creio que foi até um processo da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se falou – é um tema pouco estudado na doutrina, esta situação da iniciativa que eventualmente pode ser compartilhada ou compartimentada – que nós podemos ter temas que guardem

essa conexão, embora todo o modelo de iniciativa pareça ser, a não ser naqueles casos de iniciativa explícita, como parece ser um modelo de iniciativa exclusiva, é possível que nós tenhamos, por fundamentos diversos, conexões de competência.

E, aí, então, o Ministro Sepúlveda Pertence encerrava dizendo:

> Sim. Creio que isso também deve ser pensado. Não estou adiantando voto, mas o que penso perigoso são certos comprometimentos coerentes, aliás, na linha do Relator, que nunca admitiu nenhum desses fundos judiciários, ainda quando de iniciativa do Poder Executivo.

Por isso vou fazendo as reservas; acho que esse é um tema que vamos continuar a discutir, mas, diante dessa possibilidade de termos aqui um compartilhamento de iniciativas, tendo em vista as imbricações e a solução racional que se vislumbra neste caso, vou pedir vênia, embora entenda as ressalvas trazidas pelo Ministro Marco Aurélio, para aderir à divergência esboçada a partir do voto do Ministro Eros Grau e, então, me manifestar nesse sentido.

Tenho muito medo, tal como aqui manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence, de que, se enveredarmos para o caminho do fundamento de índole material – a Ministra Cármen Lúcia também apontou um pouco essa preocupação –, nós inviabilizaremos soluções que estão sendo concebidas dentro de uma complexa engenharia institucional com o fim de dar uma destinação adequada a esses recursos. Portanto, se o Tribunal avança para declarar a inconstitucionalidade, que seja pelo menos com o fundamento do vício formal apenas, quer dizer, que seja apenas com o vício de iniciativa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Realmente, precisamos apreciar, em primeiro lugar, o vício formal. E, assentado, fica prejudicado o exame de conteúdo. O que se terá nos votos será a opinião de cada qual.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Claro. Mas digo só por conta das implicações que isso pode ter.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Compreendi a colocação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Então, pedindo vênia ao Ministro Marco Aurélio, acompanho o voto do eminente Ministro...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite um brevíssimo aparte? Pensando sobre esses debates todos que se processaram nesta tarde de hoje, imagino, inclusive me dirigindo ao eminente Presidente, talvez essa fosse uma matéria que pudesse ser regulada em linhas gerais pelo CNJ, sobretudo no que tange às questões do ponto de vista ético, para dar uma diretriz mais ampla.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, de dar uma disciplina, buscar uma solução.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Uma boa ideia de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Também acho uma boa ideia.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Porque assim saímos da questão...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Do caso a caso, porque a grande preocupação que os Colegas manifestaram aqui, de modo quase unânime, são as distorções que se praticam em cada caso concreto e essa disparidade entre os estados. Se o CNJ puder se debruçar sobre isso, poderia estabelecer uma certa uniformidade, pelo menos no que tange às linhas gerais.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Pelo menos, Presidente, o CNJ talvez tivesse uma facilidade que, nem no plano dos estados, as procuradorias têm, o CNJ poderia saber quanto se tem hoje no Brasil – porque isso é basicamente no Banco do Brasil – em depósitos judiciais, a quanto isso equivale, quais são esses rendimentos, para que o Brasil, pelo menos, soubesse o que está depositado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Evidentemente, não é uma afirmação exata, mas tenho notícias informais de que chega a aproximadamente cinquenta e cinco bilhões.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Agora, Ministro Lewandowski, há leis federais dispondo sobre essa matéria, teríamos que ver o modo pelo qual as leis federais dispõem sobre depósito judicial.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu tentei saber há dois anos, Presidente. Pedi em três ocasiões diferentes e nessas três ocasiões me vieram dados diferenciados, disparatados. Talvez, institucionalmente, eles possam, pelo menos, dar ciência disso.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência me permite, tendo a última palavra sobre harmonia, ou não, da lei com a Constituição Federal, não ficamos submetidos ao princípio da eventualidade – deveria essa nossa decisão ser cassada. Por isso é que não temos que abrir e apreciar a matéria.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu também peço vênia à divergência.

Vou acompanhar o eminente Relator, porque me parece, sem adentrar o aspecto da inconstitucionalidade material, que o Poder Judiciário aí tomou iniciativa em matéria legislativa que diz respeito à criação de fonte de receita própria dele, Judiciário, mediante o aproveitamento de remuneração de depósitos bancários de caráter privado. Daí é que, com o devido respeito, não se pode cogitar de finanças públicas, porque o objeto dos depósitos é, de regra, de propriedade privada. Eventualmente, pode até, nesses depósitos, estar incluída alguma pessoa de direito público, mas, basicamente, os credores, ou seja, os titulares desses depósitos, são particulares e, portanto, quando se disciplina tal matéria, de modo algum me parece seja possível sustentar que há aí atividade normativa

sobre finanças públicas. Há depósitos que pertencem a particulares, e com uma singularidade, no caso, de reverter para o Poder Judiciário parte daquilo que o Ministro Celso de Mello agora chamou de excedente e que, na verdade, é a remuneração do capital que está depositado.

Razão por que, com o devido respeito, também julgo procedente a ação.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.855/MT — Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Advogados: Maurício Gentil Monteiro e outro e Rafael Barbosa de Castilho). Requeridos: Governador do Estado de Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta, vencidos os Ministros Eros Grau, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que a julgavam parcialmente procedente. 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, e o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

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 a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 12 de maio de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 3.726 — CE

Relator: Ministro Presidente

Embargante: Estado do Ceará — Embargado: Alan Rocha Monteiro

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 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.

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 dos embargos de declaração. 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): **1**. Trata-se de embargos de declaração contra decisão proferida pelo Ministro **Gilmar Mendes**, de teor seguinte:

> *Decisão*: Trata-se de suspensão de segurança, ajuizada pelo Estado do Ceará, contra decisão concessiva de liminar proferida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado nos autos do Mandado de Segurança 2008.0023.8698-0/0.
>
> Conforme narrado na inicial, Alan Rocha Monteiro impetrou mandado de segurança perante o TJCE contra ato que o excluíra do concurso para Soldado da Polícia Militar da referida unidade da federação em virtude de reprovação na fase da investigação social.
>
> Da decisão que deferiu a liminar, cito o seguinte trecho (fls. 103-107):
>
> "E, na hipótese em tablado, a partir do cotejamento entre as razões vertidas no *writ* e a documentação que lhe instrui, vislumbro as razões relevantes hábeis à delineação ainda que superficial do requisito do *fumus boni iuris*.
>
> É que, numa cognição ainda que perfunctória da espécie, evidencio que a eliminação ora objurgada ocorreu de forma sigilosa, despida de motivação suficiente, sem a devida oportunização de defesa ao impetrante e a despeito da realização de procedimento administrativo lídimo.

> Por tais circunstâncias, denoto que a conclusão formulada pela Coordenadoria de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará, da qual o ato impugnado neste *mandamus hauriu* seu norteamento, concentra traços de arbitrariedade e subjetivismo, os quais assumem como incompatíveis com a atuação do Poder Público na espécie.
>
> Quanto ao segundo requisito, *periculum in mora*, tenho que o mesmo também restou demonstrado, sendo de se salientar, na espécie, a urgência a exigir pronta resposta do Judiciário, sobretudo em face do impetrante já ter encerrado o Curso de Formação de Soldados correspondente ao certame a que concorrera, inclusive com a inclusão do seu nome em folha de pagamento.
>
> Logo, demonstrados a relevância da fundamentação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, defiro a medida liminar no presente mandado de segurança, nos exatos termos requeridos."

O Estado do Ceará afirma que o impetrante foi excluído do concurso, na fase de investigação social, em virtude de não possuir reputação ilibada, infringindo o disposto nos arts. 1º e 6º, V e VII, da IN 03/02 – SSPDC, possuindo relacionamento público com pessoas de notório e desabonadores antecedentes criminais e frequentando locais incompatíveis com o decoro da função de segurança pública.

Alega, ademais, que a matéria debatida nos autos teria natureza constitucional, a versar sobre a interpretação dos arts. 2º, 5º, *caput*, e 37, II, da Constituição Federal, o que caracterizaria a competência do Supremo Tribunal Federal para o presente caso.

Argumenta, ainda, que a decisão impugnada causaria grave lesão à ordem e à segurança públicas. Refere que a conduta do impetrante é incompatível com as funções de policial militar. Nas palavras do requerente (fl. 12):

O requerido é candidato ao cargo de Soldado da Polícia Militar, o qual, tendo sido aprovado nas etapas do concurso, poderá, em persistindo a medida liminar porfiada, ser nomeado e empossado no citado cargo. Nesta condição, é inegável que possuirá conhecimento do funcionamento e das estratégias de ação da Corporação Militar, tendo a possibilidade, caso queira, de interferir negativamente, de forma grave, nos resultados da atuação policial no combate à criminalidade, de inúmeras maneiras possíveis, omissivas ou comissivas, inclusive já bastante conhecidas do público em geral, porquanto não raras as descobertas de policiais envolvidos com atuações ilícitas.

O setor de segurança pública, pela sua peculiaridade de lidar com pessoas e organizações de alta periculosidade, necessitando de uma atuação estratégica integrada, não permite a inserção, em seus quadros, de pessoas que tenham conduta suspeita ou duvidosa, sendo extremamente necessária a demonstração clara e constante do bom caráter do policial, sob pena de afetação da legitimidade de sua atuação, da qual despende de forma inequívoca a sociedade, mormente quando se conhece a dificuldade de pessoal nos quadros da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Destarte, para a coletividade, é muito mais gravosa a permanência, em atividade, de um policial suspeito, com base em indícios concretos de envolvimento com pessoas de índole duvidosa, do que a carência de servidores nos quadros da Corporação. Assim, mostra-se extremamente temerária, sob o enfoque da segurança pública, a nomeação e posse do candidato ao cargo de policial civil antes de exauridos os caminhos judiciais cabíveis para a definição sobre a legalidade de sua eliminação no concurso público, ou seja, mediante decisão liminar precária, sobretudo

quando considerada a presunção de legalidade dos atos administrativos, amparado que foi em regular processo administrativo.

Estaria presente, também, a possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador".

Ao final, o requerente pede a suspensão da decisão impugnada.

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis 4.348/1964, 8.437/1992, 9.494/1997 e art. 297 do RISTF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 497-AgR, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 6-4-2001; SS 2.187-AgR, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 21-10-2003; e SS 2.465, Rel. Nelson Jobim, *DJ* de 20-10-2004.

No presente caso, discute-se o direito do impetrante à continuar participando de concurso público, tendo em vista as regras do edital referentes à investigação social, e considerada, também, a possível lesão à ordem e à segurança públicas causada pela decisão impugnada. O cerne da controvérsia do mandado de segurança é a validade do processo de investigação social, que constitui uma das fases do concurso público realizado pelo Estado do Ceará.

Trata-se, portanto, de discussão de índole infraconstitucional, que não comporta análise no âmbito desta suspensão de segurança. A violação a princípios constitucionais neste ponto seria reflexa, pois demandaria a investigação prévia das regras do edital para examinar o procedimento de investigação da vida pregressa dos concorrentes.

Nesse sentido, inclusive, decidi ao analisar os pedidos de SS 3707/BA, *DJE* de 9-12-2008, e 3.548/BA, *DJ* de 1º-8-2008.

Ante o exposto, nego seguimento ao pedido (art. 21, § 1º, RISTF).

Após o trânsito em julgado, encaminhem-se os autos, com urgência, ao Superior Tribunal de Justiça.

(Fls. 142-148.)

A parte embargante pede seja reconsiderado o acórdão embargado, pelas razões expostas às fls. 165-169, com o consequente provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

É que, intimado o embargante em **4-2-2009** (data da publicação, fl. 154), **quarta-feira**, o prazo para oposição dos embargos de declaração começou a correr na quinta-feira, dia **5-2-2009**, e expirou em **9-2-2009**, **segunda-feira**. O recurso somente foi protocolado no dia **16-2-2009**, sem causa legal de suspensão nem interrupção do prazo. Veio, pois, a desoras.

Verifico, ainda, que o ato de intimação da decisão embargada foi publicada no *DJE* de 4-2-2009, com trânsito em julgado datado de 9-2-2009, (certidão de fl. 155), preenche os requisitos legais mínimos previstos no art. 236 do CPC.

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 vê à seguinte ementa:

> Agravo regimental no agravo regimental no agravo regimental na suspensão de segurança. Prazo recursal. Art. 188 do CPC. **Prazo em dobro. Impossibilidade**.
>
> 1. Lei 4.348/1964 e superveniência da Lei 8.437/1992. Conciliação de sistemas legais pertinentes à possibilidade de suspensão de medida liminar e de tutela antecipada. Desfazimento de aparente assimetria processual então existente entre as ações de mandado de segurança e os demais procedimentos de contracautela. Precedente do Tribunal Pleno.
>
> 2. Agravo regimental. Cabimento do recurso contra a decisão que defere ou indefere o pedido de suspensão de liminar ou de tutela antecipada, no prazo de cinco dias. Contagem em dobro do prazo para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. Inaplicabilidade do art. 188 do Código de Processo Civil à espécie, tendo em vista o disposto no art. 4º, § 3º, da Lei 8.437/1992. Agravo regimental não conhecido.
>
> (Grifei – **SS 2.198-AgR-AgR**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 2-4-2004. Nesse sentido: **SS 3.594**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, Plenário, *DJ* de 3-11-2011; e **STA 82-AgR-AgR**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, Plenário, *DJ* de 24-2-2011.)

Ainda que o citado precedente trate especificamente da hipótese de interposição do **agravo** previsto no **art. 4º, § 3º, da Lei 8.437/1992**[1], não vejo razão para a não extensão do entendimento aos embargos de declaração, ante a necessidade de se manter simetria no tratamento processual dos recursos admissíveis nos pedidos de suspensão.

2. Diante do exposto, não conheço dos embargos.

EXTRATO DA ATA

SS 3.726-ED/CE — Relator: Ministro Presidente. Embargante: Estado do Ceará (Advogado: PGE/CE – Carlos Otávio de Arruda Bezerra). Embargado: Alan Rocha Monteiro (Advogados: Izac Genuíno do Nascimento e outros).

---

[1] "Art. 4º Compete 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."

(...)

§3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição."

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), não conheceu dos embargos de declaração. 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.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.086 — DF

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Procurador-Geral da República — Requerido: Tribunal Superior Eleitoral

Ação direta de inconstitucionalidade. Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral 22.610/2007 e 22.733/2008. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária.

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária.

2. Síntese das violações constitucionais arguidas.

Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que, ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição).

Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo.

Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, *caput* e parágrafo único), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e parágrafo único, art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição.

Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do partido político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º, e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao partido.

Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III, da Constituição).

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604, reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo Ministro Relator.

4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.

5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.

6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral.

Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em superar a preliminar de conhecimento, vencido o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou pela inadmissibilidade da ação, entendendo não se tratar de ato normativo abstrato-autônomo do Tribunal Superior Eleitoral. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta e declarou a constitucionalidade da resolução impugnada, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio.

Brasília, 12 de novembro de 2008 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) (ADI 3.999) e pelo Procurador-Geral da República (ADI 4.086) contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral, que versam sobre **o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.**

O texto impugnado tem o seguinte teor:

Resolução n. 22.610
Relator: Ministro Cezar Peluso

O *Tribunal Superior Eleitoral*, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º O mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

Art. 3º Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º O mandatário que se desfiliou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único. Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único. Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10. Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que empposse, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11. São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República.

Art. 12. O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único. Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Marco Aurélio – Presidente. Cezar Peluso – Relator. Carlos Ayres Britto. José Delgado. Ari Pargendler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro.

Brasília, 25 de outubro de 2007.

Após assentar que esta Corte reconheceu que a infidelidade partidária, sem justa causa, acarreta a perda do cargo eletivo (MS 26.602 e MS 26.603), o requerente afirma que a forma e o conteúdo eleitos pelo Tribunal Superior Eleitoral para instrumentalizar a aplicação da fidelidade não se adequam à Constituição.

1) O art. 2º da Resolução, ao repartir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, violou reserva de lei complementar para definição das aptidões de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição);

2) O art. 1º da Resolução, ao disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo, usurpou competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição);

3) Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, *caput* e parágrafo único), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e parágrafo único, art. 8º), a Resolução também violou a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição.

4) O texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiram a resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao *terceiro interessado* para, ante a omissão do partido político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). A criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º, e 129, IX, da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao partido.

Ademais, ainda em relação ao suplente, diz o Procurador-Geral da República, textualmente, que:

> é certo que na resposta à Consulta n. 1398, Classe 5ª-DF que resultou na Resolução n. 22.526 do TSE, nenhuma linha se escreveu sobre a possibilidade de o suplente pleitear o cargo eletivo em caso de desfiliação partidária do seu titular, o que significa que tal possibilidade, agora aventada na Resolução n. 22.610, representaria flagrante e grave violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.
> (Fl. 8.)

5) O ato impugnado invadiu competência legislativa, desgastando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição).

Diante do exposto, pede-se a declaração de inconstitucionalidade do texto impugnado.

Em razão da relevância da matéria, adotei o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999. A i. Presidência da Corte aplicou o mesmo rito à ADI 3.999 (fl. 48).

O e. Tribunal Superior Eleitoral prestou informações, subscritas por seu eminente Presidente, Ministro Carlos Britto (fls. 51-58). Sua Excelência principia por reafirmar que o Supremo Tribunal Federal "reformou sua antiga jurisprudência para entender, agora, que a mudança injustificada de partido político gera a perda do mandato pelo 'trânsfuga' e sua consequente devolução ao partido pelo qual ele, trânsfuga, foi originalmente eleito" (fl. 53). Não haveria, portanto, a inovação normativa e a consequente intromissão no âmbito da matéria reservada ao Legislativo e ao Executivo antevista pelo requerente.

Aponta, em especial, que o próprio Supremo Tribunal Federal estabeleceu, nos precedentes mencionados, que competiria ao TSE "estabelecer em resolução todos os ritos necessários à disciplina do respectivo procedimento, respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa" (fl. 54). Não faria sentido concordar com a possibilidade da consequência (perda do mandato), sem que se previssem meios para atingi-la. As informações registram, a respeito, o seguinte trecho do voto do eminente Ministro Celso de Mello:

> Nada impedirá que o E. Tribunal Superior Eleitoral, à semelhança do que se registrou em precedente no caso de Mira Estrela/SP (RE 197.917/SP), formule e edite resolução destinada a regulamentar o procedimento (materialmente) administrativo de justificação em referência, instaurável perante órgão competente da própria Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar n. 64/1990.
>
> Observo que a fórmula da resolução ora sugerida, a ser eventualmente editada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, representou solução idealizada no julgamento do plenário do já mencionado RE 197.917/SP e foi considerada inteiramente constitucional por esta Suprema Corte, quando da apreciação da ADI 3.345/DF, de que fui Relator, em decisão que julgou improcedente referida ação direta.
>
> Entendo, Senhora Presidente, que, se esta for a compreensão do Supremo Tribunal Federal, assegurar-se-á, ao partido político e ao parlamentar que dele se desligar voluntariamente, a possibilidade de, em sede materialmente administrativa

> e perante a Justiça Eleitoral, justificar, com ampla dilação probatória – e com pleno respeito ao direito de defesa –, a ocorrência, ou não, das situações excepcionais a que se referiu o E. Tribunal Superior Eleitoral em sua resposta à Consulta n. 1.398/DF, para que se possa, então, se e quando for o caso, submeter ao Presidente da Casa legislativa o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais. (Fls 56-57.)

A Advocacia-Geral da União defendeu a estrita adequação da resolução à interpretação conferida por esta Corte por ocasião do julgamento do MS 26.603 (fls. 24-38).

O Procurador-Geral da República reitera os termos da inicial (fls. 40-48).

É o relatório.

Distribuam-se, oportunamente, cópias aos demais Ministros e Ministras da Corte.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Inicialmente, firmo a possibilidade de exame concentrado e abstrato do texto normativo impugnado. A Resolução 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral traz normas gerais e abstratas relativas ao processo de perda do cargo por infidelidade partidária. Dispõe, ainda, sobre o processo judicial de determinação da justa causa na desfiliação partidária, o que constitui indicativo de que o texto em questão possui densidade normativa própria e suficiente.

Passo ao exame do mérito.

Por ocasião do julgamento do MS 26.602, do MS 26.603 e do MS 26.604, externei minha preocupação quanto à subtração do eleitorado – o **povo –** do debate relativo ao direito que assistiria aos partidos políticos de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, na hipótese de se configurar a desobediência, por parte do mandatário eleito, ao princípio da fidelidade ao partido pelo qual se elegeu.

Não obstante a circunstância de os partidos políticos representarem instituição importantíssima, incontornável, das democracias modernas, é inequívoco que o *poder político* deriva do povo, que é seu titular absoluto. Sobrepor o partido político, como entidade de arregimentação exclusiva da vontade popular em matéria política, à intenção do eleitor, individualmente considerado, implica, a meu sentir, ruptura do sistema que toma como premissa a legitimidade e a soberania do eleitor. Entendo que as organizações partidárias não substituem o eleitor como centro de referência do sistema político.

Aliás, nesse sentido, relembro que estas foram minhas palavras por ocasião do julgamento dos *leading cases*:

> Aliás, Senhora Presidente, permita-me abrir aqui um parêntese, é que eu me pergunto se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade

> moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais.
>
> Tenho minhas dúvidas, e nesse sentido, lembro o papel crescentemente importante desempenhado nos dias atuais por organizações tais como as organizações não governamentais.
>
> Tive o privilégio de assistir, nos Estados Unidos da América, há cerca de sete ou oito anos, ao papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de impeachment de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de impeachment. O nome da organização era Move on.
>
> Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária.
>
> (...)
>
> Em realidade, ao fazer uma opção por essa Partidocracia, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos.

Noto, porém, Senhor Presidente, que a questão de fundo posta pelo Procurador-Geral da República refere-se ao alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral, exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral. Segundo entende o Procurador-Geral da República, o Tribunal Superior Eleitoral não poderia ter criado normas que atribuíssem competência e regulassem o processo relativo à perda do cargo eletivo.

O regramento posto pelo Tribunal Superior Eleitoral põe em jogo um novo tipo de questão. Como procurei expor durante o julgamento dos mandados de segurança já referenciados, a tensão gerada pelo risco de perda do mandato eleitoral pela insurgência ao princípio da fidelidade partidária afeta as expectativas do eleitorado com relação à representação política popular. Segundo entendeu o e. TSE e esta Corte, o sistema de eleições proporcionais justifica que a identidade formada entre o eleitor e o candidato fique em segundo plano, subordinada à presumida relação entre o eleitor e o partido político. A resolução de tal tensão também deveria se dar por meio dos instrumentos postos à positivação da representação popular, isto é, com a observância da regra da legalidade. A pergunta que se põe é se pode haver a perda do mandato sem o devido processo legal erigido com apoio na representação política popular.

Para desate da questão, é imprescindível revisitar a orientação firmada pela Corte por ocasião do julgamento do MS 26.602 (Rel. Min. Eros Grau), do MS 26.603 (Rel. Ministro Celso de Mello) e do MS 26.604 (Rel. Min. Cármen Lúcia).

Os três mandados de segurança foram impetrados por partidos políticos contra atos do Presidente da Câmara dos Deputados, consistente no indeferimento de requerimento por eles formulado no sentido de declarar a vacância do mandato de deputados federais que se desfiliaram dessas agremiações partidárias. As impetrações foram motivadas pelas conclusões a que chegara o TSE na Consulta 1.398/DF, em que ficou decidido que os partidos políticos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional,

quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito, do partido pelo qual se elegeu para outra legenda.

Nas sessões de 3 e 4-10-2007, a Corte, por maioria – vencidos os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa –, firmou duas orientações relevantes. Em primeiro lugar, fixou interpretação constitucional quanto à possibilidade da perda do cargo eletivo, na hipótese de a desfiliação partidária não estar amparada por justa causa. Em segundo lugar – e é o ponto relevante para esta discussão – remeteu ao TSE a regulamentação das fases do procedimento destinado a confirmar ou infirmar a presença de justa causa.

Em especial, novamente transcrevo trecho do voto do eminente Ministro Celso de Mello sobre o ponto:

> Nada impedirá que o e. Tribunal Superior Eleitoral, à semelhança do que se registrou em precedente firmado no caso de Mira Estrela/SP (RE 197.917/SP), formule e edite resolução destinada a regulamentar o procedimento (materialmente) administrativo de justificação em referência, instaurável perante o órgão competente da própria Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar 64/1990.

A Constituição de 1988 reserva à lei a aptidão para dispor sobre matéria eleitoral (art. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição). A questão não é meramente formal. Em virtude do princípio da representação popular, que é um dos pilares da nossa organização política, compete às Casas do Legislativo processar adequadamente as tensões advindas do processo político e criar normas destinadas a estabilizar a expectativa dos cidadãos também em matéria eleitoral. O sistema político pode realizar operações que nenhum outro sistema, entre eles o Judicial, está habilitado a efetuar, em razão dos procedimentos democráticos que o caracterizam. Falo especificamente da atividade de produzir normas. Afinal, já dizia Montesquieu, em passagem memorável, deve-se a todo custo evitar que um dos poderes faça uso das prerrogativas funcionais de outro poder, pois todas as vezes que isso acontece o resultado é a tirania. James Madison, por seu turno, na sua aguda compreensão dos mecanismos de controle entre os poderes, traduziu em frase lapidar toda a essência da demarcação que deve haver entre as esferas de atuação de cada órgão representativo das funções essenciais do Estado. Dizia Madison: "*Ambition must be made to counteract Ambition*".

A observância rigorosa a todos esses princípios é condição *sine qua non* da preservação da autoridade da Corte. Creio que nesse aspecto as lições do direito comparado podem nos ser muito úteis.

Com efeito, não me parece ocioso trazer à reflexão a célebre passagem atribuída a Alexander Hamilton, referindo-se ao Poder Judiciário, segundo a qual se trataria de "o Poder menos perigoso aos poderes políticos da Constituição, porque ele tem menor capacidade para perturbá-lo ou danificá-lo" (*The Federalist* 78), frase esta que foi imortalizada em obra jurídica célebre da lavra de Alexander

Bickel – "*The Least Dangerous Branch*". A observação de Hamilton ao povo do Estado de Nova Iorque foi complementada pelo juiz Felix Frankfurter no famoso caso *Baker v. Carr,* em que aquele magistrado afirmou: a "autoridade da Corte – desprovida da bolsa e da espada – sustenta-se em última análise na confiança do público em sua sanção moral. Tal sentimento deve ser acalentado pela completa separação da Corte, de fato e em aparência, de amarras políticas e por sua abstenção na briga de forças políticas em resoluções de índole também política"[1].

Com a atenção sempre voltada a esses princípios básicos de organização político-estatal, penso que as hipóteses que levam à perda do cargo eletivo e o procedimento respectivo são temas que devem ser tratados pelos órgãos de representação popular, com base em disposição expressa e inequívoca da Constituição. A infidelidade partidária implica instabilidade do sistema democrático em duas ordens diversas. Em primeiro lugar, como decidiu a Corte, o acesso do candidato ao cargo eletivo pressupõe a força do partido político, nas eleições proporcionais. Em contraponto, contudo, não me parece possível ignorar a relação estabelecida diretamente entre o eleito e o eleitorado. Relembro a frase do eminente Ministro Victor Nunes Leal, já citada por ocasião do julgamento do MS 26.602, de que "embora escolhido pelo critério partidário, [o deputado] representa o povo". Nos EUA, durante o julgamento do caso *Reynold v. Sims*, o juiz-presidente Warren bem anotou que os "legisladores representam pessoas, não árvores ou extensões de terra. Legisladores são eleitos por eleitores, não fazendas, cidades ou interesses econômicos"[2]. Em outra passagem, o juiz Potter Stewart diz que "legisladores não representam números sem rosto. Eles representam pessoas, ou, com maior precisão, a maioria de eleitores em seus distritos – pessoas com necessidades e interesses identificáveis[3]".

O sistema de eleição baseado na apuração proporcional pressupõe a identidade entre o interesse dos eleitores e a postura e o programa adotados pelo partido político. Essa presunção, contudo, não é absoluta na quadra histórica atual.

Não devemos confundir a vontade do partido político com a vontade do eleitor (povo), pois o primeiro não pode substituir o segundo na escolha **direta** de seus representantes.

Em princípio, o Judiciário está mal equipado para resolver a instabilidade originada da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Uma vez reconhecido que a Constituição vincula a fidelidade partidária ao exercício de cargo

---

[1] No original, *"The Court's authority – possessed of neither the purse nor the sword – ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction. Such feeling must be nourished by the Court's complete detachment, in fact and in appearance, from political entanglements and by abstention from injecting itself into the clash of political forces in political settlements".*

[2] *"Legislators represent people, not trees or acres. Legislators are elected by voters, not farms or cities or economic interests."* (*Reynolds v. Sims,* 377 U.S. 533 1964).

[3] *"But legislators do not represent faceless numbers. They represent people, or, more accurately, a majority of the voters in their districts – people with identifiable needs and interests which require legislative representation, and which can often be related to the geographical areas in which these people live."* (Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assembly of Colorado, 377 U.S. 713 1964).

eletivo no sistema proporcional – e tal definição se encontra no âmbito de atuação do Judiciário – surgem novas questões – que se submetem inicialmente ao escrutínio do Legislativo. Por exemplo, deve o suplente deter legitimação para questionar a observância à fidelidade partidária? A legitimação do terceiro não tem o potencial para fomentar conflitos orientados muito mais pelo interesse pessoal do que pelo legítimo interesse republicano de fazer valer a força da Constituição? Outra questão: não deveria haver um mecanismo para examinar a percepção do *eleitor* quanto à *fidelidade* do partido político pelo qual se elegeu o candidato tido por insurgente *às* diretrizes fixadas por ocasião do pleito? Se o *suplente* é legitimado para questionar a fidelidade, qual a razão para excluir o *eleitor?* Poderia a anuência do partido do qual parte o insurgente sanar o desequilíbrio causado pela infidelidade partidária, para afastar a pena de perda do cargo eletivo? Quais critérios devem pautar o reconhecimento da *justa causa*, de modo a afastar a *ilicitude* da *infidelidade partidária*? Os prazos para apresentação de defesa são adequados?

A questão que se coloca é como devem ser processadas essas tensões diante do temporário silêncio do Legislativo. Temporário, pois, como se sabe, o Congresso Nacional já conta com projetos de lei sobre fidelidade partidária (*e.g.*, o PLC 35/2007).

Entendo que, em princípio, o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente *políticas*. Somente em situações extremas e sempre quando autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária. É indispensável ter-se uma compreensão não meramente retórica acerca do sistema representativo, para se compreender a gravidade que representa a destituição de um parlamentar do mandato que lhe foi outorgado pelo povo, fora das hipóteses estritamente previstas na Constituição. A não observância desses princípios sensíveis de coexistência entre os poderes leva necessariamente ao enfraquecimento, em última análise, daquele que é tido como o menos perigoso entre os poderes. Como lembrou Aaron Barak, o sábio juiz-presidente da Corte Suprema de Israel, citando Balzac, "a falta de confiança no Judiciário é o término da sociedade[4]".

Feitas estas considerações, penso que neste ponto cumpre trazer à baila um outro princípio que, a meu sentir, deve sempre guiar a conduta dos membros de Cortes Supremas e de Cortes Constitucionais. Refiro-me ao princípio da colegialidade e ao seu mais importante derivativo – o princípio da disciplina colegial. Aaron Barak, em página memorável, chama a atenção não apenas para a necessidade de o juiz supremo ter sempre presente as limitações institucionais próprias

[4] BARAK, Aharon. The Role of a Judge in Democracy. *Judicature*, v. 88, n. 5, mar./abr. de 2005, p. 199-201.

ao Poder Judiciário, mas também as limitações que o princípio da colegialidade impõe ao membro de uma determinada corte suprema[5].

Pois bem. Ao reconhecer aos partidos políticos o direito de postular o respeito ao princípio da fidelidade partidária perante o Judiciário, decisão na qual, é importante relembrar, eu fiquei vencido, esta Corte, interpretando a Constituição, não lhes negou um meio processual para assegurar concretamente as consequências advindas de eventual desrespeito ao princípio então reconhecido. É nesse sentido que leio as palavras lançadas pelo Ministro Celso de Mello, de que compete ao TSE dispor sobre a matéria durante o silêncio – eloquente, talvez – do Legislativo.

Vale dizer, de pouco adiantaria a Corte reconhecer um dever – *fidelidade partidária* – e não reconhecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo. A inexistência do mecanismo leva a quadro de exceção, que se crê ser temporário.

É nesse quadro excepcional, de carência de meio para garantia de um direito constitucional, marcado pela transitoriedade, que interpreto a adequação da resolução impugnada ao art. 21, IX, do Código Eleitoral, este interpretado conforme a Constituição. O poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral se submete, por óbvio, à Constituição. Por seu turno, o texto constitucional comete ao Legislativo o poder-dever de exercer a representação política que lhe foi outorgada e dispor sobre matéria eleitoral, nela consideradas o alcance e o processo que leva à caracterização da infidelidade partidária. E, neste ponto, ressalvadas as salvaguardas constitucionais, o Legislativo é soberano. A demarcação do âmbito de atividade do Legislativo, contudo, deve ser sensível às situações extraordinárias, marcadas pela necessidade de proteção de um direito que emana da própria Constituição. A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da **extraordinária** circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a **ausência expressa** de mecanismo destinado a assegurá-lo.

Ante o exposto, tendo presente o quadro de transitoriedade a que fiz alusão e ressalvando o meu ponto de vista pessoal, já externado por ocasião do julgamento dos mandados de segurança mencionados, conheço desta ação direta de inconstitucionalidade, mas a julgo improcedente, considerando, pois, válidas as resoluções adotadas pelo TSE até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria.

É como voto.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para consignar o convencimento sobre a matéria. Ele parte justamente da interligação de admitir-se que se está diante de um ato normativo abstrato autônomo e, posteriormente,

---

[5] BARAK, Aharon. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy – 116. *Harvard Law Review* 16 – 2002.

chegar-se à improcedência do pedido formulado. Pelo que me consta, até aqui não cabe ao Tribunal Superior Eleitoral legislar sobre processo ou sobre direito substancial eleitoral. Por isso entendo que o ato não desafia o controle concentrado de constitucionalidade. Não é um ato normativo abstrato autônomo.

Como? Presidente?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Estou pensando aqui na jurisprudência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pensei que Vossa Excelência quisesse apartear-me.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência está dizendo que não?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É o convencimento, e me mostro, inclusive nesta fala, coerente com o que tenho sustentado no Plenário, relativamente às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. Lembraria apenas o questionamento quanto ao número de cadeiras nas câmaras municipais. Adotei a mesma óptica e, por coerência, peço que Vossa Excelência consigne o meu voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não só isso, como vou ouvir o Plenário sobre a questão que Vossa Excelência citou. O eminente Relator, na verdade, já conhecia da ação e, portanto, passava a examinar o mérito.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu conheço.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Na verdade, o eminente Relator, ao conhecer desta ação direta, aplicou o precedente, fundado no julgamento da **ADI** 3.345/DF, de que eu próprio fui Relator, no qual também se questionou determinada resolução emanada do E. Tribunal Superior Eleitoral.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Foi o caso dos vereadores.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Precisamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello, agradeço o registro da minha coerência.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Também naquele precedente, Vossa Excelência entendeu incognoscível a ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É porque não posso assentar que houve realmente a normatização no campo do processo e do direito eleitoral substancial e, desconhecendo a competência do Congresso Nacional, vir, na fase subsequente de julgamento do tema de fundo, do pedido, concluir pela constitucionalidade da atuação do Tribunal Superior Eleitoral.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tenho a impressão de que temos avançado bastante, acho que no conjunto da obra em relação à primazia, à eminência, do direito do controle concentrado sobre o modelo difuso ou incidental e, por isso, temos avançado na cognoscibilidade também de questões que antes não eram admissíveis em sede de ação direta de inconstitucionalidade. De

modo que, a meu ver, este é mais um passo. Nem é um passo novo, na verdade é a consolidação do entendimento.

Posso entender então que o Tribunal superou esta preliminar. Portanto, o eminente Relator poderá prosseguir, vencido neste ponto o Ministro Marco Aurélio, que, tal como na ADI 3.345, anterior, se manifesta no sentido da inadmissibilidade da ação, entendendo que não há, na verdade, autonomia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não se faz em jogo, em termos de pedido, um ato normativo abstrato autônomo do Tribunal Superior Eleitoral. Ele teria, simplesmente, reproduzido, na Resolução, o que já se contém nas leis aprovadas pelo Congresso Nacional.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, em primeiro lugar, eu gostaria de assinalar a excepcional qualidade do memorial que foi distribuído pelo eminente Advogado-Geral da União, que nos brindou também com uma belíssima sustentação, como de hábito Sua Excelência faz, da tribuna desta Suprema Corte.

O eminente Relator pôs a matéria, pelo menos na minha compreensão, com absoluta fidelidade ao que foi decidido pela Corte. Eu me lembro de que, na ocasião do julgamento originário, explicitamente manifestei a minha concordância com o voto do eminente Ministro **Celso de Mello**, inclusive na perspectiva procedimental que Sua Excelência anota com relação à competência do Tribunal Superior Eleitoral. E mais do que isso, Sua Excelência teve a cautela de, logo na ementa do julgado desta Suprema Corte, destacar esta competência normativa considerando a consequência necessária ao julgado que nós acabávamos de proferir.

E o eminente Ministro **Joaquim Barbosa** hoje, ressalvando a sua posição pessoal, mas explicitando a sua fidelidade ao julgado da Suprema Corte, fez questão de assinalar que, realmente, se não houvesse essa competência normativa, o julgamento proferido pela Suprema Corte, no que diz com a fidelidade partidária, seria absolutamente inócuo porque não haveria como dar consequência ao procedimento para o cumprimento da decisão em torno da fidelidade partidária.

Por outro lado, igualmente, como disse o eminente Relator, e o eminente Ministro **Celso de Mello** já na outra ocasião havia destacado com muita claridade, isso subsiste até que o Congresso Nacional queira exercer a sua competência legislativa de modo a regular inteiramente a matéria, em obediência ao trato que o Supremo Tribunal Federal deu no que concerne ao princípio da fidelidade partidária, este insuscetível, sim, de qualquer outra modificação.

Com essas razões, e cumprimentando o eminente Ministro **Joaquim Barbosa** pelo belíssimo voto que acaba de pronunciar, eu acompanho Sua Excelência e julgo também improcedente a ação de inconstitucionalidade.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, tive a honra de ser a Relatora de um dos mandados de segurança, o MS 26.604, no qual, a meu ver, houve absoluta compatibilidade com os fundamentos apresentados pelos Ministros Celso de Mello e Eros Grau e, portanto, dentro exatamente do brilhantíssimo voto agora proferido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, tem-se que a efetividade no caso do julgamento, em última análise, é a efetividade jurídica da própria Constituição, porque ela não teria eficácia alguma se disséssemos que o princípio haveria de ser aplicado e obedecido e esse reconhecimento pudesse não ser adotado a partir de um procedimento que o próprio Ministro Celso de Mello muito bem enfatizou, seria da competência do Tribunal Superior Eleitoral, se não se expedisse aquela resolução.

Também enfatizo, como o Ministro Menezes Direito, o rigor, a disciplina inclusive colegial e a ética primorosa posta pelo Ministro Joaquim Barbosa, que declina das suas razões e do seu convencimento, porém acata daquilo que foi posto nos julgados proferidos.

Portanto, com essas observações, também o acompanho quanto às duas ações, já que ambas são julgadas da mesma forma, porque julgadas em conjunto.

É como voto, Senhor Presidente, acompanhando o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, cumpre-me, inicialmente, fazer uma breve explanação, de caráter público, relativamente à posição que assumi na matéria quando do julgamento dos mandados de segurança pelo Supremo Tribunal Federal, que definiu que a fidelidade partidária decorria diretamente do arcabouço republicano da Constituição.

Naquela ocasião, Senhor Presidente, eminentes Pares, eu dissenti na honrosa companhia de outros Colegas, não no tocante à matéria de fundo, mas quanto ao instrumento utilizado.

Entendi, naquele momento, que o mandado de segurança não seria apropriado para lograr o desiderato dos partidos políticos que o ajuizaram porque não vislumbrei o direito líquido e certo que permite o manejo de tal instrumento processual.

Tanto é assim, Senhor Presidente, que naquela oportunidade assentei em trecho de meu voto o seguinte:

> (...) para que a representação popular tenha um mínimo de autenticidade, ou seja, para que reflita um ideário comum aos eleitores e candidatos, de tal modo que entre eles se estabeleça um liame em torno de valores que transcendam os aspectos meramente contingentes do cotidiano da política, é preciso que os mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos.

Na ocasião, Senhor Presidente, eu trouxe à colação um significativo trecho, uma significativa passagem de uma obra do eminente Professor Goffredo Telles Júnior que dizia o seguinte:

> Sem fidelidade dos parlamentares aos ideários de interesse coletivo definidos nos respectivos programas registrados, os partidos se reduzem a estratagemas indignos, a serviço de egoísmos disfarçados; e os políticos se desmoralizam.

Diz o eminente Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

De qualquer maneira, Senhor Presidente, essa matéria, como observou o digno Advogado-Geral da União, da tribuna, encontra-se superada em face da decisão do Plenário desta Corte.

Naqueles julgamentos, recordo, esta Corte inclusive sugeriu ao Tribunal Superior Eleitoral que regulamentasse a matéria no âmbito de sua competência, à semelhança do precedente firmado no RE 197.917, o conhecido e famoso caso "Mira Estrela", que cuidava do número de vereadores. Mas mesmo que tal recomendação não tivesse sido expressamente veiculada por esta Suprema Corte, ainda assim entendo que o TSE seria obrigado a dar concreção à decisão do Supremo Tribunal prolatada em sede de interpretação constitucional justamente em razão da eficácia irradiante desse tipo de decisão para todo o sistema jurisdicional.

Ao editar as Resoluções 22.610 e 22.733, portanto, entendo que o TSE nada mais fez, como assinalei, do que dar concreção ao decidido pela Corte Constitucional, exercendo a competência regulamentar que lhe confere o art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral; estabelecendo, inclusive de modo muito salutar, a meu ver, o devido processo legal para a perda dos mandatos.

Por essas singelas razões e apoiando-me, sobretudo, nos argumentos do eminente Relator, julgo improcedentes ambas as ações diretas de inconstitucionalidade, e o faço também nos exatos termos propostos pelo Ministro Joaquim Barbosa, ou seja, até que o Congresso Nacional, que representa a soberania popular, não regulamente a matéria de forma diversa.

É como voto, Senhor Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Presidente, tenho longo voto reproduzindo voto anterior meu no Tribunal Superior Eleitoral, onde fiquei vencido.

Não vou cansar a Corte. Para mim, essa resolução é multiplamente inconstitucional: o art. 1º afronta os arts. 22, I e XLVIII, da Constituição; o art. 2º dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os arts. 3º ao 9º e 11 inovam em Direito Processual e o § 2º do art. 1º inova atribuições do Ministério Público.

De modo que me perdoem, mas acho que isso é um abuso de inconstitucionalidade.

Vou pedir para registrar o meu voto para o futuro. Eis o seu teor:

1. A Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007, foi baixada pelo TSE no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral:

"Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior (...)

XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral."

Observe-se ademais que o inciso IX desse mesmo art. 23 confere ao TSE a função de "expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código".

2. Providências referidas no inciso XVIII e instruções mencionadas no inciso IX do art. 23 do Código Eleitoral respeitam à execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral. Vale dizer: as instruções e providências normativas de que se trata são análogas aos decretos e regulamentos baixados pelo Presidente da República para a fiel execução das leis, os chamados *regulamentos de execução* (art. 84, IV, da Constituição). Tal como as instruções que podem baixar os Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, II, da Constituição), não podem inovar o ordenamento jurídico. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E aqui – seja nos incisos XVII e IX do Código Eleitoral, seja no inciso IV do art. 84 e no inciso II do art. 87 da Constituição – não há autorização ao TSE, ao Presidente da República e aos ministros de Estado, senão para disporem sobre a execução das leis, *secundum legem*. Jamais para disporem *contra* ou *praeter legem*.

3. Para ser breve, incisivamente breve, indago se o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na e pela Resolução 22.610/2007.

Ora, como já se disse em voto proferido do Supremo Tribunal Federal[6], "o Estado-legislador é detentor de duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico [sic], sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas à própria fundação desse Ordenamento [sic]. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o Ordenamento [sic] com imediatidade".

4. Daí a indagação, essencial ao deslinde da questão de que ora cogitamos: o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na sua Resolução 22.610/2007?

Não, evidentemente. O Código Eleitoral autoriza o Tribunal Superior Eleitoral apenas, unicamente, exclusivamente a dispor sobre a sua execução [dele, Código Eleitoral] e da legislação eleitoral, sem força suficiente para inovar o ordenamento.

Produzi alguns textos acadêmicos sobre os temas das funções estatais – a *função normativa*, a *função administrativa* e a *função jurisdicional* – e da *legalidade*[7]. *Embora entenda coexistirem, no direito positivo brasileiro, regulamentos de*

---

[6] ADC 12-MC, Rel. Min. Carlos Britto.

[7] *O direito posto e o direito pressuposto*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 225 et seq.

execução, *regulamentos autônomos* e *regulamentos autorizados* – bem assim que a Constituição contempla o *princípio da legalidade* em sentido amplo e em sentido estrito – jamais me ocorreria assumir qualquer gesto ou interpretação que conduzisse a transgressão da *legalidade*. Sempre estive e tenho estado cioso da sua importância [importância da legalidade] e da importância da interdependência e harmonia entre os poderes, embora compreenda bem a observação de Hegel[8], para quem

> "[o] princípio da divisão dos poderes contém, com efeito, o momento essencial da diferença, da racionalidade real. Ora, o entendimento abstrato apreende-o de um modo que implica, por um lado, a determinação errônea da autonomia absoluta dos poderes uns com relação aos outros, e, por outro lado, um procedimento unilateral que consiste em tomar seu relacionamento mútuo como algo negativo, como uma restrição recíproca. Esse modo de ver encerra uma hostilidade, um temor, de cada qual em face do outro; cada um aparece como um mal para o outro e o determina a opor-se a ele, o que certamente leva a um equilíbrio geral de contrapesos, mas de modo algum a uma unidade viva;" "(...) saibamos que nem sempre aquilo que espontaneamente vem à mente, ou aquilo que mais impressiona, é o essencial. É assim, é verdade, que devem ser distinguidos os poderes do Estado, mas cada um deles deve constituir um todo nele próprio, e conter nele os outros momentos. Quando se fala da diversidade de eficácia dos poderes, de sua ação e de sua eficiência, é necessário evitar incorrer no enorme erro de considerar as coisas como se cada poder estivesse supostamente lá abstratamente, por ele próprio, quando os diferentes poderes supostamente se diferenciam apenas enquanto momentos do conceito."

Nunca fiz praça da "separação" dos poderes – até porque sei que o indivisível não se pode separar – mas sempre reagi vigorosamente, qual agora o faço, contra qualquer ensaio de superposição de momentos, o normativo e o jurisdicional, de sorte a permitir-se a reprodução da situação que inspirava temor a Montesquieu, qual se lê no capítulo VI do Livro IX d'*O espírito das leis*:

> "Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos."

5. O Tribunal Superior Eleitoral não está autorizado, nem pela Constituição, nem por lei nenhuma, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Estivesse autorizado por alguma lei a dispor sobre matéria excluída da reserva da lei, então poderíamos argumentar a partir da afirmação de que estaria a produzir texto normativo análogo aos *regulamentos autorizados* – o que a doutrina, enganosamente, chama de *regulamentos delegados*, ignara de que o Poder Legislativo detém o monopólio apenas do exercício da função legislativa, não de toda a função normativa.

O fato, de toda sorte, é que o TSE não foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral. E nem poderia essa faculdade a ele

---

[8] *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'Etat en abrégé, seconde édition, Librairie Philosophique J. Vrin,* Paris, 1.993, par. 272, observação, p. 282 e par. 272, adendo, p. 280.

ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição. Estamos aqui para assegurar a prevalência da Constituição, de modo que me causa espanto e medo o sentimento que de quando em quando não há de ser assim. Pode, é certo, o Tribunal Superior Eleitoral, exercer função normativa, mas exclusivamente tendo em vista, e nesses limites, a execução das leis.

6. Ainda que assim não fosse – admitido tão somente para fins de argumentação que tivesse sido ele contemplado com o poder de inovar o ordenamento jurídico, impondo obrigação de fazer ou de não fazer – ainda assim não poderia ter disposto sobre as matérias que disciplinou na Resolução 22.610/2007.

7. Essa resolução é multiplamente inconstitucional. No seu todo, porque não incumbe ao TSE dispor normas senão tendo em vista a execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, que nada dispuseram no que tange a perda de cargo eletivo em razão de infidelidade partidária. A inconstitucionalidade da Resolução 22.610/2007 é, neste ponto, retumbante.

Mas não é só, visto que ela avança sobre áreas normativas expressamente atribuídas, pela Constituição, à lei. Áreas da chamada *reserva da lei*.

8. O art. 1º dispõe sobre perda de cargo eletivo, no caso de desfiliação partidária, admitindo-a quando houver "justa causa"[9]. Matéria inquestionavelmente de lei (arts. 22, I, e 48 da CB). Ninguém perderá mandato eletivo, direi, senão em virtude de lei; é assim que leio a Constituição, ainda que me venham a chamar de positivista.

9. O art. 2º[10] distribui competências entre o próprio TSE e Tribunais Regionais Eleitorais, matéria que o art. 121 da Constituição reserva a lei complementar.

10. Os arts. 3º ao 9º e 11 consubstanciam inovação em direito processual, matéria em relação à qual não nem mesmo se admite medida provisória. Nem mesmo medida provisória, repito.

11. E o § 2º do art. 1º inova as atribuições do Ministério Público, matéria reservada pelo § 5º do art. 128 da Constituição do Brasil a lei complementar federal e, no plano dos Estados-membros, a leis complementares estaduais. Trata-se mesmo de uma coisa nunca vista: a Resolução 22.610/2007, do TSE, é incessantemente inconstitucional; há um excesso, um abuso de inconstitucionalidade nela. Não podemos servir a dois senhores. Quanto a mim, presto acatamento à Constituição. Desejo somente estar tranquilo, no futuro, do meu passado nesta Corte.

12. Peço vênia aos meus pares para repetir: instruções, resoluções – não importa qual seja o instrumento a veicular o exercício de função normativa pelo TSE – umas e outras são inábeis, insuficientes para dispor de modo adverso à legalidade.

É verdade que os tribunais exercem *função regimental*, nos termos do que dispõe o art. 96 da Constituição do Brasil. *Função regimental*, parcela da *função normativa* cuja titularidade pertence ao Judiciário – tal e qual suas duas outras parcelas, a *função legislativa* e a *função regulamentar* são do domínio, respectivamente, do Legislativo e do Executivo. Nessa *função regimental* não se inclui, contudo, qualquer imposição de obrigação de fazer ou não fazer que vá além do quanto respeite ao domínio *interna corporis* dos tribunais.

---

[9] "O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa."

[10] "O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo Estado."

13. A Resolução 22.610/2007 é – afirmo-o sem constrangimento, mesmo porque o compromisso que tenho a honrar é com a Constituição; a cada um a sua coerência – a Resolução 22.610/2007, dizia, é múltipla e francamente inconstitucional.

Julgo procedente a ação direta.

Peço vênia para divergir, respeito os argumentos que foram trazidos, mas estou inteiramente convencido dessa múltipla inconstitucionalidade.

Julgo procedentes ambas as ações diretas.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também principio por elogiar o voto do Ministro Joaquim Barbosa, um voto denso, erudito e de conclusão consistente com a ressalva do ponto de vista pessoal de Sua Excelência.

Entendo que para se equacionar juridicamente o julgamento destas duas ações diretas de inconstitucionalidade é preciso uma visão de conjunto que bem coloque a posição singularíssima, ímpar da Justiça Eleitoral, no âmbito de valores que a Constituição imbrica necessariamente.

Eu falaria de alguns vínculos – procurarei ser breve – elementares e essenciais que a Constituição estabelece afunilando para o papel eminentíssimo da Justiça Eleitoral Brasileira.

O primeiro vínculo que me ocorre lembrar é entre eleição popular e democracia. Não há como – estou falando sobretudo de democracia representativa – separar as coisas. A eleição popular e a democracia são como o olho e a pálpebra, unha e carne. Acho que não é exagero dizer metaforicamente que a eleição popular é a chave de ignição da democracia representativa, porque não é possível formar os quadros dirigentes do País – no âmbito parlamentar e no âmbito das chefias executivas, de ponta a ponta da Federação –, não é possível formar esses quadros políticos, que são de representação popular, senão mediante eleição popular. Uma coisa puxa a outra. A eleição é realmente esse canto maior, essa celebração da democracia representativa porque possibilita aos eleitores produzir os quadros dirigentes do País quanto aos poderes eminentemente políticos da República Federativa: o Legislativo e o Executivo. Este no plano das chefias, das chamadas chefias executivas.

O segundo vínculo, também rapidamente, é o que se instaura entre eleitores, candidatos e partidos políticos. A Constituição deixa clarissimamente posto, a partir do seu parágrafo único do art. 1º, que a nossa democracia é eminentemente representativa quando diz:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (...)

Eleitos pelo povo em eleição geral. É assim que diz a Constituição.

Acontece que essa mesma Constituição, já no art. 17, faz do partido político, desse aparelho chamado "partido político", dessa personificação coletiva chamada "partido político" o vínculo, a ponte entre os eleitos e os eleitores.

A nossa democracia é partidária, não há como fugir dessa enfática, decisiva, proclamação constitucional. A nossa democracia é partidária, daí se falar de partidocracia no sentido afirmativo, não pejorativo.

Não há como os eleitores chegarem aos eleitos senão pela via, pela estrada, pela ponte dos partidos políticos. É um vínculo tricotômico absolutamente necessário: eleitores, candidatos, partidos políticos. Sucede que partidos políticos, eleitores e candidatos se enlaçam num processo eleitoral por ocasião de uma determinada eleição, aí é que entra a Justiça Eleitoral.

A Justiça Eleitoral brasileira tem essa peculiaridade de planejar cada eleição popular a cada dois anos. Planeja, mas não só planeja; de modo insubstituível instrui e, para instruir, tem de baixar resoluções com densidade normativa. Ainda há pouco a Ministra Ellen Gracie dizia "e caráter geral", com generalidade. Tem de instruir cada eleição, tem que realizar, materiar, concretizar no dia certo, pré-estabelecido pela Constituição, operacionalizar a eleição, torná-la um corpo vivo, algo *in concreto.*

Depois a Justiça Eleitoral brasileira apura, mediante urnas eletrônicas, coleta o voto e apura o voto assim colhido em urna eletrônica. Totaliza os votos eletronicamente concedidos, divulga o resultado, proclama os eleitos, vai além, diploma os eleitos e, depois, se aparelha para julgar todas as contendas, já no plano jurisdicional propriamente dito, daí resultante.

Então, é uma Justiça Eleitoral que não pode deixar de ter o poder regulamentar. Certas realidades jurídicas são inelutavelmente impositivas. Eu me lembro – todos nós nos lembramos – de estudos de Teoria Geral do Direito em que se dizia o seguinte: é impossível um ordenamento jurídico não consagrar o monopólio da força física pelo Estado. Não é uma opção normativa, é uma compulsão. O Estado – em uma sociedade civilizada, ele que postula uma idealizada convivência humana – tem de ser o monopolizador da força física. É como a regra – isso a partir de Kelsen – segundo a qual o que não estiver proibido juridicamente está juridicamente permitido, que a nossa Constituição consagra no inciso II do art. 5º:

> Art. 5º
> (...)
> II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

O que significa isso? O que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido. A Constituição poderia optar por outra fórmula? Impossível optar por outra fórmula.

Então, essas realidades compulsivas ou inelutáveis ou que não podem deixar de ser situam-se na esfera do inato, do primaz. Não há como subtrair da

Justiça Eleitoral brasileira o poder regulamentar. Não há como. Daí por que a lei diz o seguinte – começo com o artigo 23 do Código Eleitoral:

> Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,

Inciso IX, lembrou o Ministro Toffoli, quando assumiu a tribuna:

> IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

Expedir as instruções vale dizer, baixando resoluções, que julgar convenientes à execução deste Código. E o inciso de número XVIII, também enfaticamente citado pelo Ministro Toffoli:

> XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

E vem o art. 105, já de outra lei, a Lei 9.504, que se intitula Lei das Eleições. E o que diz o art. 105?

> Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.

Pois bem, a expedição de ambas as resoluções se fez para cumprir determinação do Supremo Tribunal Federal, em fina sintonia com decisões do Supremo Tribunal Federal em dois mandados de segurança e, no particular, ambas as resoluções louvaram-se em passagens do voto proferido por esse luminar do Direito que é o Ministro Celso de Mello; esse erudito componente da Suprema Corte brasileira que, sem dúvida, se inscreve na lista, no rol, dos melhores, dos maiores Ministros que passaram por esta Casa em todos os tempos.

Disse o Ministro Celso de Mello, lapidarmente:

> **O direito vindicado** pelos partidos políticos **afetados** por atos de infidelidade partidária **não** nasce **nem** surge da resposta que o TSE deu à Consulta que lhe foi submetida, **mas representa emanação direta** do próprio texto da Constituição, **que a esse mesmo direito confere** realidade **e dá** suporte legitimador, **especialmente** em face dos fundamentos **e** dos princípios estruturantes em que se apoia o Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, a cidadania **e** o pluralismo político.

E sobre a infidelidade partidária, sabido que a voz das urnas é de ecoar imperativamente por um período de quatro anos e não é dado a nenhum eleito, arbitrariamente, podar esse tempo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ou oito no Senado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ou no Senado Federal oito anos. Bem lembrado, Ministro Marco Aurélio. O fato é que o partido, ponte necessária entre o eleito e o candidato, é quem filia o candidato como condição de elegibilidade; aprova o nome do candidato em convenção – até então é um pré-candidato;

inscreve o candidato; registra-o na Justiça Eleitoral (ou o partido ou a coligação); cede ao candidato o seu espaço gratuito de rádio e televisão; financia a campanha do candidato com recursos do fundo partidário e outros recursos; empresta ao candidato o seu aval ideológico, o seu aval ético durante a campanha, porque a ideologia do candidato se conhece pela ideologia do partido. E, depois, o candidato põe o diploma debaixo do braço e arbitrariamente dá as costas ao partido sob cuja bandeira, sob cuja legenda se elegeu?

Aí disse o Ministro Celso de Mello:

> O ato de infidelidade, seja o Partido Político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, representa um inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem mesmo motivadas por razões justas, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem – desfalcando-as da representatividade por elas conquistadas nas urnas –, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças do Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular, e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política.

Vale dizer, o esquadro ideológico que ressai de cada eleição, de repente é alterado pela vontade arbitrária dos eleitos e a correlação de forças entre situação e oposição se altera arbitrariamente. Contra isso, manifestou-se o Ministro Celso de Mello.

Mas, no que nos interessa mais de perto, disse o Ministro:

> Nada impedirá que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **à semelhança** do que se registrou **em precedente** firmado no caso Mira Estrela/SP (RE 197.917-SP) **formule e edite** resolução **destinada** a regulamentar **o procedimento** (materialmente) **administrativo** de **justificação** em referência, **instaurável** perante órgão competente da própria Justiça Eleitoral, **em ordem a estruturar,** de modo formal, **as fases rituais** desse mesmo procedimento (...).

Senhor Presidente, com essas observações, com esses fundamentos que se fizeram alongados para além da minha intenção, eu também julgo improcedentes ambas as ações diretas de inconstitucionalidade.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, acompanho a conclusão do eminente Relator. E não gostaria de perder esta ocasião para louvar o espírito de colegialidade que informou o voto de Sua Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, não tenho voto escrito sobre a matéria, por isso mesmo devo analisar o quadro a partir, inclusive, do que já assentado pelo Supremo.

Começo, Presidente, noticiando o que hoje está na Gazeta Mercantil de São Paulo – na pena desse polivalente cidadão brasileiro, Doutor Antônio Penteado Mendonça, misto de advogado e jornalista – o que penso a respeito da democracia, o que penso a respeito de viver-se em um Estado de Direito.

A premissa básica mostra-se única: as regras estabelecidas, afinadas, é claro, com o Diploma Maior, com a Carta da República, devem ser, até modificação que ocorra pelo poder competente, observadas. Minha profissão de fé quanto à Constituição Federal é única: obriga a todos, inclusive a mim, com assento no Supremo.

Não costumo excomungar filho feio. Participei da deliberação do Tribunal Superior Eleitoral e somei voto à visão de Vossa Excelência – Ministro Cezar Peluso –, no que relator do processo que desaguou na expedição das resoluções ou da resolução alusiva à matéria. A fidelidade partidária não está em jogo, não está em discussão, consideradas as balizas objetivas do processo em julgamento. É um princípio constitucional que já foi reconhecido pelo Supremo, sustentei-o neste Plenário.

Continuo convencido de que, quando estava no Tribunal Superior Eleitoral, não adentrei campo reservado a outro Poder. Não adentrei campo reservado ao Poder Legislativo. Permaneci no âmbito da jurisdição cível e penal eleitoral, atuando não como parlamentar, mas, sim, como julgador. A verdade formal, no entanto, a esta altura, é outra. Há pouco fiquei vencido, fui voz isolada no Plenário, no que, em preliminar, compreendi que não haveria na espécie o envolvimento de ato abstrato normativo autônomo a desafiar o controle concentrado de constitucionalidade. E já não posso mais empolgar a bandeira primeira e votar quanto ao fundo revelado neste processo a partir dessa óptica que devo desconfiar, ante o isolamento no Plenário, que foi uma óptica mesmo errônea, discrepante da ordem jurídica, discrepante do próprio processo em apreciação.

Devo, então, ter presente – e vi que vários colegas confirmaram esta premissa – que o Tribunal Superior Eleitoral legislou. E até aqui só reconheço poder normativo à Justiça do Trabalho, considerado o que se contém, em relação a conflitos coletivos de interesse, no art. 114 da Constituição Federal. E a reafirmação de que o Tribunal Superior Eleitoral legislou está em colar-se ao pronunciamento do Supremo uma condição resolutiva que, vindo à balha, tornará insubsistente o que disciplinado no campo substancial – vou proceder à análise da Resolução – e no campo instrumental pelo Tribunal Superior Eleitoral. Teria o Tribunal Superior Eleitoral como que julgado um mandado de injunção, ante a lacuna legislativa notada, que, ao fim, a teor do disposto em alínea que está no art. 102 da Constituição Federal, seria da competência do Supremo e não do Tribunal

Superior Eleitoral, porque a omissão quanto à disciplina da matéria seria do Congresso Nacional.

Presidente, empolgou-se com ênfase a competência do Tribunal Superior Eleitoral tal como prevista na lei complementar que nos revela o Código Eleitoral, mas essa competência não se mostra especialíssima a ponto de poder o Tribunal Superior Eleitoral substituir-se ao Congresso Nacional. A tanto não levam os incisos IX e XII do art. 23 do Código Eleitoral:

> Art. 23. Compete, ainda, privativamente ao Tribunal Superior Eleitoral:
> IX – expedir as instruções que julgar convenientes [a quê? Aí surge o poder regulamentar, que não desafia o controle concentrado, enquanto estritamente poder regulamentar] à execução deste Código;

Vale dizer, o Tribunal Superior Eleitoral não tem sequer competência para expedir instruções, consoante o inciso IX do art. 23 do Código, necessárias à execução da Constituição Federal, porque a regulamentação do Diploma Maior pressupõe lei complementar, e o Tribunal Superior Eleitoral não edita nem lei complementar nem lei ordinária. E a interpretação sistemática dos incisos IX e XII do art. referido conduz à certeza de que há nítida distinção considerados os institutos alusivos a instruções e a resposta à consulta. Quanto à resposta à consulta, o Tribunal Superior Eleitoral pode atuar, porque não estará regulamentando a Constituição Federal, fazendo-o, é claro, a partir do Diploma Maior.

Presidente, assentada a premissa – e fiquei vencido na matéria – segundo a qual o Tribunal Superior Eleitoral legislou, fez inserir no arcabouço normativo pátrio um ato abstrato autônomo, geral, obrigando a todos, devo, então, a partir dessa premissa em relação à qual continuo guardando reservas, proceder ao exame da Resolução. Vejo que, já de início, no art. 1º, previu-se que é possível a Justiça Eleitoral, no caso de infidelidade partidária, decretar a perda do cargo eletivo.

O Tribunal Superior Eleitoral adentrou o campo do direito substancial para revelar situações concretas em que se teria o abandono do partido que capitaneou a eleição do candidato, o abandono pelo candidato eleito, como justificado, como legítimo. E, aqui, realmente se trata de direito substancial.

Em preceito seguinte, a resolução versa processo, porque condição da ação diz respeito a processo e não a procedimento. A resolução indica aqueles legitimados para adentrarem o campo jurisdicional e reclamarem a declaração, em decisão constitutiva negativa, de perda do cargo. Seguem-se outros preceitos, e tem-se o alusivo à competência, no que se definiu como da competência do Tribunal Superior Eleitoral o processo a envolver pedido de decretação de perda de mandato, de mandato federal, pouco importando o patamar, já que, a rigor, o Tribunal Superior Eleitoral atua no campo da competência originária quanto aos mandatos maiores do Executivo Federal.

Seguem-se preceitos versando: primeiro, os requisitos da inicial, matéria processual; segundo, a prova, inclusive com delimitação de número de testemu-

nhas a serem ouvidas, remetendo à regra geral de admissibilidade das provas permitidas em Direito.

No art. 4º, percebe-se, mais uma vez, abordagem de condição da ação, de tema processual, ou seja, a definição daqueles que devem ser tidos como litisconsortes. A defesa está disciplinada, segue artigo sobre a instrução, sobre o procedimento para lançamento de visto pelo relator e inserção em pauta, e preceito que delimita a natureza jurídica da decisão a ser proferida, voltando-se, mais uma vez, ao problema da decretação da perda do cargo.

Presidente, já agora, partindo do que aponto como verdade formal – e a verdade formal é aquela revelada pelo Supremo, guardião maior da Constituição, que tem a última palavra sobre o alcance da Carta –, constato como premissa inafastável – voz da ilustrada maioria – que o Tribunal Superior Eleitoral legislou. Estabeleço sem me penitenciar, porque continuo convencido de que ele não o fez, mas a verdade formal assentada pelo Supremo é outra, a de que legislou. O Supremo caminha para o reconhecimento de que a Corte Eleitoral legislou ao condicionar a própria decisão dele, Supremo, à ausência de normatização pelo Poder competente – o Congresso Nacional.

Em síntese, esse condicionamento, para mim, implica dizer que julgou, acabou julgando, não para o caso concreto, como ocorre quando a ação revela mandado de injunção, o Tribunal Superior Eleitoral acabou julgando implicitamente um mandado de injunção ante a lacuna legislativa, ante a inexistência de diploma que versasse todos os temas contidos na resolução, ante a inércia do Congresso Nacional, e competente para julgar mandado de injunção, neste caso, é o Supremo e não o Tribunal Superior Eleitoral.

Peço vênia, Presidente – e não me interpretem de forma errônea, continuo convencido de que a fidelidade partidária é um princípio constitucional dos mais caros em uma democracia –, para divergir, sem ser insubordinado à noção de Colegiado, por entender que, neste, prevalece o somatório de forças distintas, cada qual vota segundo a própria ciência e consciência possuídas. Peço vênia, e não devo merecer a crítica dos meus colegas que tanto elogiaram o relator, para divergir e acompanhar o Ministro Eros Grau no voto proferido.

Não conheço o teor do voto do Ministro Eros Grau, porque Sua Excelência quis nos poupar – e quanto a mim isso não ocorreria – a sobrecarga...

O Sr. Ministro Eros Grau: Vou lhe mandar uma cópia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Exato. E não quis tomar o tempo do Colegiado lendo o voto que preparou, mas, ante a proficiência sempre demonstrada, sou capaz até mesmo de lançar a subscrição das razões de Sua Excelência consideradas também as que veiculei neste voto de improviso.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, vou pedir vênia à douta divergência para, louvando mais uma vez o voto do eminente Relator que

ventilou aspectos suficientes para justificar a minha conclusão, fazer apenas uma ponderação. Trata-se de saber se as resoluções e, especificamente, a primeira resolução correspondem, ou não, à exigência do devido processo legal para a decretação da perda de mandato.

Hoje, sabe-se que, quando o tal princípio constitucional se refere ao devido processo legal – e no art. 111 da Constituição italiana consta agora a expressão *il giusto processo regolato dalla legge –,* não significa apenas que tal processo, a disciplina ou o perfil de tal processo deva decorrer de uma lei. É que o princípio agasalha, também, a hipótese de que o processo possa decorrer de qualquer outra fonte normativo-constitucional.

É o que parece, com o devido respeito, que se passou, no caso. Por quê? Porque a necessidade da disciplina do procedimento, que foi a razão da edição da resolução ou das resoluções ora impugnadas, advém de outra fonte constitucional, qual seja, a eficácia de coisa julgada material de um acórdão do Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, se esta Corte, em decisão recoberta pela autoridade da coisa julgada material, determina ao Tribunal Superior Eleitoral que, para dar eficácia prática ao objeto da sua decisão, deva disciplinar o modo de concretização do seu comando, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral não pode deixar de ser considerada como expressão de um devido processo legal, de fonte constitucional, porque nasce exatamente da eficácia de coisa julgada material que a Constituição lhe garante.

Por essa razão, Senhor Presidente, não vejo, com o devido respeito à divergência e somando-me a todos os outros fundamentos já invocados, como, no caso, se possa arguir que a edição da resolução tenha afrontado a garantia do devido processo legal.

Pedindo vênia mais uma vez, também julgo improcedentes ambas as ações.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Recentemente, tivemos uma situação de superposição de ação direta de inconstitucionalidade e de recurso extraordinário, em matéria de repercussão geral – creio que foi uma questão da Cofins – e, após o julgamento da matéria com repercussão geral, o Ministro Menezes Direito fê-lo – e acho que fê-lo bem –, averbou a inadmissibilidade, já não mais a possibilidade ou a desnecessidade de prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade ante a decisão clara do Plenário em sede de recurso extraordinário, demonstrando que demos espaços significativos na seara.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Essa observação eu também fiz inserir nas informações que prestei ao Ministro Joaquim Barbosa; exatamente essa.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, também me manifesto, pedindo todas as vênias aos Ministros Eros Grau e Marco

Aurélio, no sentido da improcedência da ação, tal como já o fizera o Relator e, agora, os demais Ministros desta Corte, com fundamentos ricos e variados.

Todos sabem que esta questão já fora objeto de discussão em 1989, como destaquei no voto proferido no MS 26.602, quando se destacou o voto do Ministro Celso de Mello, entre outros – mas estavam também na Corte outros Ministros que se manifestaram nesse sentido: Ministros Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches –, no sentido de que, a despeito da aparente omissão inconstitucional, a ideia de fidelidade partidária era integradora do mandato para os fins de vinculação ao partido político. Isso ficou muito claro em todas aquelas manifestações. Lembrei, neste voto, que o Ministro Francisco Rezek, que se filiou à corrente divergente, chegou a dizer palavras que hoje se revelam proféticas:

> Sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos eminentes Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches.

E não se sabia nada, ainda, de tudo que viria a ocorrer no Brasil nesta seara. Mas, vejam, palavras proféticas em 1989 sobre este tema.

Posteriormente, tivemos várias discussões sobre este assunto, claro, mas ficou assentado que a jurisprudência do Tribunal estava pacificada naquela linha do precedente então fixado.

Quando se colocou o debate nas ADI 1.351 e 1.354, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, sobre a cláusula de barreira, embora o tema não fosse exatamente esse – não era diretamente essa questão, mas apenas a chamada cláusula de barreira à brasileira –, tive a oportunidade de dizer que aquele modelo que levava à inanição dos partidos parecia-me inconstitucional. Embora não me parecesse inconstitucional a adoção de uma cláusula de barreira a vero, que de fato dissesse que o partido que não atingisse um determinado *quorum*, um determinado número de votos, um determinado percentual não participaria da distribuição de mandatos.

O problema é que, naquele modelo, nós acabáramos por levar – e isso foi observado nos vários votos, inclusive, creio que no voto do Relator – o partido ao desaparecimento por inanição, porque lhe negávamos a participação na vida parlamentar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? Um deles tendo capitaneado a eleição do Vice-Presidente da República, José Alencar, e outro a do Presidente da Câmara à época do julgamento, Deputado Aldo Rebelo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Era uma situação extremamente grave. Mas eu dizia, por exemplo, que, no modelo alemão – todos nós conhecemos –, a chamada cláusula de barreira atinge o percentual de 5%. E quem não atinge esse percentual não participa do processo de distribuição de votos. De modo que eu não considerava, em si mesma, a cláusula de barreira inconstitucional.

Mas, naquele momento, então, observei que a questão merecia alguma reflexão. Dizia da nossa evolução em torno do sistema eleitoral proporcional:

> A crise tornou, porém, evidente, para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária.

Estava a me referir a este fenômeno da cooptação sem quartel que se fazia no âmbito federal, estadual e municipal. E que, em última instância, afetava o próprio processo democrático. Era a democracia que estava em jogo neste sistema, porque, se há capacidade de transformar oposição em situação dessa forma, é claro que nós vamos chegar ao ponto de fazer com que a oposição desapareça. Ora, isso é uma ameaça real para a própria democracia.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **A prática** da infidelidade partidária, **ao propiciar** ilegítima alteração do resultado das urnas **fora** do processo eleitoral, **provoca**, com tal consequência, **gravíssima** lesão ao princípio democrático.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mudando o resultado das urnas fora do processo eleitoral e totalmente a destempo.

E, claro, nas várias decisões, destacamos inclusive o fenômeno que os espanhóis chamam de "transfuguismo", o mudancismo de partido que se instalava previamente, até à diplomação.

Dizia eu, então, naquele momento, ainda antes da discussão sobre a fidelidade partidária, na cláusula de barreira:

> Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvida, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos!

Depois a questão evoluiu. Houve o pronunciamento do TSE, e nos pronunciamos, então, sobre o tema, confirmando a orientação adotada por aquela douta Casa, entendendo que de fato havia muitos valores envolvidos: democracia, direito dos partidos, pluripartidarismo, proteção das minorias, direito de oposição. Tudo isso foi largamente discutido naquele julgamento de 2007 que é verdadeiramente histórico. Se penso em dez decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, não consigo excluir essa decisão no contexto de 1988. Realmente uma decisão que preserva a democracia no Brasil. Uma decisão verdadeiramente histórica. Talvez ela esteja entre as cinco mais importantes deste período de 1988. Realmente uma decisão relevante em toda a sua dimensão.

Mas se colocava um problema, que todos nós vimos. E que, felizmente, já se inspirava numa jurisprudência anterior. Como dar execução a isso, especialmente diante da possível resistência do estamento político nas deliberações? Isso ocorreu-nos a todos. Eu me lembro de que, ao finalizar o meu voto, além de aventar a solução que já fora adotada no caso de Mira Estrela – e ressalto, veja que no caso de Mira Estrela o óbice surgiu porque estávamos a decidir um caso em um pequeno município, não mais do que três mil e quinhentos habitantes, de São Paulo –, percebêramos que, pelos critérios adotados no voto do Relator,

eminente Ministro Maurício Corrêa, que estávamos a sufragar, aquele caso se projetava pelo Brasil todo.

E o Ministro Sepúlveda Pertence, de lealdade intelectual a toda prova, que votara no mérito contra a posição que o Tribunal acabou adotando, a posição de declarar ali a proporcionalidade, de reconhecer a proporcionalidade da população para os fins de fixação do critério de número de vereadores, agora, quando se tratou de encontrar uma solução para irradiar os efeitos da decisão, foi ele que encaminhou o voto no sentido de que nós recomendássemos ao TSE, e ele na condição, inclusive singular, de Presidente do TSE. Vejam, portanto, a coerência e a altivez intelectual desse magnífico Juiz. Foi assim que nós construímos aquela solução inicialmente recomendada por Sepúlveda Pertence.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Para dar consequência à decisão, para operacionalizar a decisão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A decisão e para além daquele caso concreto, e para não permitir que, de fato, pululassem, Brasil afora, inúmeras questões que provocariam um desassossego enorme quanto à legitimidade, inclusive, das leis municipais em geral.

Por isso, neste caso específico, quando fiz essas considerações na parte conclusiva, ao falar da resolução do TSE, anotei:

> enquanto a resolução do TSE não for editada, poderá ser dada aplicação analógica (...)

E já disseram bem todos os Ministros, mas agora destacada na manifestação do Ministro Celso de Mello. O grande problema da jurisdição constitucional, um dos seus grandes desafios, é o desafio da efetividade: como dar substância, consequência a sua decisão. Daí, por exemplo, os italianos hoje se embrenharem por essas chamadas sentenças manipulativas de conteúdo aditivo, tentando fazer uma atividade complementar ao legislador e rompendo com o dogma kelseniano do chamado legislador negativo.

Mas eu dizia então:

> enquanto a resolução do TSE não for editada, poderá ser dada aplicação analógica ao art. 3º e seguintes da LC 64/1990 – também aplicáveis à ação de impugnação de registro de candidatura e à ação de impugnação de mandato eletivo – para regular o procedimento a ser adotado na representação para declaração de extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente da mudança de partido.

Portanto, nem aguardava eu a decisão do TSE, entendia já aplicável essa. E plenamente aplicável, porque estávamos a lançar mão de uma lei que está em vigor e vem sendo aplicada largamente no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral. E, vejam, a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral não desbordou desses critérios adotados, inclusive no que concerne à legitimação.

De modo que, fazendo essas brevíssimas considerações e protestando pela juntada das manifestações que vão, simplesmente, reproduzir o meu pensamento

nesta matéria, também peço, mais uma vez, vênia aos Ministros Eros Grau e Marco Aurélio para acompanhar a maioria já formada a partir do voto do eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.086/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, superou a preliminar de conhecimento, vencido o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou pela inadmissibilidade da ação entendendo não se tratar de ato normativo abstrato-autônomo do Tribunal Superior Eleitoral. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta e declarou a constitucionalidade da resolução impugnada, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antonio Dias Toffoli.

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

Brasília, 12 de novembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MANDADO DE SEGURANÇA 25.391 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Impetrante: Bacaeri Florestal Ltda. — Impetrado: Presidente da República

Mandado de segurança. Desapropriação. Reforma agrária. Viabilidade da análise dos vícios do procedimento administrativo do Incra. Preliminar rejeitada. Existência de prova de que a pessoa que recebeu a notificação da vistoria prévia tinha poderes de representação. Regularidade da intimação da atualização cadastral. Possibilidade de desapropriação de imóvel localizado em área de floresta amazônica para assentamento agroextrativista. A inexistência de prova do cumprimento dos requisitos do art. 7º da Lei 8.629/1993 afasta a proteção conferida ao imóvel rural objeto de implantação de projeto técnico. Desnecessidade de intimação de entidade de classe (art. 2º do Decreto 2.250/1997) sobre a vistoria prévia. Invasão da propriedade, posteriormente à vistoria.

1. Vícios eventuais do procedimento administrativo se expõem à análise pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de mandado de segurança impetrado contra o decreto presidencial. Preliminar afastada.

2. Não há nenhuma ilegalidade na notificação da vistoria prévia, dado que, além de a impetrante não haver demonstrado que a pessoa que a recebera não detinha poderes de representação, há nos autos prova em sentido contrário.

3. A impetrante foi regularmente intimada da atualização cadastral do imóvel rural. O endereço para o qual se enviou a correspondência consta da matrícula do imóvel e do próprio laudo agronômico. A autora deixou de afirmar, categoricamente, não haver recebido a intimação.

4. O imóvel rural situado em área de cobertura florestal primária, incidente no Ecossistema da Floresta Amazônica, é passível de desapropriação para fins de reforma agrária, desde que as terras sejam destinadas à criação de projetos de assentamento agroextrativista (parágrafo único do art. 1º da Portaria/MEPF 88/99 e § 6º do art. 37-A do Código Florestal).

5. A proteção conferida pelo art. 7º da Lei 8.629/1993 ao imóvel objeto de implantação de projeto técnico não se aplica quando desatendidos os requisitos legais. Não comprovado, pela impetrante, o cumprimento de tais requisitos. Há, ao contrário, indícios de falsificação de documento.

6. A intimação da entidade de classe (art. 2º do Decreto 2.250/1997) apenas é necessária se ela própria houver indicado a

área a ser desapropriada. Precedentes: MS 23.312/PR, MS 23.889/MS, MS 25.185/DF.

7. A invasão do imóvel rural, após a ocorrência da vistoria prévia, não é óbice a sua desapropriação. Precedentes: MS 25.186/DF, MS 24.484/DF.

8. Segurança denegada. Remessa de cópia dos autos ao MPU, para apurar ocorrência de crime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em denegar a segurança, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 12 de maio de 2010 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de mandado de segurança, manejado com pedido de medida liminar, impetrado por Bacaeri Florestal Ltda., contra ato do Presidente da República. Ato consubstanciado no Decreto de 11 de fevereiro de 2005, que declarou a "Fazenda Continental III, Lote A", de interesse social para fins de reforma agrária e autorizou a desapropriação do imóvel nos termos da Lei Complementar 76/1993.

2. O impetrante arguiu, em síntese, a nulidade do procedimento administrativo a cargo do Incra, pelos seguintes motivos: a) invalidade da notificação para a vistoria prévia, dado que recebida por pessoa sem poderes de representação; b) inexistência de intimação sobre a atualização cadastral do imóvel, uma vez que endereçada a local diverso da sede da empresa autora; c) impossibilidade de desapropriação do imóvel, por se localizar em área de floresta amazônica (art. 1º da Portaria/MEPF 88/99) e ser objeto de Plano de Manejo Florestal Sustentável (art. 7º da Lei 8.629/1993); d) inexistência de notificação das entidades de classe (art. 2º do Decreto 2.250/97); e) invasão da propriedade por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) (§ 6º do art. 2º da Lei 8.629/1993).

3. O Ministro Celso de Mello, então Relator do caso, deferiu a liminar e suspendeu, até o julgamento deste *mandamus*, a aplicabilidade do decreto presidencial (fls. 408/409).

4. Prossigo neste relato para dizer que, solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, foram estas prestadas às fls. 417/462, sendo que o Presidente da República defendeu a legalidade do ato atacado e refutou, um a um, os fundamentos da impetração. Após, dei vista dos autos ao Procurador-Geral da República, havendo este pugnado pela denegação da segurança (fl. 602/606).

5. Por fim, o Ministro Celso de Mello, em despacho de fl. 613 e tendo em conta a superveniência de razões de foro íntimo, declarou-se suspeito (parágrafo único do art. 135 do CPC). Redistribuídos os autos, vieram-me conclusos.

6. É o relatório.

VOTO
(Preliminar)

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Começo por desacolher a alegação de não cabimento de mandado de segurança para questionar eventuais vícios do procedimento administrativo-desapropriatório. Se a propriedade é direito fundamental, conferido tanto pelo *caput* do art. 5º da Constituição quanto pelo seu inciso XXII, não é, todavia, de intocabilidade absoluta. Há casos em que o interesse privado cede espaço ao interesse público, e o particular se vê destituído, temporária ou permanentemente, de sua propriedade (incisos XXIV e XXV do art. 5º da Carta Magna).

8. Alguns desses casos estão previstos no inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal, *litteris:*

> XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, **ressalvados os casos previstos nesta Constituição**;
> (Grifei.)

9. Como se vê, a desapropriação de bens dos particulares, mesmo embasada na necessidade e utilidade públicas, ou no interesse social, não dispensa a justa e prévia indenização em dinheiro como uma forma de recompor o patrimônio compulsoriamente transferido. Como exceção à obrigatoriedade do pagamento integral em moeda corrente figuram, justamente, os casos em que a desapropriação desempenha a dupla função de: atender ao interesse da sociedade e a de punir o seu titular privado pelo descumprimento da função social da propriedade (inciso XXIII do art. 5º da Constituição, combinado com o inciso III do art. 170 e o art. 184 da mesma Carta Magna Federal).

10. Essa característica de sanção não tem como única consequência o pagamento de parte da indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis no prazo de até vinte anos. Constituindo uma punição ao particular, a desapropriação para reforma agrária, nos moldes do art. 184 da Carta Magna, está sujeita à observância de requisitos constitucionais e legais, bem como às garantias do contraditório e da ampla defesa.

11. Nesse rumo de ideias, não se pode negar as diferenças entre a desapropriação-sanção e aquela por utilidade ou necessidade pública, a começar pelo decreto expropriatório. Daí que, à luz do § 2º do art. 184 da Constituição Federal, "o decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor ação de desapropriação". **Em outras palavras, o decreto do Presidente da República não só declara o interesse**

social, como também autoriza a propositura da ação desapropriatória (de idêntico teor é o § 2º do art. 5º da Lei 8.629/1993).

12. Poder-se-ia objetar que o mesmo efeito tem o decreto que, por hipótese, declara um imóvel como de utilidade pública. **Sucede que, na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, só se pode autorizar a propositura da ação expropriatória após a verificação, mediante processo administrativo, dos requisitos constitucionais e legais de aplicação da sanção.** Se o decreto autoriza a propositura da ação, é porque já se apurou que o imóvel é suscetível de desapropriação-castigo. E isso se verifica por meio de processo administrativo em que se garantam o contraditório e a ampla defesa às partes privadas da relação em causa.

13. Interessante observar que o Presidente da República, no decreto desapropriatório, cita expressamente o número do processo administrativo a cargo do Incra e autoriza, também de forma expressa, a propositura da ação de desapropriação. **Não qualquer desapropriação, mas aquela "na forma prevista na Lei Complementar n. 76, de 6 de julho de 1993"**[1] (fls. 168/169). No caso da desapropriação-sanção, o decreto presidencial, destarte, encampa todo o processo do Incra. Como devidamente firmado por este Supremo Tribunal Federal no MS 24.443/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, "consumado o processo administrativo pelo Presidente da República, os atos intermediários deixam de ser impugnáveis independentemente e o Presidente da República passa a ser a única autoridade coatora".

14. Com a devida vênia de entendimento contrário, penso que, no caso específico de desapropriação-sanção, o decreto presidencial não pode vir antes do processo administrativo em que se verifiquem os pressupostos constitucionais e legais. Até porque apenas nesse tipo de desapropriação é que se faz necessário um processo administrativo contraditório.

15. Também a legislação infraconstitucional, penso, segue na mesma trilha. Daí o *caput* do art. 2º da Lei 8.629/1993 assentar que "a propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação". E vem o seu § 2º e averba que, "para os fins deste artigo **[ou seja, para os fins de verificação do cumprimento da função social da propriedade]**, fica a União, através do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante". Já o § 2º do art. 2º da Lei Complementar 76/1993 prevê que "declarado o interesse social, para fins de reforma agrária, fica o expropriante legitimado a promover a vistoria e a avaliação do imóvel (...)". Equivale a dizer: enquanto a vistoria para levantamento de dados e informações ocorre antes de declarado o interesse

---

[1] Reconheço a plausibilidade jurídica da tese defendida pelo Presidente da República, mas, diante desse fato, não tenho qualquer dúvida em recusá-la. O decreto presidencial não declara o interesse social e deixa em aberto a forma da desapropriação. Ele determina, desde logo, que a ação expropriatória se dará na forma da Lei Complementar 76/1993. Desapropriação-pena, portanto.

social para fins de reforma agrária (*até porque só se poderá destinar o imóvel à reforma agrária se preenchidos os requisitos próprios*), a vistoria para avaliação do imóvel ocorre depois.[2] Cuida-se, então, de um encadeamento lógico de etapas: primeiro, atualiza-se o cadastro da propriedade junto ao Incra e se verifica se ela é ou não passível de desapropriação para reforma agrária; em caso afirmativo, o Presidente da República, dentro de sua política administrativa, declara o imóvel como de interesse social, autorizando a propositura da ação desapropriatória; por fim, e já para o efeito preparar a emissão dos títulos da dívida agrária e providenciar o pagamento em dinheiro das benfeitorias úteis e necessárias, requisitos da ação de desapropriação, o expropriante volta ao imóvel para avaliá-lo.

16. Pois bem, torno a frisar que todo esse tratamento diferenciado é devido à natureza punitiva da desapropriação por interesse social para o fim de reforma agrária. É certo que, disse bem o impetrado, eventuais vícios do processo administrativo a cargo do Incra são suscetíveis de questionamento no bojo da ação desapropriatória (art. 9º da Lei Complementar 76/1993). Entretanto, se limitados a ela, não teria o proprietário como impedir **a perda da posse do imóvel e a averbação do ajuizamento da ação no registro competente, medidas que, por si, já lhe trazem prejuízos (incisos I e III do art. 6º da Lei Complementar 76/1993).** Dessarte, a simples propositura da ação já configura uma constrição, dado que o particular se vê despojado de um imóvel que pode até vir a ser julgado como insuscetível de desapropriação.[3] Isso sem contar a frustração das expectativas daqueles já eventualmente assentados.

17. Por essas razões, Senhor Presidente, desacolho a preliminar de não conhecimento do *mandamus*, o que faço para confirmar a jurisprudência da Corte no sentido de que, em se tratando de desapropriação para fins de reforma agrária, é de se analisar ocasionais vícios do processo administrativo (a cargo do Incra) quando do julgamento do *writ* impetrado contra o decreto presidencial.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): 18. Superada a questão preliminar, passo ao exame de cada um dos fundamentos da autora. O primeiro deles é a suposta invalidade da notificação da vistoria prévia, dado que recebida por pessoa sem poderes de representação. Não é o que se observa da análise dos autos. A Notificação/Incra/SR-13/G/323/2004 foi recebida pelo advogado Luiz Carlos M. de Negreiro (fl. 80) e a impetrante não demonstrou que ele estivesse destituído de poderes para representá-la (MS 23.031/AL, Rel. Min. Moreira Alves). Há, nos autos, prova em sentido contrário. É que a notícia-crime, formulada pela autora, retratada às fls. 177/179, foi subscrita pelo mesmo causídico.

---

[2] Não vejo qualquer óbice em que se proceda à avaliação do imóvel quando da vistoria preliminar, antes, portanto, da expedição do decreto presidencial. O contrário, a meu ver, é que não pode ocorrer.

[3] E aqui não seria desarrazoado pensar em um dever da União de reparar todos os prejuízos por acaso ocorrentes durante o tempo em que o proprietário esteve, indevidamente, sem a fruição do seu bem.

Ademais, um funcionário da acionante acompanhou a vistoria, o que deixa claro o cumprimento, pelo Incra, do dever legal de notificação prévia.

19. Também o segundo fundamento do *mandamus* não merece melhor sorte. Às fls. 149/150, consta aviso de recebimento endereçado à impetrante, intimando-a da atualização cadastral do imóvel. Como bem ressaltou o impetrado, o endereço para o qual se enviou a correspondência foi o constante da matrícula n. 6.858 e do laudo agronômico. A autoridade apontada como coatora afirma ainda haver o Incra telefonado para a sede da empresa e confirmado seu endereço.

20. É de se observar que a autora, na inicial, deixa de afirmar, ao menos categoricamente, não haver recebido a intimação. Apenas elenca os supostos vícios do AR e do envelope e diz que, diante deles, seria "impossível" haver recebido a intimação (mas não diz, com todas as letras, que não recebeu). Como ponderou o Procurador-Geral da República, "a controvérsia sobre os fatos é demasiada para se avaliar a validade do ato", principalmente em sede de mandado de segurança.

21. Prossigo para analisar o terceiro fundamento da impetrante, qual seja, o da impossibilidade de desapropriação do imóvel, por se localizar em área de floresta amazônica (art. 1º da Portaria/MEPF 88/99) e por ser objeto de Plano de Manejo Florestal Sustentável (art. 7º da Lei 8.629/1993). Mais uma vez com razão o impetrado. Transcrevo, inicialmente, o art. 1º e seu parágrafo único da Portaria/MEPF 88/99, *in verbis*:

> Art. 1º Fica proibido a desapropriação, a aquisição e outras quaisquer formas de obtenção de terras rurais em áreas com cobertura florestal primária incidentes nos Ecossistemas da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, e do Pantanal Mato-Grossense e em outras áreas protegidas, assim definidas pelos órgãos federais e estaduais do meio ambiente.
>
> **Parágrafo único. Excetua-se da proibição prevista neste artigo as terras rurais destinadas à criação de projetos de assentamento agroextrativista, que atendam as exigências previstas em normas internas do Incra.**
>
> (Grifei.)

22. Muito bem. Em primeiro lugar, não há dúvida de que a área objeto do decreto expropriatório tem cobertura florestal primária incidente no Ecossistema da Floresta Amazônica (o próprio laudo agronômico do Incra o diz). Acontece que a vedação posta pelo *caput* do art. 1º da referida portaria não é absoluta, dado que excepcionada pelo seu parágrafo único. Em conformidade, ressalte-se, com o inciso II do art. 186 da CF e o § 6º do art. 37-A do Código Florestal, que prevê a mesma exceção. Confira-se:

> § 6º É proibida, em área com cobertura florestal primária ou secundária em estágio avançado de regeneração, a implantação de projetos de assentamento humano ou de colonização para fim de reforma agrária, **ressalvados os projetos de assentamento agroextrativista**, respeitadas as legislações específicas.
>
> (Grifei.)

23. Assim, desde que destinadas à implantação de projeto de assentamento agroextrativista – o que foi recomendado pela Procuradoria do Incra (fls. 556/565) e solicitado pelos trabalhadores da região (fl. 584) –, as terras da "Fazenda Continental III – Lote A" estavam disponíveis para desapropriação.

24. Também o óbice de que trata o art. 7º da Lei 8.629/1993, ou seja, a impossibilidade de desapropriação de área objeto de implantação de projeto técnico, não protege a impetrante. É que, conforme salientado pelo Presidente da República, não há, nos autos, prova do cumprimento dos requisitos ensejadores da proteção legal. Senão veja-se:

I – embora a acionante haja anexado aos autos Projeto de Manejo Florestal Sustentável, subscrito por profissional legalmente habilitado e identificado (inciso I do art. 7º da Lei 8.629/1993), não comprovou o cumprimento dos demais requisitos legais: a) cronograma físico-financeiro (inciso II); b) efetiva utilização de, no mínimo, 80% da área total aproveitável[4] (inciso III); c) aprovação do projeto pelo órgão federal competente (inciso IV);

II – no ponto, é de se aclarar a controvérsia acerca do documento de fl. 176. Trata-se de uma declaração supostamente firmada pelo Superintendente Regional do Incra no Estado de Mato Grosso, em que se afirma ser o imóvel rural "objeto de projeto de manejo sustentado amparado legalmente; razão pela qual, liberamos o imóvel para uso normal". Sucede que, Senhores Ministros, o próprio Superintendente Regional do Incra no referido Estado afirma, peremptoriamente, às fls. 567/572, que jamais firmou tal declaração, cuidando-se de "falsificação grotesca".

III – há indícios de que a empresa autora, por meio da petição de fl. 81, protocolada em **22-6-2004**, solicitou a expedição da declaração do Incra, "liberando o imóvel (...) para uso normal, tendo em vista a existência de projeto de manejo sustentado". Sucede que a declaração de fl. 176 está datada de **15-6-2004**, antes, portanto, da própria solicitação. Mais: às fls. 567/571, o Superintendente Regional do Incra afirma que a autarquia se encontrava em greve no dia 15 de junho de 2004. Por fim, mesmo a vistoria prévia havendo ocorrido somente em **9 de julho de 2004** (fl. 86), a referida declaração, de **15 de junho daquele ano**, a ela se refere como um acontecimento passado.[5]

25. Por essas razões, só posso concluir pela não comprovação dos requisitos legais do art. 7º da Lei 8.629/1993. Para se chegar a conclusão diversa, faz-se necessária a instrução probatória, incabível em sede de mandado de segurança.

26. Por fim, é de se rechaçar os dois últimos fundamentos da impetrante. Quanto à falta de intimação da entidade representativa da classe produtora (art. 2º do Decreto 2.250/1997), pacificou-se a jurisprudência desta Casa de Justiça no

---

[4] Ao contrário, consta, à fl. 142, que os graus de utilização da terra (GUT) e de eficiência na exploração (GEE) da "Fazenda Continental III – Lote A" são iguais a zero por cento.

[5] "após procedida a vistoriado o [sic] imóvel em pauta, constatamos que o mesmo é objeto de projeto (...)."

sentido de somente reputar como necessária a intimação se a própria entidade houver indicado a área a ser desapropriada, o que não se deu no caso (MS 23.312/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa; MS 23.889/MS, Rel. Min. Moreira Alves; MS 25.185/DF, Rel. Min. Carlos Velloso). Quanto à invasão da propriedade por integrantes do Movimento dos Sem-Terra, a própria autora reconhece que o fato ocorreu bem depois da vistoria do Incra (a invasão se deu em 16-42005 e a vistoria, em 9-7-2004), o que afasta o óbice do § 6º do art. 2º da Lei 8.629/1993 (MS 25.186/DF, Rel. Min. Carlos Britto; MS 24.484/DF, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau).

27. Ante o exposto, voto pela **denegação** da segurança e casso a liminar deferida. Determino ainda o envio de cópia dos autos, naquilo que interessa, ao Ministério Público da União para aquilatar do cometimento de crime.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, Ministro, para assentamento? Teremos assentamento em área destinada à preservação da própria Floresta Amazônica?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Segundo a Procuradoria do Incra e pedido expresso dos trabalhadores sem-terra, assentamento para fim exclusivamente agroextrativista.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Extrativista, o que não é permitido.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Não, agroextrativista é permitido expressamente pelo art. 1º da Portaria 88/1999, em causa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Em área da Floresta Amazônica?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Sim, em área da Floresta Amazônica. As terras destinadas à criação de projetos de assentamento agroextrativista, que atendam as exigências previstas em normas internas do Incra.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência veja: se já é difícil, com titularidade única, haver a exploração limitada, o que se dirá com o assentamento de colonos?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Excelência, vou ler e também reler o art. 37-A do Código Florestal, que é mais claro na elucidação desse questionamento. O comando é proibitório; essa é a regra geral.

> § 6º É proibida, em área com cobertura florestal primária ou secundária em estágio avançado de regeneração [mas aí é uma questão de fato também suscetível de análise nesta via processual contida do *habeas corpus*], a implantação de projetos de assentamento humano ou de colonização para fim de reforma agrária, **ressalvados os projetos de assentamento agroextrativista**, respeitadas as legislações específicas.

Então, desde que destinadas à implantação de projeto de assentamento agroextrativista – o que foi recomendado pela Procuradoria do Incra (fls.

556/565) e solicitado pelos trabalhadores da região (fl. 584) –, as terras da "Fazenda Continental III – Lote A" estavam disponíveis para desapropriação.

Estou equacionando à luz da legislação. Se no plano dos fatos há desvio ou possibilidade de desvio, tenho para mim que isso refoge.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E sob o ângulo constitucional, Ministro? Porque a reforma agrária objetiva o assentamento e já se vislumbra possibilidade de se tocar, de qualquer forma, a exploração.

Tem-se preceito que direciona à preservação do meio ambiente.

Indago: não há desvio de finalidade em se desapropriar, para efeito de reforma agrária, área tida pela Constituição Federal como de preservação obrigatória?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): O que a Constituição diz, exige é:

> Art. 186 (...)
> II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não posso conceber essa utilização quando se tem a exploração coletiva, uma exploração, que diria, praticamente – ante até o parcelamento –, desorganizada. Há a inviabilidade de se direcionar essa exploração.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Excelência, a questão de direito que estamos discutindo aqui é interessante: saber se a propriedade em causa é insuscetível de desapossamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Entendo, de início, que sim.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Aí, estou entendendo que, à luz do Direito, não. Ela não é insuscetível, mas viável a desapropriação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A não ser que se sobreponha a norma ordinária à própria Constituição Federal.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Não, mas a Constituição não proíbe.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Trata de terras existentes na área amazônica, Floresta Amazônica, neste caso a desapropriação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Área, terras de preservação, considerado o ecossistema amazônico.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim. E, neste caso, a desapropriação se destina aparentemente a assentar famílias, mas com destinação econômica específica, de extrativismo. É isso que se diz.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É isso que se diz; é isso que está aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se já é difícil controlar essa espécie limitada de exploração quando realizada por pessoa jurídica, o que se dirá quando se tem assentamento.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Interessante observar que a empresa impetrante, proprietária da área, também está desenvolvendo um projeto específico de manejo dito autossustentável.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Sem dúvida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Só que o desenvolvimento não estaria consentâneo com as exigências legais.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Não, pior do que isso. Pelo que está na documentação distribuída, há uma impetração feita por uma empresa que alega que, nesta área de sua propriedade, está sendo realizado um projeto chamado de "Manejo Florestal Sustentável", e todas as afirmações existentes nos autos dão conta que isso não é verdadeiro. Não existe isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Aparentemente, é falso o documento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas vamos admitir que haja realmente essa deficiência. Levaria ao extremo de se passar a assentamento na área?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Não, um instante, Ministro Marco Aurélio. Deixe-me concluir.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se já não se consegue controlar a empresa una, como controlar sessenta famílias assentadas na área?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, a matéria de fato que existe é esta: a área de propriedade é de uma empresa que afirma estar desenvolvendo um projeto chamado de "Manejo Florestal Sustentável". Os autos dão conta, pelo menos as informações disponíveis são estas: de que não existe a disponibilidade desse projeto, ou seja, esse projeto não existe. E o Governo entra desapropriando, e a alegação é que não poderia haver a desapropriação porque essa área estaria dentro da Floresta Amazônica. Parece-me que o parecer da Procuradoria da República põe a questão muito adequadamente, como o Ministro Carlos Britto acabou de enfatizar. É que estamos examinando, pelo menos essa é a minha compreensão, se é possível ou não a expropriação dessa área. E não existe nenhuma disciplina legal que impeça essa desapropriação, ou seja, a área é expropriável.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, isso decorre da Constituição Federal, principalmente do que se contém no § 4º do art. 225 a revelar que a Mata Atlântica e a Floresta Amazônica...

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mesmo a Constituição Federal. O Ministro Carlos Britto indicou que poderia ser feita a expropriação desta área porque não haveria nenhuma disciplina legal e constitucional que impediria esse acesso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: ...são patrimônios nacionais.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Essa é a razão pela qual o Ministro Carlos Britto está pondo exame nesta questão de ser ou não a área expropriável.

Concluindo, de acordo com o disposto na Constituição, que a área, sim, é expropriável.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É, teoricamente, expropriável. Penso que a legislação não proíbe, claro que com todos os cuidados de que trata a própria Constituição. Nesse dispositivo citado por Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, estamos a desconhecer a realidade brasileira.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Mas, aí, é uma questão de fato. Em mandado de segurança, vamos antessupor que o projeto será desviado na sua finalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, Ministro. É o problema de definir o objeto da desapropriação: se é possível, ou não, considerada a interpretação sistemática da própria Constituição Federal.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Vou ler a Constituição no próprio dispositivo citado pelo Ministro Marco Aurélio, é o § 4º do art. 225:

> § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Exatamente como fez o Código Florestal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A própria legislação permite a exploração parcial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, é difícil preservar. A lei permite realmente. O que aponto é que a premissa, segundo a qual essas terras podem ser desapropriadas para efeito de reforma agrária, para se ter assentamento de famílias, não se coaduna com a destinação delas, mas é um ponto de vista que já vi ser isolado no Plenário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vamos aguardar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, pelas manifestações.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite antes de retomar; eu gostaria de ficar numa preliminar, a cujo respeito não quis interromper o voto de Sua Excelência.

O que me está preocupando aqui é o problema da prova da intimação oportuna da impetrante no processo. Porque, na petição inicial, há contestação formal de que ela não tenha sido intimada oportunamente. Diz assim:

> Ocorre, que há informações nos autos de que referido ofício teria sido encaminhado ao proprietário do imóvel via Correio com aviso de recebimento (AR),

> o que nos causa no mínimo estranheza, pois nas fls. seguintes ao ofício estão juntados cópias do envelope que o deveria ter encaminhado, bem como cópia do AR que o acompanharia, mas Exa., podemos verificar que são somente cópias que não trazem carimbo de postagem, data de postagem e nem mesmo o comprovante do recebimento por parte da Impetrante, isto porque além de todas as irregularidades acima citadas, temos que o endereço constante do envelope não é o da Impetrante, pois seu endereço real é **Rodovia MT 160, Km 12, na Cidade de Alta Floresta-MT, e o endereço que consta da correspondência é Rodovia BR 163, Km 830, da Cidade de Sinop**, portanto impossível de ser recebido pela Impetrante.

Por via de consequência, está negando ter sido oportunamente intimada.

Vossa Excelência fez referência – e isso consta também dos pareceres e das manifestações – de que teria sido intimado o advogado criminal, que tem procuração para uma ação penal.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É uma notícia-crime. Ele foi quem recebeu. A notificação foi recebida por ele.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A menos que ele tenha poderes para receber citação, qualquer intimação que se faça em outro processo na pessoa desse advogado não alcança o constituinte.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): No MS 2.331, houve um caso – penso – idêntico a esse, o Relator foi o Ministro Moreira Alves, e o Supremo Tribunal Federal deu por satisfeita a exigência legal se o causídico recebe e não demonstra que não tinha poderes para tanto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, mas neste caso a presunção é contrária, porque ele é o advogado que recebeu poderes para atuar em ação penal. Se ele fosse advogado que tivesse poderes – vamos dizer – gerais, ...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Se tivesse atuando no procedimento administrativo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Administrativo, aí, sim. Mas é advogado que recebeu poderes para atuar em ação penal, então a presunção é de que não tenha poderes para receber citação ou intimação em outro tipo de processo, muito menos em procedimento administrativo.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Mas é que as coisas estão imbricadas. Foi ele quem subscreveu a notícia-crime.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas, mais do que isso, Ministro Carlos Ayres Britto, parece que consta da fl. 86 dos autos a indicação de que essa comunicação do advogado para a empresa foi efetivamente realizada. Tanto isso é verdade que se dá notícia de que, quando da vistoria pelo Incra, o representante da empresa, Sr. Lauro Dornelles de Noronha, acompanhou detidamente todo o procedimento. O que gera a conclusão, pelo menos na minha avaliação, de que a notificação alcançou o objetivo desejado.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Eu penso também.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Eu só queria a confirmação, primeiro, de que esse fato realmente existe e de que houve essa comunicação ao advogado; e, segundo, de que essa pessoa seja realmente o representante legal da empresa.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Um funcionário da acionante acompanhou a vistoria. Isso também está nos autos. Penso que a exigência da comunicação prévia se encontra razoavelmente satisfeita no processo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, mas essa comunicação foi feita?

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Às fls. 149 e 150, delas consta aviso de recebimento endereçado à impetrante, intimando-a da atualização cadastral do imóvel.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim. Mas Vossa Excelência fez referência ao fato de que ela foi encaminhada para o endereço constante do registro de imóvel.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É porque também se questionou quanto à autenticidade desse endereço.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Então. E ela está dizendo que o endereço dela não é esse, mas outro.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Mas aqui está dito assim:

> (...) consta aviso de recebimento endereçado à impetrante, intimando-a da atualização cadastral do imóvel. Como bem ressaltou o impetrado, o endereço para o qual se enviou a correspondência foi o constante da matrícula n. 6.858 [do imóvel] e do laudo agronômico. A autoridade apontada como coatora afirma ainda haver o Incra telefonado para a sede da empresa e confirmado seu endereço.

Eu me dei por satisfeito diante dessa convergência de informações.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que me preocupa muito é que esse não é o primeiro processo em que verifico isso. Já fui Relator de uns dois ou três casos, tenho até os precedentes aqui, em que o Incra não mostrou muito escrúpulo em cumprir rigorosamente a exigência do devido processo legal. O mínimo que se deve exigir é que o interessado seja oportunamente intimado para poder exercer os poderes que a legislação prevê.

A circunstância de fatos posteriores apontarem eventualidade de ter tido conhecimento por via transversa, creio que não supre a exigência constitucional. Penso que o Tribunal tem de ser rigoroso nisto.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Vossa Excelência tem razão, como de hábito, no seu apego elogiável à observância do devido processo legal, mas eu também li para Vossas Excelências o seguinte trecho:

> Afora essa última questão de fato, impossível de se analisar em sede mandamental, é de se observar que a autora, na inicial, sequer afirma, categoricamente, não haver recebido a intimação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas eu li o trecho para Vossa Excelência está aqui à fl. 5.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Categoricamente, ele não afirmou.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Categoricamente.

> (...) portanto impossível de ser recebido pela Impetrante.

Está aqui. Ela disse que foi impossível receber a comunicação.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Pode repetir a leitura, Excelência?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pois não. Ela estava falando sobre os ofícios que teriam sido enviados etc.

> Ocorre, que há informação nos autos de que referido ofício teria sido encaminhado ao proprietário do imóvel via Correio com aviso de recebimento (AR), o que nos causa no mínimo estranheza, pois, nas fls. seguintes ao ofício estão juntados cópias do envelope que o deveria ter encaminhado, bem como cópia do AR que o acompanharia, mas Exa., podemos verificar que são somente cópias que não trazem carimbo de postagem, data de postagem e nem mesmo o comprovante do recebimento por parte da Impetrante, isto porque além de todas as irregularidades acima citadas, temos que o endereço constante do envelope não é o da Impetrante, pois seu endereço real é **Rodovia MT 160, Km 12, na Cidade de Alta Floresta-MT, e o endereço que consta da correspondência é Rodovia BR 163, Km 830, na cidade de Sinop**, portanto impossível de ser recebido pelo Impetrante.

Está negando categoricamente que teria sido oportunamente intimado.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Interessante. Li e não interpretei assim. Mas entendo que, quanto ao devido processo legal, o processo está escorreito e não merece censura, *data venia*, de entendimento contrário.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, saber se nós ficamos adstritos à exigência ou vamos à materialidade dos efeitos, penso tratar de matéria muito importante.

Peço vista.

EXTRATO DA ATA

MS 25.391/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Impetrante: Bacaeri Florestal Ltda. (Advogados: Marcelo Bertoldo Barchet e outros). Impetrado: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: Após o voto do Ministro Carlos Britto (Relator), que denegava a segurança, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie (Presidente), os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Falou pela impetrante o Dr. Marcelo Bertholdo Barchet. 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, Eros Grau e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 11 de fevereiro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: A impetrante sustenta a nulidade do decreto presidencial que declarou a Fazenda "Continental III, Lote A" de interesse social para fins de reforma agrária.

2. O Relator, Ministro *Carlos Britto*, denegou a segurança. Refutou os argumentos da impetrante com fundamento no exame dos documentos acostados aos autos e na jurisprudência deste Tribunal.

3. O debate travado quando da prolação desse voto girou em torno da intimação, da proprietária, no que tange à atualização cadastral do imóvel. No documento enviado pelo correio com aviso de recebimento, o Incra informa à impetrante da reclassificação *ex officio* do imóvel, tornando-o passível de desapropriação, e abriu prazo para impugnação.

4. Pedi vista dos autos.

5. No MS 25.351, de que fui Relator, esta Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de que as questões que demandam dilação probatória, incompatível com o rito mandamental, não podem ser objeto de debate em mandado de segurança:

> 1. A impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança torna insuscetível de apreciação, ante a precariedade dos documentos juntados pelas partes, a questão relativa à fraude no aviso de recebimento da notificação ao proprietário do imóvel. Precedente (MS 22.645, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 24-8-2001).

Acompanho o Relator. Denego a segurança, facultado à impetrante o uso das vias ordinárias.

EXTRATO DA ATA

MS 25.391/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Impetrante: Bacaeri Florestal Ltda. (Advogados: Marcelo Bertoldo Barchet e outros). Impetrado: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a segurança. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Declarou impedimento o Ministro Celso de Mello. 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.

———

HABEAS CORPUS 89.310 — SP

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Paciente: Casem Mazloum — Impetrantes: Adriano Salles Vanni e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Quadrilha ou bando. Inépcia da denúncia. Possibilidade de exame mesmo depois de julgada a ação penal. Ordem deferida.**

1. A sobrevinda de acórdão condenatório julgando procedente a denúncia cuja inépcia é questionada no *habeas corpus* não afasta o interesse de exame do *writ*, sendo plenamente possível o reconhecimento da inviabilidade da inicial acusatória e o trancamento da respectiva ação penal, mesmo considerando-se a posterior confirmação levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça no exame de recurso especial.

2. Não se pode ter como sugestivo do crime de quadrilha a mera menção ao nome do impetrante por outros acusados, segundo captada em interceptações telefônicas, sem qualquer base concreta que demonstre, minimamente, a eventual prática delitiva.

3. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito.

4. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

5. Ordem deferida para determinar o trancamento da ação penal instaurada em face do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator para o acórdão.

Brasília, 31 de março de 2009 — Gilmar Mendes, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Casem Mazloum* em face do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 47.220, cuja ementa tem o seguinte teor:

> *Habeas corpus*. *Operação Anaconda. Juiz Federal. Condenação por formação de quadrilha. Alegada inépcia da denúncia e atipicidade da conduta. Improcedência. Acórdão condenatório que examinou detidamente cada uma das inúmeras ações que caracterizaram o vínculo estabelecido entre os integrantes da quadrilha. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.*
>
> 1. As investigações que deram origem à chamada Operação Anaconda, desenvolvidas ao longo de quase dois anos, lograram desbaratar um complexo e extenso grupo composto principalmente de autoridades públicas que, se valendo de sua condição funcional, se associaram para praticar e viabilizar a prática de inúmeros crimes.
>
> 2. O envolvimento do ora paciente, Juiz Federal, está claramente narrado na denúncia, que descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência do crime de quadrilha, apontando indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, tendo-lhe sido garantido o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.
>
> 3. O Tribunal *a quo*, soberano na análise do material fático-probatório, examinando detidamente o vasto conjunto de provas – constituído principalmente de objetos apreendidos, perícias, interceptações telefônicas, interrogatórios dos réus, depoimentos das testemunhas e documentos juntados, além dos diversos indícios considerados no contexto do caso em apreço –, concluiu pela procedência da acusação, traçando o *modus operandi* do grupo de criminosos na preparação e prática de vários delitos, que, mesmo não sendo objeto da ação penal em tela, conduziram os julgadores aos elementos de convicção necessários para a constatação do vínculo de ligação entre os integrantes da quadrilha.
>
> 4. Como se sabe, não é a via do *habeas corpus* a adequada para reexame de provas, a fim de verificar a pretensa não participação do Paciente no crime de quadrilha, mormente se resta configurada a existência de um vasto acervo probatório, oportunamente examinado pelo Juízo ordinário, a apontar em sentido contrário. Pedido de trancamento insubsistente.
>
> 5. Ordem denegada.
>
> (Fl. 1187.)

Os impetrantes impugnam essa decisão do STJ, que confirmou a validade da peça acusatória e, por consequência, do **acórdão condenatório** prolatado pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 249-1184). O paciente foi ali condenado pela prática do crime de **formação de quadrilha**, à pena de "02 (dois) anos de reclusão, **substituída por restritiva de direitos, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a entidade pública ou privada de destinação social, consistente no pagamento em dinheiro do valor equivalente a cem salários mínimos**, (...) com a consequente *perda do cargo de juiz federal* (art. 92, I, *a*, do Código Penal, c/c art. 26, I, da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional)".

Alegam os impetrantes que a denúncia, com relação ao paciente, impediu o exercício da ampla defesa, por "não ter descrito em quais processos [sob sua

jurisdição] havia interesse da quadrilha, em que teriam consistido os atos de sua função jurisdicional de proteção (*quo modo*) e quando teriam ocorrido". Também **não haveria prova mínima** (justa causa) para o oferecimento da ação penal (fls. 5/6).

Buscam, assim, "a concessão da ordem para determinar a nulidade absoluta da denúncia e do acórdão condenatório, com o consequente trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia e atipicidade da conduta neles descrita" (fl. 30).

Não houve pedido de liminar.

A Procuradoria-Geral da República opina pela **denegação** da ordem (fls. 1676-1681).

Os impetrantes requereram a comunicação da data do julgamento com vinte e quatro horas de antecedência, para que possam realizar sustentação oral (fl. 1694).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, a impetração se funda na inépcia da denúncia que deu origem à Ação Penal 128/SP, oferecida contra o paciente perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, alegando-se a inobservância do art. 41 do Código de Processo Penal, porque a peça acusatória não teria indicado "**quando, como**, em **qual** processo e em **que** base empírica estava amparada a afirmação de prática de atos jurisdicionais de proteção aos interesses da quadrilha" denunciada, o que teria acarretado dano ao contraditório e ao exercício da ampla defesa.

Os impetrantes afirmam, também, que a condenação do paciente ocorreu, tão somente, porque este "tinha processos de interesse" da quadrilha "sob sua jurisdição", e utilizava "sua função jurisdicional para proteger os interesses ilícitos da aludida quadrilha".

Por fim, afirmam que o acórdão do TRF da 3ª Região se baseou, para fundamentar a condenação, em fatos que **não estariam descritos na denúncia**, na medida em que, **no momento do julgamento, através de consulta eletrônica da movimentação processual**, a Relatora teria **identificado os processos** que então tramitavam sob jurisdição do paciente, e que seriam do suposto interesse da quadrilha denunciada, da qual faria parte o paciente. Com isso, teria sido violada a garantia do contraditório, tendo em vista a **surpresa** da prova utilizada pela Desembargadora Relatora para proceder à condenação.

Procedo ao julgamento.

A questão central a ser resolvida no presente *habeas corpus* diz respeito a se saber se a denúncia obedece ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.

Entendo, em primeiro lugar, que não estamos diante de flagrante atipicidade da conduta ou de nenhum outro motivo suscetível de conduzir ao

trancamento da ação penal por ausência de justa causa, diferentemente do que se entendeu no HC 86.424, em que a **ordem foi concedida ao paciente** "por não restarem configurados, nem em longínqua apreciação, os elementos do tipo em tese" (HC 86.424, julgamento em 11-10-2005, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes).

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que **não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime**" (cf. HC 83.184, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 3-10-2003).

Ressalto que o trancamento da ação penal via *habeas corpus* por ausência de justa causa, apesar de perfeitamente possível, é tido como **medida de caráter excepcional**, conforme entendimento pacífico desta Corte (cf. HC 82.393, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJ* de 22-8-2003).

Outro dado que merece destaque, também atinente à jurisprudência deste Tribunal: a **denúncia** foi **oferecida em 14 de outubro de 2003**. O **acórdão condenatório** foi prolatado em **17 de outubro de 2004**. Somente em **31 de agosto de 2005** foi impetrado o *habeas corpus* cujo acórdão, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, é agora impugnado.

Ora, no momento daquela impetração (HC 47.220), o ato a ser considerado como "**coator**", em tese, já **não era mais a denúncia**, e sim o **acórdão condenatório**. Este é o entendimento majoritário da Corte (HC 86.630, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, julgamento em 24-10-2006; HC 88.327, Rel. Min. *Eros Grau*, julgamento em 2-5-2006; HC 85.067, Rel. Min. *Carlos Velloso*, julgamento em 25-11-2005; RHC 84.849, Rel. Min. *Eros Grau*, julgamento em 22-6-2005; entre inúmeros outros). Transcrevo os trechos pertinentes das ementas de tais julgados:

> *Habeas corpus*. Penal e processual penal. Incompatibilidade entre o crime de formação de quadrilha e concurso de pessoas. Matéria não submetida a exame do Tribunal *a quo*. Não conhecimento. **Inépcia da denúncia. Inocorrência. Superveniência de sentença condenatória. Novo ato a ser impugnável.**
>
> (...)
>
> **Eventuais vícios da denúncia devem ser arguidos antes da prolação da sentença, que passa a ser o ato impugnável.**
>
> *Habeas corpus* conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.
>
> (HC 88.327.)

> *Penal. Processual penal. Habeas corpus. Questão nova. Denúncia: alegação de inépcia. Condenação pelo Tribunal do Júri. Reexame de provas: impossibilidade.*
>
> (...)
>
> II – **A inépcia da denúncia deve ser alegada no momento processual adequado, vale dizer, antes de proferida a sentença de mérito**.
>
> (HC 85.067.)

> *Recurso ordinário em habeas corpus. Nulidade da denúncia. Preclusão. Indeferimento de diligências. Questão suscitada na origem. Inconsistência da acusação. Matéria probatória.*

2. **Os vícios da denúncia devem ser arguidos antes da prolação da sentença. Precedentes.**
(HC 84.849.)

I – **Denúncia: inépcia: preclusão inexistente, quando arguida antes da sentença**.

A **jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal entende coberta pela preclusão a questão da inépcia da denúncia, quando só aventada após a sentença condenatória** (precedentes); a orientação não se aplica, porém, se a sentença é proferida na pendência de *habeas corpus* contra o recebimento da denúncia alegadamente inepta.
(HC 86.630.)

Somente em casos isolados esse entendimento foi superado por este Supremo Tribunal (HC 85.658, Rel. Min. *Cezar Peluso*, julgamento em 21-6-2005; HC 83.301, Rel. Min. *Marco Aurélio*, Rel. p/ o ac. Min. *Cezar Peluso*).

In casu, o paciente apresentou **sua defesa preliminar** (nos termos do art. 4º da Lei 8.038/1990) em **mais de vinte laudas** (fls. 96/117), para impugnar **unicamente** a acusação de **formação de quadrilha.** Buscou, ali, descaracterizar a tipicidade das **condutas a ele imputadas,** qualificando-as como **fatos isolados**, que não serviriam para demonstrar sua **participação no crime de formação de quadrilha**.

Não obstante isso, **a denúncia foi recebida**, e contra a decisão de recebimento não foi impetrado o *writ* de *habeas corpus*. Aguardou-se, por qualquer motivo, a prolação do acórdão de mérito pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, após alegações finais da defesa apresentadas em **mais de cento e trinta laudas**, veio a **condenar** o paciente.

É difícil crer que uma denúncia alegadamente inepta possa fornecer tanto assunto para ser tratado pela defesa. E o **acórdão do Superior Tribunal de Justiça**, ora impugnado (HC 47.220), **revela a perfeita sintonia da inicial acusatória com os mandamentos do art. 41 do Código de Processo Penal**. Leio alguns fragmentos da **decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça**:

Com efeito, apenas em atenção à clareza e linearidade da exposição, já que há **doze corréus e inúmeros fatos interligados**, pode-se assim resumir a atuação do ora Paciente na quadrilha, consoante narrado na denúncia:

1. Aproveitava-se da sua atividade e/ou autoridade judicial para proteger os interesses ilícitos da quadrilha.

1.1 Merece destaque a **requisição e manutenção irregular de servidores da Polícia Federal, cedidos à Justiça Federal** (Tânia e **César Herman**, sendo este apontado como **um dos mentores e executores dos muitos crimes cometidos pela quadrilha**), com total inobservância das regras básicas que disciplinam a disposição de funcionários de um órgão para outro. **Esses agentes, ao que consta, estavam diretamente ligados aos magistrados integrantes da quadrilha**, sem nenhum controle sobre as atividades desenvolvidas. A situação viria, convenientemente, **a facilitar a livre atuação de um braço da organização criminosa**.

1.2 Apurou-se a **facilitação de descaminho e/ou contrabando com a intermediação de César Herman** que, em conversa com Miltinho, a propósito dos

atos necessários à internação de mercadorias no Brasil (motocicletas entre outras) de forma ilícita, "ajeitou" para que as internações **ocorressem** nos dias em que Augusto **Magnussom** Junior (Agente de Polícia Federal lotado no Aeroporto de Cumbica, chefe de equipe do **Terminal 1**) **estivesse de serviço**.

A denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal contra Magnussom, a propósito, foi rejeitada por Casem Mazloum, então titular da 1ª Vara Federal Criminal. A 5ª Turma do **TRF/3ª Região deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet* e determinou o recebimento da denúncia**.

Ressalte-se que **o fato não deve ser considerado isoladamente, mas inserido no contexto em que se buscou evidenciar a relação existente entre as pessoas envolvidas**.

1.3 Há referência a **atos ilícitos que redundaram no arquivamento de inquérito policial perante a Justiça Estadual (Comarca de São Vicente**), sendo o Juiz **Casem Mazloum acusado de prestar orientação jurídica aos agentes envolvidos no episódio**:

(...)

Com a decisiva participação de Niemer (Delegado da Polícia Civil de São Vicente), Naisser (Delegado de Polícia Civil), Guerra (Delegado Seccional), Rui (Delegado de Polícia Civil) e do Desembargador Mariano (provavelmente, Mariano de Siqueira Neto – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) e auxiliado por Wagner (Peru), **Bellini, César e Sérgio Chiamarelli Junior livraram-se de um inquérito instaurado em São Vicente/SP, para averiguação de abuso de autoridade e possíveis outros delitos cometidos naquela localidade**, conforme cópias constantes destes autos (fls. 1382/1401).

Bellini **contou**, ainda, **com a orientação jurídica de João Carlos da Rocha Mattos e Casem Mazloum** e com a benevolência, para dizer o mínimo, de Dirceu Bertin, atual Corregedor-Geral da Polícia Federal no Estado de São Paulo.

(...)

O inquérito terminou por ser arquivado perante a Comarca de São Vicente. Esses fatos serão, agora, investigados sob novas luzes, dados os **indícios de cometimento de tráfico de influência, favorecimento pessoal, advocacia administrativa, condescendência criminosa e prevaricação**.

2.2 Diz ainda a **denúncia**:

> "Dentre os 'serviços' prestados por parte dos integrantes da quadrilha, inclui-se o **agenciamento de escuta telefônica clandestina**, ou seja, aquela que não foi autorizada judicialmente e **envolvendo pessoa que sequer está sendo investigada criminalmente**. E **'serviço' dessa natureza foi prestado ao magistrado Casem Mazloum, conforme conversas havidas durante o período de monitoramento autorizado judicialmente**.
>
> No áudio da conversa, **Casem liga para César Herman em 17-9-2002**. Conversam, sempre de forma cifrada, sobre uma reunião à qual **César** compareceu e na qual teria tratado de assuntos de interesse comum, quando **tratam da interceptação clandestina, que seria um favor a um grande amigo de Casem, prefeito do município de Cotia/SP**.
>
> Em contato telefônico ocorrido no dia 19-9-2002, **Caled (primo de Casem) liga para César Herman,** no terminal (11)9985-6898 (áudio 020919151139.C001) e ambos conversam sobre a instalação de um grampo no telefone de número 9984-6079 (pertencente a Valdean Cardoso de Sousa, CPF 247.699.308-52, placa JMB-3385) e, conforme declarado por **César**

Herman, ele próprio iria obter *'oficialmente'* as informações solicitadas, ao argumento que se tratavam de ameaças a Prefeito de Cotia e a seus familiares, sabidamente não verdadeiro.

Casem Mazloum e **César Herman** ao procederem na forma acima descrita praticaram crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.296/96.

(...)

As **vantagens** oferecidas pelos integrantes da quadrilha **aos magistrados** são as mais variadas.

Merece atenção, também, o **presente que César diz ter conseguido para o magistrado Casem Mazloum e família**.

Em dezembro de 2002, **o magistrado e sua família teriam sido contemplados com bilhetes aéreos, em classe executiva, para o Líbano**, país de origem da família Mazloum, no valor de US$ 2.000 (dois mil dólares americanos). Dado o valor dos bilhetes, e a 'performance' do grupo, tudo indica que também aqueles bilhetes **podem ser fruto da prática de algum delito ou alguma espécie de vantagem indevida**.

Durante o monitoramento, não foram poucas as conversas nas quais ficou clara a proximidade, a intimidade de César Herman e Bellini com os Juízes Federais, e com pessoas ligadas a eles. Assim é que César Herman transforma-se em 'advogado', administrador dos bens dos 'magistrados', além de consultor familiar.

A **estreita ligação entre os integrantes do grupo, marcada por várias conversas para a tomada de decisões comuns, manifestando a unidade de desígnios e propósitos dos agentes, para a execução de delitos com a troca constante de favores**, bem como a utilização das atribuições funcionais e profissionais especializadas de cada um deles e, ainda, a de intermediários (com maior ou menor grau de participação na organização criminosa) para a ocultação de bens adquiridos a partir da prática de crimes, comprovam a existência de quadrilha (art. 288 do CP)."

Também é claro o voto quando afasta a alegada omissão da denúncia pela falta de referência a datas da participação do paciente nos atos praticados pela organização criminosa, *verbis*:

> Outrossim, não procede a alegada falta de definição temporal do ingresso do Paciente nos desígnios da quadrilha. Todos os relatos que apontam o efetivo liame entre as condutas que caracterizam o crime de quadrilha estão devidamente situados, sendo a maior parte deles, inclusive, **oriundo de gravações telefônicas com data e hora**.
> (Destaquei.)

Em que pese a alegação dos impetrantes de que a denúncia não precisa a data e o local de surgimento da quadrilha, entendo que **tal omissão não é decisiva para a caracterização do crime em questão**. O crime de "quadrilha" é **permanente**, pois sua consumação se perpetua no tempo e, no caso dos autos, estava em atividade quando do oferecimento da denúncia. Além disso, é crime **formal,** que se consuma independentemente da efetiva prática dos crimes para os quais a associação se formou.

É importante frisar que a descrição da peça inicial acusatória é permeada por citações às interceptações telefônicas realizadas que, em casos tais, revelam data e hora de cada chamada efetuada ao longo do procedimento, demonstrando a **existência do perene vínculo associativo** entre os denunciados, incluindo o paciente, para a **prática de crimes**, em especial de "**tráfico de influência, favorecimento pessoal, advocacia administrativa, condescendência criminosa e prevaricação**".

Da simples leitura dos termos da denúncia, constata-se que o Ministério Público apresentou fatos concretos, os quais, ao menos em tese, configurar-se-iam como ilícitos penais e que redundaram em decisão condenatória. A inicial acusatória não somente indicou, de modo preciso e adequado, a autoria e a materialidade delitiva das infrações apuradas (CPP, arts. 41 e 43), como também especificou, de maneira detalhada, a participação do ora paciente.

Para demonstrar a correção do acórdão impugnado, que considerou **idônea a peça inicial** que deu origem à Ação Penal 128/SP, bem como para evidenciar sua sintonia com o que está contido na acusação, leio trechos da **denúncia alegada inepta**:

> **III – Objeto e Estrutura da Quadrilha**
>
> Do monitoramento das conversações telefônicas dos terminais fixos e móveis, foi sendo delineada a **rede criminosa**, configurando-se a participação dos investigados no crime de formação de quadrilha.
>
> Nesta denúncia, cuida-se apenas do crime de formação de quadrilha. A quadrilha é composta por **mentores, auxiliares e informantes**.
>
> Entre os mentores, há um magistrado federal, **João Carlos da Rocha Mattos**, um delegado da Polícia Federal, **José Augusto Bellini**, um agente da Polícia Federal, **César Herman Rodriguez** e um advogado, Delegado da Polícia Federal aposentado, **Jorge Luiz Bezerra da Silva**. Os mentores têm a função de planejar, promover, organizar ou dirigir atividades dos demais participantes. **César Herman** apresenta também a particularidade de executar muitas das atividades determinadas pelos demais mentores.
>
> (...)
>
> Os magistrados **Casem Mazloum** e **Ali Mazloum** ocupam **funções peculiares na quadrilha**, pois têm **jurisdição em processos de interesse dos mentores** daquela, bem como **utilizam-se de "serviços" prestados pela quadrilha para obter vantagens e/ou favores ilícitos**.
>
> **Aproveitam-se da função jurisdicional para proteger os interesses ilícitos da quadrilha**.
>
> **José Augusto Bellini, César Herman Rodriguez, Dirceu Bertin e Jorge Luiz Bezerra da Silva**, na posição de Delegados e Agentes de Polícia Federal, ainda que haja um aposentado, atuam **oferecendo seus "serviços" a pessoas investigadas em inquéritos policiais, cobrando e recebendo, para tanto, valores para remunerar a própria intermediação dos serviços ilícitos**, bem como valores destinados ao **pagamento de propinas (valores ou favores) a servidores públicos**, integrantes ou não da quadrilha, em troca de proteção para atividades ilícitas.
>
> (...)
>
> **Wagner Rocha, Norma Regina Emílio Cunha, Carlos Alberto da Costa Silva, Affonso Passarelli Filho e Sérgio Chiamarelli Junior** atuam na execução dos crimes planejados pela quadrilha, quer atuando em processos, quer obtendo

informações sobre andamento de inquéritos e ações penais e contatos com os "usuários" dos serviços da quadrilha.

Os magistrados federais **Casem Mazloum e Ali Mazloum participam de parte das atividades da quadrilha, como já mencionado acima, utilizando-se, basicamente, da sua atividade e/ou autoridade judicial.**

Nem todos os membros dessa organização mantêm contato constante ou se conhecem, de modo que alguns ignoram o que e como os outros participantes desempenham suas tarefas, em locais e níveis diversos.

Todavia, **todos agem conscientemente para a realização das atividades deliberadas pelos mentores da quadrilha**.

(...)

Parte das atividades da quadrilha consiste em **infiltrar-se, através de seus membros ou de seus auxiliares eventuais, em companhias telefônicas, órgãos da Justiça, Polícia e outras instituições públicas e privadas para que tenham acesso a dados cadastrais de pessoa física ou jurídica, alvarás de autorização de monitoramento telefônico, dados de procedimentos criminais diversos, inquéritos e outros procedimentos administrativos**.

Ressalve-se que **toda a ação delituosa** aqui descrita só se tornou possível **graças à adesão voluntária e consciente de agentes do Estado a um projeto criminoso**, apto a lesar, a partir do ajuste consensual quanto à prática de diversos ilícitos penais, a própria paz pública, que constitui o bem jurídico protegido pelo art. 288 do Código Penal (formação de quadrilha).

(...)

IV – Ações dos acusados que comprovam a atuação organizada, pré-ajustada e constante ao longo do tempo, para a prática de crimes

Quanto aos magistrados federais acima nominados, os indícios levantados no curso das investigações apontam para **diversos graus de participação na quadrilha**, bem como indicam que aqueles **estejam se utilizando ou prestando serviços**, em maior ou menor grau, **para ter acesso a vantagens ilícitas**.

O monitoramento telefônico, ilustrado através dos diagramas de ligações telefônicas (fls. 1305/1344), **comprova, seguramente, a participação dos acusados na prática de condutas criminosas**, por ação ou omissão, contra a Paz Pública, contra a Fé Pública, contra a Administração Pública e da Justiça, com o fito de **proteger os intermediadores e/ou servidores que intervêm nos procedimentos administrativos**, além de fornecer **cobertura aos negócios ilícitos geridos por pessoas que pagam pelas atividades da quadrilha**, consistentes na **interrupção de investigações em andamento**, quando não pela conclusão das mesmas pela autoridade policial, **excluindo a responsabilidade penal dos "clientes" da quadrilha, além da liberação de mercadorias apreendidas**.

A estrutura montada conta com a **destacada atuação dos magistrados**, para o caso de as investigações **saírem do controle e ensejarem as ações penais que não possam, sem excessivo risco, ser rejeitadas de plano**, tendo, assim, **garantida a interrupção daquelas e/ou a absolvição dos autores de delitos penais, a despeito de toda a prova e evidência existentes nos autos**.

Na Justiça Federal, **em São Paulo, a organização conta com a participação dos Juízes Federais** João Carlos da Rocha Mattos, **Casem Mazloum** e Ali Mazloum, todos titulares de varas criminais na Capital.

(...)

V – Casos em que houve a comprovada atuação da quadrilha

(...)

V.1 – Concerto de vontades dirigido à associação em quadrilha para o fim especial de praticar crimes, com a participação dos magistrados

(...)

V.1. b) Da facilitação de descaminho e/ou contrabando

No dia 10-9-2002, **César Herman** conversa com Miltinho a propósito dos **atos necessários à internação de mercadorias no Brasil** (motocicletas entre outras) de forma **ilícita**, "ajeitando" para que as internações **ocorressem nos dias em que Augusto Magnussom Junior** (Agente de Polícia Federal lotado no Aeroporto de Cumbica, chefe de equipe do Terminal 1) **estivesse de serviço**.

Ressalte-se que **Magnussom foi denunciado pelo Ministério Público Federal, tendo sido a denúncia rejeitada por Casem Mazloum, como titular da 1ª Vara Federal Criminal**. A E. **5ª Turma deste TRF/3ª deu provimento ao recurso em sentido estrito do MPF e determinou o recebimento da denúncia**. Os autos (**2001.61.81.001141-9**) encontram-se neste C. TRF da 3ª Região 12, no gabinete do atual relator.

(...)

V.1. f) Da atuação de membros da quadrilha para facilitar o uso de placas reservadas em seus veículos particulares

Durante o **monitoramento telefônico**, **várias foram as conversas relativas ao episódio envolvendo os magistrados** João Carlos da Rocha Mattos, **Casem Mazloum** e Adriana Pileggi de Soveral, abordando o **uso, pelos mesmos, de placas reservadas à Polícia Federal**.

O assunto veio à tona em função de matéria jornalística, dando conta de que os magistrados usavam, em seus carros particulares, placas de veículos de uso reservado em investigações pela Polícia Federal. (...) Este episódio ensejou a instauração de **Inquérito Judicial n. 2002.03.00.018238-8**, em trâmite perante esta Colenda Corte, que apura as circunstâncias nas quais foram entregues aquelas placas e como são usadas.

Em 19-9-2002, **César Herman** telefona para **João Carlos da Rocha Mattos** 23 e conta que foi criada uma comissão normativa na Polícia Federal para disciplinar o uso das chamadas placas reservadas. Ao que tudo indica, essa comissão resulta da circulação da notícia da instauração do inquérito judicial acima mencionado. Diz **César Herman** que **vai pegar com o pessoal da comissão todo o material**. **João Carlos**, então, indaga se **Bellini** resolveu como ele, **João Carlos**, havia dito.

César responde que **está tudo resolvido e já há três placas designadas**.

João indaga se não seriam quatro: duas dele, **uma de Casem** e outra da Juíza Adriana. **César** informa que a comissão normativa vai sugerir normas atinentes ao uso de placas reservadas nos carros a serviço, inclusive naqueles dos próprios juízes. (...)

Em 17-10-2002, Aloízio Rodrigues 24 liga para **César Herman**, e comenta que **Aldo e Duran (Delegados de Polícia Federal) vão responder, através de ofício, sobre o levantamento das placas**, as quais estão à disposição dos juízes. Aloízio pede para César solicitar as placas a **Bellini. César** comenta que **Casem Mazloum já as devolveu, ao que Aloísio observa que há a possibilidade de Casem ter feito cópia da placa que usava**. Durante o diálogo, **César** e Aloízio comentam os nomes das pessoas que ficaram com as placas, ou seja, **Casem (Mazloum)**, Adriana, Aloísio, João Carlos e "Jaber".

(...)

No inquérito judicial anteriormente citado, e **instaurado no âmbito dessa Corte, para fins de apuração das responsabilidades dos Juízes Federais aqui acusados, pelo uso ilegal de placas de uso reservado da Polícia Federal**, foi chamado a depor o Delegado Federal Bellini, o que motivou conversa com **João Carlos** 28, em 26-12-2002.

Bellini dava notícia sobre intimação para comparecer a este C. TRF/3ª, a fim de **prestar esclarecimentos sobre o uso de placas reservadas em carros particulares dos magistrados**. João Carlos o orienta para **negar que os juízes as usavam**, o que foi acatado por Bellini (...). Por fim, Bellini observa que **precisavam conversar para "acertar" a linha de argumentação, e dessa conversa participariam João Carlos, Casem e Pavão**.

(...)

A forma de tratamento entre **João Carlos da Rocha Mattos** e os demais integrantes da quadrilha, servidores públicos federais, revela confiança, "camaradagem", fruto da diuturna comunicação, **formando um grupo permanente para o cometimento de ilícitos penais**, facilitados pelo mau uso do cargo que ocupam.

Assim é que João Carlos **cuida dos interesses dos demais colegas, Casem Mazloum e Adriana Pileggi de Soveral com toda a familiaridade**, ao indagar se todos terão as placas reservadas novamente. (...)

Os magistrados acusados permitem-se a prática de atos irregulares com a colaboração de agentes policiais, em benefício próprio, **usando bens de exclusivo uso público em seus bens particulares, revelando certa naturalidade, possível decorrência da habitualidade**.

Pode-se concluir que **a cessão de placas de uso reservado pela Polícia Federal** representa uma **vantagem por outros "favores" prestados pelos magistrados**, agindo os membros da quadrilha que pertencem aos quadros daquela de modo a facilitar a obtenção das referidas placas, usando-se de mecanismos irregulares.

V.1. g) Da participação para a interceptação ilícita de conversas telefônicas

Dentre os **"serviços" prestados por parte dos integrantes da quadrilha**, inclui-se o **agenciamento de escuta telefônica clandestina**, ou seja, aquela que **não foi autorizada judicialmente e envolvendo pessoas que sequer estão sendo investigadas criminalmente**. E **"serviço" dessa natureza foi prestado ao magistrado Casem Mazloum, conforme conversas havidas durante o período de monitoramento autorizado judicialmente**.

No áudio da conversa, **Casem liga para César Herman em 17-9-2002**. Conversam, sempre de forma cifrada, (...) **quando tratam da interceptação clandestina, que seria um favor a um grande amigo de Casem, prefeito do município de Cotia/SP**.

Em contato telefônico ocorrido no dia **19-9-2002**, **Caled (primo de Casem) liga para César Herman**, no terminal (11) 9985-6898 (áudio 020919151139. C001), e **ambos conversam sobre a instalação de um grampo** no telefone de número 9984-6079 (pertencente a Valdean Cardoso de Sousa, CPF 247.699.308-52, placas JMB-3385) e, conforme declarado por César Herman, ele próprio iria obter "oficialmente" as informações solicitadas, **ao argumento que se tratavam de ameaças a Prefeito de Cotia e a seus familiares**, sabidamente não verdadeiro.

Casem Mazloum e **César Herman** ao procederem na forma acima descrita praticaram crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.296/96.

(...)

V.1. l) Dos atos ilícitos que redundaram no arquivamento de inquérito policial perante a Justiça Estadual (Comarca de São Vicente)

No dia 18-12-2002, Bellini liga para César Herman procurando saber as novidades. César diz que esteve na Justiça e na Marítima (DELEMAF), acrescentando que "está indo". **Bellini diz que hoje falou com Ali e com outro**. (...) Em seguida, Bellini fala para César que está resolvendo os problemas deles, inclusive o de Santos (possivelmente se referindo a um **inquérito instaurado na Delegacia de Polícia Civil de São Vicente/SP**).

(...) **Bellini**, **César e Sérgio Chiamarelli Junior livraram-se de um inquérito instaurado em São Vicente/SP, para averiguação de abuso de autoridade e possíveis outros delitos cometidos naquela localidade, conforme cópias constantes destes autos** (fls. 1382/1401).

Bellini contou, ainda, com a orientação jurídica de João Carlos da Rocha Mattos e Casem Mazloum e com a benevolência, para dizer o mínimo, de Dirceu Bertin, atual Corregedor-Geral da Polícia Federal no Estado de São Paulo.

(...)

O inquérito terminou por ser arquivado perante a Comarca de São Vicente. Esses fatos serão, agora, investigados sob novas luzes, dados os indícios de cometimento de tráfico de influência, favorecimento pessoal, **advocacia administrativa, condescendência criminosa e prevaricação**.

V.2 – A contribuição de forma estável e permanente dos membros da quadrilha, bem como do envolvimento com réus em ações penais, condição fundamental no modo como opera o grupo criminoso

(...)

Constata-se que **as ações da quadrilha envolvem, também, outros ramos do crime organizado como lavagem de ativos e crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**.

(...) durante o monitoramento efetuado, apurou-se que a quadrilha mantém, ainda, estreita ligação com Law Kin Chong, como a seguir se passa a demonstrar.

(...)

É altamente suspeita a proximidade de integrantes tão ativos do grupo com o infrator conhecido, **mormente quando o inquérito policial tramita junto à 7ª Vara Federal**. É autorizado concluir que as relações "negociais", entre Law e demais integrantes da quadrilha, perduram desde aquela época até o presente, como dão conta as conversas recentes registradas em 19-9-2003 (...).

(...)

As conversas monitoradas durante os dias 20 e 21-9-2003 demonstram a apreensão diante do até então revelado sobre as investigações, que culminaram com a **prisão** não só de Ari Natalino, como também de Roberto Eleutério da Silva, conhecido por Lobão, graças ao monitoramento telefônico autorizado judicialmente, como se deu no presente feito. **Bellini, João Carlos, Casem, Dirceu Bertin e César Herman se reúnem**. **Suspeitam que podem também estar sendo monitorados**, pois ficam sabendo que o Juiz Federal da "12ª Vara Criminal" (sic) detém disquetes com outras tantas gravações.

(...)

V. 3 – Dos favores trocados entre diversos integrantes da quadrilha que demonstram a permanência desta e episódios afetos à atuação daqueles, que assumem a titularidade dos bens adquiridos com a atividade criminosa,

demonstrando meios utilizados pela quadrilha para encobrir a origem do produto do crime

Em clima de desentendimento entre **Bellini** e **Norma, César Herman** sugere a **Bellini** alguns argumentos para conter **Norma**, entre eles a menção a contas na Suíça em seu nome (de **Norma**), o que já seria objeto de investigação da Polícia Federal.

Em diversas conversas entre **César Herman** e **João Carlos**, **uma delas mencionando Casem Mazloum, e entre César e terceiros**, **verifica-se que César fornece aparelhos telefônicos irregulares aos magistrados**.

A influência do magistrado Casem Mazloum junto à Polícia Federal ficou também demonstrada na **"requisição" de agentes policiais federais** para ficarem à disposição da Justiça Federal. Todavia a referida requisição **reduz-se ao seu gabinete e àqueles dos demais magistrados integrantes da quadrilha**.

Assim é que, em conversa havida em 16-10-2002, **Tânia Mara Peixoto Nunes (APF) liga para César Herman e diz que será ouvida, naquela data, na sindicância sobre "aquele negócio"**. Em seguida**, Tânia pergunta se César ouviu alguma "coisa" do DRP** (Delegado Regional Policial) **sobre a frequência de ambos e quem está "fazendo"** (a frequência). César responde negativamente à primeira pergunta. Tânia pergunta a César se não teria que ser **expedido um ofício pela Justiça informando que eles estão trabalhando normalmente** ou Berenice vai "fazer" todo mês. (...)

O assunto volta a ser discutido entre Tânia e **César Herman**, em 6-5-2003, **porque estaria com sua folha de frequência em branco há três meses**, que Mario José Grachet (DRP) chamou-a **para conversar com Francisco Baltazar da Silva** (atual Superintendente da Polícia Federal no Estado de São Paulo). Tânia comenta que **Casem vai fazer uma visita na sede da Polícia Federal, para ver a custódia e logicamente os dois (Tânia e César) estarão juntos lá, bem como devem aproveitar para que Baltazar converse com o Casem**, pois só havia um ofício e uma O.M. em aberto há um ano, sem relatório sobre o que eles (Tânia e **César**) estão fazendo. **Tânia diz ainda que acha que o Baltazar não quer tirá-los de lá (Justiça Federal), mas quer oficializar essa situação e se o magistrado Casem oficializar a ida dos dois para Justiça, ele (Baltazar) publica**.

Dessa conversa **percebe-se que os dois mencionados servidores da Polícia Federal ficaram à disposição do magistrado Casem, e sem qualquer ato regular que a tanto autorizasse**.

(...)

As vantagens oferecidas pelos integrantes da quadrilha aos magistrados são as mais variadas.

Merece atenção, também, **o presente que César diz ter conseguido para o magistrado Casem Mazloum e família**.

Em dezembro de 2002, **o magistrado e sua família teriam sido contemplados com bilhetes aéreos, em classe executiva, para o Líbano, país de origem da família Mazloum, no valor de US$ 2.000 (dois mil dólares americanos).** Dado **o valor dos bilhetes**, e a **"performance" do grupo**, tudo indica que **também aqueles bilhetes podem ser fruto da prática de algum delito ou alguma espécie de vantagem indevida**.

Durante o monitoramento **não foram poucas as conversas nas quais ficou clara a proximidade, a intimidade de César Herman e Bellini com os Juízes Federais, e com pessoas ligadas a eles**. Assim é que César Herman transforma-se em "advogado", administrador dos bens dos "magistrados", além de consultor familiar.

(...)

A estreita ligação entre os integrantes do grupo, marcada por várias conversas para a tomada de decisões comuns, manifestando a unidade de desígnios e propósitos dos agentes, para a execução de delitos com a troca constante de favores, bem como a utilização das atribuições funcionais e profissionais especializadas de cada um deles e, ainda, a de intermediários (com maior ou menor grau de participação na organização criminosa) para a ocultação de bens adquiridos a partir da prática de crimes, comprovam a existência de quadrilha (art. 288 do CP).

(...)

VI – Conclusão

Por todo o exposto, **existem indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas**, apontando que os magistrados, servidores públicos e particulares, abaixo nominados, associaram-se de forma permanente, com maior ou menor grau de participação, agindo com unidade de desígnios e propósitos para praticar crimes.

Nas diversas ações da quadrilha, acima narradas, verifica-se que:

(...)

f) **João Carlos da Rocha Mattos**, **Casem Mazloum**, **César Herman** e **José Augusto Bellini** atuam com unidade de desígnios e propósitos para **obterem de forma irregular o uso das chamadas placas reservadas** (V.1.f);

g) **Casem Mazloum** e **César Herman** planejam e atuam na prática de **crime de interceptação telefônica** sem autorização judicial (V.1.g);

(...)

l) **José Augusto Bellini, Dirceu Bertin, Wagner Rocha, César Herman Rodriguez e Sérgio Chiamarelli Jr** planejam e executam com auxílio de terceiros as **ações criminosas que redundaram no arquivamento de inquérito policial em São Vicente**, bem como a **manipulação de processo disciplinar**, contando com a orientação de **João Carlos da Rocha Mattos e Casem Mazloum** (V.1.l);

(...)

o) **Todos os acusados integrantes da quadrilha trocam "favores" entre si utilizando-se de suas funções públicas** ou de suas atividades privadas visando à eficácia das ações criminosas planejadas e executadas pela quadrilha (V.3);

(...)

Ora, não há qualquer sombra de dúvida de que a participação do paciente no crime de formação de quadrilha está devidamente descrita na inicial acusatória, que procurou demonstrar a **união de desígnios dos acusados** para o cometimento de crimes, a **estabilidade** da associação, e a **constante troca de presentes e favores** entre eles.

Está narrada, ainda, **com detalhes,** a função de cada um dos acusados na suposta quadrilha, sendo que ao Paciente cabia **promover o arquivamento dos inquéritos de interesse da quadrilha que tramitavam sob sua jurisdição**; conseguir que **fossem arquivados inquéritos sob jurisdição de outros juízes, através de sua influência como magistrado federal;** obter o arquivamento de **processos administrativos** contra membros da quadrilha, recebendo, em troca, presentes e favores, como, **por exemplo**, 1) os **oito bilhetes** para o Líbano dados por César Hermann ao paciente Casem Mazloum e sua família, **passagem de dois mil dólares**, de acordo com Hermann no diálogo interceptado; 2) o uso de placas privativas da Polícia Federal, cedidas pelos agentes daquela corporação

que faziam parte da quadrilha; 3) a **interceptação telefônica ilegal** que Cesar Hermann promoveu a pedido do paciente.

Há ainda outros favores, como veremos adiante. **De todo modo, já com isso é possível afirmar que os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal estão plenamente preenchidos**.

Sobre esse aspecto, elucidativo é o **parecer** exarado pela Procuradoria-Geral da República, do qual transcrevo o seguinte trecho (fls. 1676-1681):

> (...)
> 6. O envolvimento do paciente nas atividades da citada quadrilha, na qualidade de juiz federal, foi cuidadosamente descrita na denúncia ofertada pelo Ministério Público, na qual estão elementos mais que suficientes para a deflagração da persecução penal. **Logo nos primeiros trechos da inicial acusatória, consta que o paciente e seu irmão Ali Mazloum ocupavam funções peculiares na quadrilha, pois tinham jurisdição em processos de interesse dos membros daquela, assim como utilizavam-se de "serviços" prestados pela quadrilha para obter vantagens e/ou favores ilícitos.** Em resumo, **utilizavam-se "da função jurisdicional para proteger os interesses ilícitos da quadrilha"** (fl. 39). Adiante, o Ministério Público Federal descreve diversas ações dos acusados que comprovam a "atuação organizada, pré-ajustada e constante ao longo do tempo" (fl. 41) para a prática dos crimes, citando, ainda, casos em que restou bem clara a destacada ação dos magistrados federais nas atividades do grupo.
> 7. Entendemos, assim, que a denúncia descreveu suficientemente as condutas delitivas, não padecendo da inépcia apontada na inicial. De acordo com o mais recente entendimento desse Eg. STF, "não é inepta a denúncia que atende aos requisitos exigidos pelo Código de Processo Penal, permitindo ao acusado ter conhecimento dos fatos que lhe são imputados", exatamente como ocorreu no caso em estudo (HC 85.953/RS, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 6-12-2005, *DJ* de 31-3-2006, p. 17).
> 8. **De outro lado, resta claro que a pretensão da defesa é o revolvimento das provas colhidas durante a instrução – não obstante insista em afirmar o contrário – como se pode observar a partir da extensa lista de documentos juntados a estes autos: ofícios encaminhados pelo paciente quando ainda exercia a função de juiz federal, relatórios de transcrições de diálogos interceptados pela Polícia, declarações de imposto de renda, entre outros** (v. fls. 32/35).
> (...)

(Fl. 1679 – Destaquei.)

Na denúncia, além da alusão a trechos constantes das interceptações telefônicas promovidas durante a investigação dos fatos que deram origem à condenação do paciente, o Ministério Público Federal foi bastante claro, como vimos, ao individualizar o papel do paciente na quadrilha.

Assim, entendo que **a denúncia é formalmente idônea,** ao atribuir ao paciente a participação no delito de formação de quadrilha ou bando, indicando provas de tudo que descreve, possibilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, **não** se podendo falar em **inépcia** da peça inicial acusatória ou **ofensa ao princípio da ampla defesa**.

Os impetrantes alegam, ainda no tocante à inépcia, que teria havido prejuízo à defesa, pela falta de **detalhamento**, na denúncia, a respeito dos processos judiciais que estariam sob a jurisdição do paciente e que seriam do interesse da quadrilha de que é acusado de participar.

Contudo, **o voto condutor do acórdão proferido no julgamento da Ação Penal 128/SP, bem enfrentou a questão**:

> (...)
> Antes, uma breve consideração a respeito do princípio da correlação entre a denúncia e a sentença.
> **Tratando-se de processo-crime por formação de quadrilha, os crimes autônomos não são investigados, e nem constituem elementares do tipo que devam constar, necessariamente, um a um, na denúncia.**
> **A referência aos fatos se faz unicamente para demonstrar os indícios de que a associação visa à prática de crimes, indistintamente, bastando a alusão expressa a um ou alguns, não havendo necessidade de indicação, e menos ainda de prova de todos.**
> O que se prova é a ocorrência da associação criminosa, e os fatos ilícitos autônomos servem como elementos evidenciadores da intenção dos agentes associados. **Os crimes autônomos não são objeto da prova, e, portanto, a sentença não está a eles vinculada**.
> Quer isso dizer que outros fatos delitivos, além dos constantes da denúncia, podem surgir no decorrer da instrução, e poderão ser considerados no julgamento. Assim como alguns dos crimes apontados na denúncia podem não se delinear, ou mesmo coletar-se prova de que não ocorreram, sem que haja prejuízo à formação do juízo condenatório em relação à quadrilha.
> (...)

O crime de formação de quadrilha, como já dito, é um **delito formal**, que não exige a consumação dos outros delitos, para os quais ela teria se formado. Bastam, portanto, para sua configuração: 1) a **associação estável** entre os seus membros, e **quanto a isso há farto material na interceptação telefônica** – como se vê da denúncia e do voto condutor do acórdão condenatório –; e 2) a existência de **liame subjetivo** entre as condutas do paciente e dos demais condenados na ação penal em tela, condutas essas que, **de modo organizado**, voltaram-se à prática de delitos, como narra a inicial acusatória (delitos que expressamente refere: tráfico de influência, favorecimento pessoal, advocacia administrativa, condescendência criminosa e prevaricação).

Para afastar a tese de cerceamento de defesa, suscitada pelos impetrantes, é preciso acrescentar que **a correlação denúncia/sentença** – no que diz respeito à **existência de uma associação estável** de pessoas destinada à prática de crimes – **ficou devidamente evidenciada no voto condutor do acórdão proferido no julgamento da Ação Penal 128/SP**, de onde extraio o seguinte trecho:

> (...)
> IV – César Herman Rodriguez

Em torno de César Herman giram todas as ações do grupo, pois se ocupa da organização, operacionalização, execução, contabilidade, administração de patrimônio, etc.

Escritório de Advocacia

O agente da Polícia Federal César Herman Rodriguez é o **centro de comando do escritório de advocacia titularizado por Affonso Passarelli**. É ele quem **dirige pessoalmente as atividades do escritório**, controla as contas respectivas, as entradas e saídas de dinheiro, assim como os negócios e transações efetuados, estando sob sua livre deliberação aquisições e vendas de bens móveis ou imóveis.

(...)

Não apenas a reintegração de César Herman viabilizaria planos da quadrilha, mas também a prestação de serviços no Fórum Federal. (...)

O corréu César Herman prestava serviços à Justiça Federal Criminal, requisitado que fora pelo Juiz Federal Coordenador Administrativo, à época, o também acusado Casem Mazloum. A cessão, dele e da agente Tânia Mara Peixoto Nunes, deu-se de forma irregular, como informou, em depoimento judicial, o Superintendente da Polícia Federal em São Paulo. Francisco Baltazar da Silva relatou que o ofício requisitório não seguiu os trâmites regulamentares, de modo que os agentes não se submetiam a qualquer controle, de frequência ou prestação de serviço. Na hipótese de cessão para outro órgão, o ato depende de ato do Ministro da Justiça, formalidade não observada *in casu*.

(...)

Caso escuta ilegal

O juiz federal Casem Mazloum procura César Herman e revela, sem cerimônia, a intenção de obter interceptação ilegal de telefone, no interesse de um prefeito do interior, que suspeita de traição conjugal.

César mostra-se receptivo, dizendo factível a realização do serviço, por meios ilegais, inclusive com o uso irregular de senhas de acesso judicialmente concedidas. Se necessário, solicitará o monitoramento "oficialmente", dizendo que o prefeito está sendo ameaçado. Faz vários contatos, inclusive com policiais, refere a viabilidade de acesso a funcionário da operadora de telefonia, busca obter os históricos de chamadas efetuadas e recebidas, documentos protegidos por sigilo, e procura a pessoa que fará a "prova auditiva", ou seja, o "grampo" do telefone da mulher do prefeito. **De tudo passa informações a Casem Mazloum e Caled, pessoa ligada a Casem, que teria solicitado o serviço**.

César comenta que **forneceu gravação para ser "escutada" pelo interessado**, para formar o convencimento próprio, não sendo possível afirmar, nem descartar a hipótese, de se referir à própria conversação ilegalmente interceptada.

(...)

XII – *Casem Mazloum*

O juiz Casem Mazloum é titular da 1ª Vara Criminal, da Justiça Federal de São Paulo, irmão do juiz Ali Mazloum. Mantém relacionamento com os corréus João Carlos da Rocha Mattos, César Herman Rodriguez e José Augusto Bellini.

É coordenador administrativo do Fórum Criminal e, nessa qualidade, **requisitou** os agentes federais **César Herman** e Tânia Peixoto, para prestarem serviços na sede da Justiça Federal, com o que, segundo já relatado detalhadamente sob o título "Cessão César e Tânia", no capítulo referente àquele corréu, **muito facilitou suas atividades, dando-lhe mobilidade e total liberdade de horário, diante da ausência de atribuições específicas e de qualquer controle administrativo**.

(...)

Funcionários e juízes ouvidos por esta Relatoria informaram que **não notavam a frequência dos agentes no fórum** (...).

(...) foram captados diálogos interceptados, em que ambos [Casem Mazloum e Cezar Hermann] conversam sobre assuntos variados, **combinam encontros, prestação de favores e serviços particulares**. Tratam de **reuniões, falam sobre documentos e estratégias, demonstram proximidade, mantêm longas conversas**, sobre assuntos relacionados a Brasília e governo, aparentemente campanha eleitoral, mencionam o nome de Ciro, candidato à Presidência, e de Abdo, segundo esclareceram, irmão de Casem e candidato às eleições. (...)

Entabulam encontros no aeroporto (Casem reside em Guarulhos) (...) César envia mensageiro para buscar documentos na casa de Casem. Em outra passagem, Casem pede para César deixar documentos com Ali no fórum.

César liga para o escritório de Affonso e pede para a secretária que pegue **na pasta do Dr. Casem**, onde está escrito Caled (com quem tratava a respeito da escuta ilícita), os dados anotados.

(...) Bellini fala com Silvia sobre **reunião no Paulista Grill onde estavam presentes ele, César, Bertin e Casem**. Se, como sustentado pela defesa, a anunciada reunião não ocorreu, servindo apenas de álibi apresentado à esposa, por Bellini, é porque a estória era crível, e a possibilidade real. Tanto que há diálogos de Casem com César, falando de reuniões.

A seguir são reproduzidos os resumos dos áudios. **César diz para Casem marcar onde devem se encontrar, incluindo Zubcov, que, como se viu, participa das atividades ilícitas da quadrilha**. **Casem** pede para encaminhar o documento para Guarulhos ou entregar para Ali, no fórum, **deixando a reunião para o fim de semana**.

Antes de falar com Casem Mazloum, César comenta com pessoa não identificada, que na véspera "deram um jantar para ele... o Toninho tava lá, um monte de gente tava lá":

(...)

– César Herman liga para Casem Mazloum. Antes de Casem atender, César conversa com HNI, dizendo "**sabe o Mazloum? Ontem deram um jantar pra ele... o Toninho tava lá, um monte de gente tava lá**".

Casem atende e César avisa que já localizou "o documento" e pediu para Zubcov ir até lá (provavelmente à Polícia Federal). Casem pede para César enviar o documento em um envelope para Guarulhos (Casem mora em Guarulhos). Casem diz que "pode deixar com o Ali, no fórum, num envelope, aí a gente, no final de semana (...)". A ligação cai. Em seguida, César Herman liga novamente para Casem e ambos **conversam sobre a potencialidade do referido documento referente a um processo em andamento em Brasília**.

– Dr. Mazloum (Casem) liga para César Herman e conversam inicialmente sobre uma reunião: "**Já teve a reunião lá**", César:

"Tive e teve **muito interesse**". César diz que foi obrigado a deixar os documentos, mas tem um compromisso e que "qualquer *start* depende da gente". César diz ainda que: "**seria um pessoal que estaria junto com a gente e que se o pessoal resolver tocar pra frente, "vamos marcar uma reunião com o senhor"**. César finaliza o assunto dizendo que seria "uma reunião bem fechada".

– César Herman (CH) X Dr. Casem,

César liga para Casem e diz que talvez agende uma reunião para segunda ou terça-feira com o rapaz, com o próprio número um. **Casem pergunta se é com o Ciro, César diz que sim e diz que é para Casem analisar se quer ir junto se não quer e este diz que deveria ser uma reunião bem reservada, no que César diz que é bem reservado, que é pra ver se faz ou se não faz, se faz ou deixa quieto**. Casem diz que **o negócio é tentar, deixar na mão**, de repente emplaca o segundo turno e conjectura que os caras já estão aí há oito anos no poder. César diz que o interesse maior é fortalecer um grupo, se ele descobrir que tem um grupo que mudou o rumo da sua vida, ele tem que chegar até o grupo. Casem diz que se ele ganhar o grupo tem mais chance do que se ficar o outro e recomendou também a participação do Abdo, no que César disse que faz questão da participação dele, porque se ele resolver investir e se ele resolver dar o apoio e puxar o Abdo, ele pode dar uma Secretaria, ou um Ministério para o Abdo. Casem diz que a participação de Abdo fortaleceria a reunião e César completou que a intenção era essa.

César, em conversa com Bellini, refere-se a Casem como "nosso chefe".

Bellini liga para César Herman. César, antes de atender Bellini despede-se de Mazloum. Depois diz para Bellini que estava conversando com "nosso Chefe".

César comenta com Bellini que conseguiu passagens na classe executiva para Casem e a família, para o Líbano:

(...) **César diz que conseguiu 8 (oito) executivas para Casem e família**. Bellini pergunta para onde Casem vai. **César diz que Casem vai para o Líbano no dia 28 e acrescenta que ontem foram 6 (seis) para a mulher e 5 (cinco) para o filho, todas executivas, passagem de dois mil dólares**. Bellini pergunta sobre o negócio do "professor" e César diz que já entrou. Bellini diz que conversará pessoalmente melhor sobre o assunto.

Casem **nega que tenha recebido as passagens**, afirmando que as comprou, inexistindo prova em contrário. É certo, no entanto, que **César Herman acompanhou o juiz Casem ao aeroporto**, ocupando-se em **resolver problemas deste no embarque**, revelando-se a **prestação de favores pessoais**, e, portanto, a proximidade entre ambos. Trata-se de **mais um indício da associação e comunhão de interesses, que deve ser analisado em harmonia com o conjunto probatório**.

Nos áudios seguintes, César se encontra com o juiz Casem no aeroporto; depois comenta com Lizandra que o passaporte estava vencido, e se não estivesse lá o juiz não teria embarcado:

(...)

César Herman liga para **João e diz que o aparelhinho dele, igual ao que Dr. Casem (juiz federal) passou para João, ele vai mandar para o cara arrumar, para fazer ligação a longa distância (interurbano) e se o Dr. João não gostaria de mandar também o dele**. **João** confirma e pede para CH mandar buscar na justiça. **CH** diz que vai mandar buscar e também vai mandar **o brinquedinho**.

(...)

No longo diálogo abaixo, **Casem e César referem-se à representação que João (possivelmente João Carlos da Rocha Mattos) fez contra o Corregedor**, relativa a um incidente ocorrido na segunda-feira. **Casem diz que João deve mandar cópia para ele**. César diz que não sabe como pode fazer tanta petição, tanto trabalho. A conversa, de extensa duração, onde são tratados assuntos diversos, inclusive sobre questões jurídicas, **evidencia estreita relação entre João Carlos, César Herman e Casem Mazloum**.

(...)

Esse longo diálogo já demonstra quão frágil é a tentativa de Casem de desvincular-se de César Herman. (...) **Pode-se aferir, do conteúdo das conversações, que não se tratava de relação estritamente profissional**.

(...)

João liga para César e ambos conversam inicialmente sobre um documento elaborado pelo primeiro. (...) No final da conversa, os interlocutores conversam sobre as atitudes de Norma. César comenta que Norma está agora na defesa. (...) **César diz que ela (Norma) está na posição de que não tem vinculação com nada que houve**. (...) João afirma que se respingar "merda" em cima dele vai respingar em cima da Norma, pois é indissociável, acrescentando que **se o pegarem em uma investigação e for a fundo vai chegar nela**. César faz o seguinte comentário: **"esse problema seu respinga em mim, respinga no Casem"**

João comenta: **"Claro, vai todo mundo. Não, mais nela, muito mais"**.

César, em seguida, diz: **"o que acontecer com você fica ruim pra todo mundo"**.

Casem nega ligação com Bellini, mas diálogos gravados indicam a existência de relacionamento, embora Casem prefira a simples versão de que Bellini usava constantemente seu nome. Nega presença em reuniões.

(...)

João Carlos, em interrogatório, confirma as relações entre Casem e Bellini:

(...)

O próprio corréu **Casem admite, também e curiosamente, ter sido convidado para o casamento de Bellini, ao qual compareceu, além de ter ido ao aniversário do neto, dados que comprometem a tentativa de minimizar o grau de amizade mantido entre ambos**. (...)

Bellini comenta com sua mulher sobre **contatos com Casem Mazloum, reuniões envolvendo Bertin, César, Bellini, Casem. Fala de conversa de Casem com Bertin e de comentários de Casem a respeito do comportamento de Norma, no episódio já mencionado**, relativo à representação por esta formulada contra Bellini:

Bellini liga para a esposa Sílvia e conta que ele e César vieram "aqui". (...)

Bellini comenta que Bertin precisa ser internado porque está com um trauma "fudido", acrescentando que ele ligou para sua casa e não para o celular. Bellini conta que o Casem falou com ele (Bertin) que iria estar cinco e meia no Paulista Grill, na Rebouças. Bellini conta também que **Casem falou que era melhor reunir lá**. Sílvia pergunta se estavam Cesinha, Casem e Bellini. Bellini responde que estavam **ele, Cesinha, Casem, Bertin**. Sílvia pergunta **se o objetivo dela era atacar o João**. Bellini diz que o próprio Casem falou que não estava entendendo. Sílvia pergunta **se ela endereçou essa carta para o maioral do departamento**. Bellini responde que mandou para o maioral e para o Bertin. Sílvia pergunta qual a finalidade dessa carta. Bellini responde que amanhã vai ler e ouvir, acrescentando que **o próprio Casem e o próprio Bertin falaram que ele vai ter que entrar com uma denunciação caluniosa**.

As **ligações entre Casem e Bellini se evidenciam no caso relativo à liberação de caminhão com mercadorias**, **pertencentes a parente de Casem**, e que se achavam **apreendidos** em rodovia. **Casem solicita o auxílio de Bellini, contatado através do telefone**, que prontamente atende ao chamado, acionando um coronel que se incumbe de resolver o problema.

(...)

Mais uma prova da **ligação de Casem com o grupo criminoso**, participou ele do **caso das placas adulteradas, já relatado**, tendo recebido um **exemplar para uso em seu carro particular**, após simulação para obtenção das placas reservadas ao uso em viaturas policiais, em que atuaram João Carlos, Bellini, César e o Delegado Aloísio.

(...)

No diálogo seguinte, **João, mencionando que Casem ligou para ele, fala da necessidade de uma reunião, para "acertarem" a estratégia, devendo participar da mesma, além de ambos, Casem e Pavão (Aloísio); Bellini diz que falará o que lhe for determinado**.

Bellini liga para João e ambos conversam inicialmente sobre nomes que poderão ocupar do cargo de diretor-geral na Polícia Federal. Em seguida João pergunta se Bellini recebeu a intimação. Bellini diz que recebeu. **João fala que precisam se reunir e seguirem a linha de que nunca ninguém usou (possivelmente se referindo ao uso de placas reservadas)**.

Bellini diz que fará o que João mandar e comenta que está usando.

(...)

O diálogo abaixo reproduzido constitui **evidência de que Casem emprestou sua colaboração no caso Santos**, já relatado, **que envolve César, Bellini e Sérgio Chiamarelli**, embora ele negue o fornecimento do material. (...) Também João Carlos teria auxiliado o trio, como confirmou em interrogatório judicial e demonstraram os áudios já reproduzidos. (...)

Bellini conversa com Bertin a respeito do procedimento administrativo relacionado ao incidente de Santos e **refere impressões manifestadas por Casem sobre o assunto**, tendo sido consultado anteriormente:

Bellini liga para Bertin e comenta que o procedimento foi para Brasília para instauração de PD (procedimento disciplinar). Bellini **diz que o Casem falou que a Federal não pode fazer isso, pois tem nas mãos jurisprudência firmada**. Bertin **diz não saber por que não pode**. (...) **Bellini diz que Casen pode peticionar para Bertin sobre o assunto**. Bertin diz que **é melhor fazer porque depois de dois anos isso pode reaparecer**. (...)

Ainda indicando **contatos frequentes com o Juiz Casem Mazloum**, **vários diálogos interceptados revelam as tentativas de Bellini de obter acesso ao irmão Ali Mazloum**, primeiramente através da advogada Márcia, identificada como prima de Bellini e namorada de Ali.

(...) após frustrada a tentativa com Márcia, **recorre a Casem, conforme áudio 030518185539.C016**, em que a **voz** não identificada pelo analista foi **reconhecida como sendo de Casem**, **tanto por Ali Mazloum** em seu interrogatório (fls. 2751/2792), **como pelo próprio Casem**.

Bellini **buscava solução para um negócio de natureza não revelada**, mas **que estaria na mão do juiz Ali, referindo *habeas corpus***, um negócio simples e banal. (...)

Bellini liga para sua esposa Sílvia e diz que precisa falar com Márcia, acrescentando que é coisa profissional, é **uma coisa para ser resolvida na segunda-feira com o Ali** (provavelmente o Juiz Federal da 7ª Vara Criminal de São Paulo), é um negócio banal e bom. Sílvia pergunta por que Bellini quer que ela fale com a Márcia. Bellini responde que é bom e muito simples. **Bellini diz que poderia ter colocado o irmão na fita, o carequinha, mas o mesmo vai "querer pra caralho"**. Sílvia pergunta **quem é o careca**. Bellini responde que é o **Ali**. Sílvia pergunta por

que Bellini quer o Ali. Bellini responde que não quer o Ali, **está nas mãos dele**. Bellini diz que poderia pegar o careca, mas **no final não sobra**.

Sílvia pergunta o que Bellini quer que ela fale com Márcia. **Bellini responde que é para sobrar**. Sílvia pergunta se é para um encontro em algum lugar hoje. Bellini responde que vai ter um almoço na segunda-feira, mas **antes tem que falar com ela (Márcia) antes, para ver se ele "topa a parada".** Sílvia pergunta por que Bellini não fala com ela na segunda-feira. Bellini responde que **se ela não topar será obrigado a "ir em cima do careca"**. Sílvia pergunta se não pode ser por telefone.

Bellini responde que não e volta a dizer que se ela não topar vai ter que ir em cima do careca e o careca ... (a ligação cai).

Bellini liga para Márcia e ambos conversam sobre um HC (*habeas corpus*). (...) Bellini diz também que **é um HC sobre problema de sonegação e acrescenta que dá para fazer mole**. Bellini diz ainda que **quem está com isso é o irmãozinho**, outro delegado, sendo que ele está junto. Márcia diz que teriam que se encontrar antes. (...) Bellini diz também que **um quer dá vinte mil, outro trinta mil**. Márcia comenta que tem que analisar as condições do terreno onde vai pisar. (...)

(...) Bellini **diz também que poderia dar para o Carequinha, mas o Carequinha não é humano, é um leão**. Márcia diz que é perfeito e que para ela está ótimo.

Bellini pergunta se Casem está bem com Ali, esclarecendo que é por isso que está ligando. Bellini manda um beijão, **Casem retribui o beijão**, no que mostra proximidade entre ambos.

Ali e Casem reconheceram a voz do áudio como sendo deste último. (...)

Note-se que, **em diálogo anterior com Márcia, Bellini dissera que se ela não resolvesse, teria que recorrer a Casem, mas procurava evitar, porque esse é um leão, não é humano, e não sobra nada**. Após as investidas sem sucesso com a advogada, cujo acesso a Ali não estava bom, segundo a própria, **Bellini recorre a Casem**. (...)

(...)Durante a investigação, **foram detectadas provas desse relacionamento do corréu Casem Mazloum com Toninho da Barcelona**, conhecido doleiro ligado ao grupo delinquente, reiteradamente mencionado.

Relatório de Inteligência encaminhado pela Divisão de Contra-Inteligência Policial, do Departamento de Polícia Federal (fls. 27.245/27.260), relativo à Operação Farol da Colina, que culminou na prisão de grande número de pessoas envolvidas em remessas ilegais de numerário para o exterior, inclusive Antonio de Oliveira Claramunt, o Toninho da Barcelona, contém a análise de material apreendido.

Documentos e anotações indicam a existência de relações entre o corréu Casem Mazloum e Toninho. Consta telex com reservas de **passagens, através de PTA's, para Antonio Claramunt, Marcus Deneno (Delegado da Polícia Federal), Manoel Marques, Antonio Costa (também delegado) e Casem Mazloum**, com destino a New York, nos Estados Unidos da América, **no mesmo voo, dia 22-1-1998, às 23h45min**. Os dois primeiros passageiros permaneceriam em New York dois dias e meio, enquanto os três últimos, uma semana. **As reservas para Antonio Costa, Manoel Marques e Casem Mazloum foram feitas no mesmo PTA, dia 9 de janeiro de 1998, às 14h58min. As reservas de Antonio Claramunt e Marcus Deneno em outro PTA, porém, no mesmo dia e somente 3 minutos antes, às 14h55min**.

Constam, ainda, documentos referentes a uma **viagem de Casem, em companhia de Paulo Freitas, Manoel Marques e Antonio Costa para Miami, de 14 a 25 de fevereiro de 1995**, com reserva de hotel e aluguel de carro em nome de Casem, sem identificação do pagador; uma viagem de **Casem Mazloum, Paulo Freitas, Manoel Marques e Antonio Costa, para Miami, de 14 a 22 ou 24 de fevereiro de 1996**, sem identificação do pagador; viagem para Recife, dos passageiros Casem Mazloum e Ali Mazloum, em outubro de 1997, **constando comprovante de depósito na conta corrente da Barcelona Tour**.

Foi apreendida agenda onde constam os telefones de "Dr. Casem Mazloum" e da Justiça Federal, de "Dr. Costa" (residência, escola, PF e celular), de "Carlos Deneno", de "Deneno Dr.", de "Eduardo Polícia Federal", celular de "Ikeda", de "Leal – Polícia Federal", de "Manuel Marques", de "Dr. Mário Kiyotaka Ikeda" (PF, fixo, residencial e celular) bem como seu endereço, o celular e o endereço de Nivaldo Bernardi e os telefones (celular, residencial e de DPF) e endereço de "Dr. Baltazar". Em outra agenda, em nome de Antonio Oliveira Claramunt, constam os registros "conheci Paulo – DGDPF" e "passar casa Deneno 10:00", e os telefones de "Casem Mazloum", "Dr. Deneno" e "Dr. Costa".

Marcos Deneno, recentemente preso, acusado da prática de crimes funcionais, viajou inúmeras vezes através da agência de Toninho, inclusive em companhia deste, geralmente para curta permanência (três, quatro dias) nos destinos de New York e Miami, desde 1993, entre os meses de dezembro e fevereiro, sendo alguns pagamentos realizados pela Barcelona Tur. Há também registro de reservas para o Canadá e para Orlando, nos EUA, com seus familiares, em número de sete. E, ainda, procedimento de mudança de Marcus e Magda Deneno, da cidade de Halifax, no Canadá, para São Paulo, com pagamento de transporte, declaração de bens no valor de US$ 100.000,00.

Casem Mazloum confirma a viagem com seus vizinhos e amigo comum, negando apenas a companhia de Marcus Deneno, e afirma que pagou as despesas. Além de não comprovadas as alegações, e nem requerida, concretamente, diligência para tanto, a reserva comum e a viagem já constituem indício de ligações que, embora isoladamente não possam representar prova de coautoria em delito, se agrega ao conjunto probatório que firmará o convencimento do julgador.

(...)

Já se reproduziu, no capítulo referente a César Herman, fazendo-se também referência na parte de João Carlos, ao áudio 030909184153.C007, relacionado ao "caso Ari Natalino", da Máfia dos Combustíveis, com quem a quadrilha mantém relações.

No citado diálogo, **João Carlos e César Herman referem-se ao disquete com as interceptações telefônicas do caso, que estava em poder do Juiz Hélio Egydio, da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo–SP**, recebido de juiz de Brasília, que autorizara a escuta. Demonstram conhecimento da existência do material, **que fora encaminhado a Ali Mazloum pelo Juiz da 6ª Vara** (...).

Consta das cópias relativas ao processo de Ari Natalino, de registro 2003.61.81.007078-0, a esta Ação Penal apensadas, (...) ofício do magistrado Ali Mazloum, de 5 de setembro, solicitando ao Juiz Hélio Egydio cópias das decisões do juiz de Brasília, autorizadoras do monitoramento telefônico.

Tudo a evidenciar as ligações entre os acusados João Carlos, Casem Mazloum e César Herman. Informações contidas em **processo sigiloso** foram ao conhecimento de João Carlos e César Herman, conforme mencionado no diálogo

interceptado, **certamente através de Casem Mazloum ou de Ali Mazloum**, este responsável pela presidência do processo, e pela guarda dos informes protegidos.

Casem, (...) embora tente afastar a ideia da comunicação, **admite ter conversado com João Carlos sobre as interceptações, que comentou com os juízes o fato de os CDs terem sido recebidos em junho, na 6ª Vara, e só encaminhados depois de Ali prolatar a sentença**. Isso, contudo, só ocorreu depois da prisão de Crenite. Mais, diz que César soube da conversa certamente porque comentou. (...)

Embora não seja incomum juízes conversarem sobre processos, tratava-se de assunto grave e sigiloso, ainda sob investigação, envolvendo quadrilhas de expressão nacional, causando estranheza a **confidência justamente com juiz que não gozava de bom conceito na Justiça Federal**, como reconhecido pelo próprio João Carlos, em conversa mantida com César Herman.

(...)

Coincidência ou não, o juiz Casem Mazloum, em sede de execução, **atuou em processo de interesse do grupo**, relacionado a Giancarlo Nardi, **deferindo pedido da defesa para substituir a pena de prestação de serviços por prestação pecuniária**, determinando depósito no valor de 30 salários mínimos, e declarou extinta a pena, pelo cumprimento, em maio de 2002.

Também atuou em processo em que é réu Augusto Magnusson Junior, já mencionado, em curso na 1ª V.C. (2001.61.81.001141-9).

Casem **rejeita denúncia por omissão de receitas, em relação a bens adquiridos em nome de Noemia Boccia Magnusson, não declarados à Receita**. O **Tribunal reforma a decisão**, por maioria de votos. **Magnusson presta serviços à quadrilha, facilitando o ingresso irregular de mercadorias através do aeroporto**. Seu advogado é o corréu Carlos Alberto da Costa Silva.

Como juiz das execuções penais, **Casem Mazloum defere medida de competência de juízo processante**, em relação a preso provisório, "reformando" decisão do juiz competente, no processo respectivo, para transferir **Kamal Nagib Assi**, do Presídio Marrey, de Guarulhos (sujeito à jurisdição do Juiz de Direito Corregedor dos Presídios Estaduais), para a Custódia da Polícia Federal em São Paulo. O pedido fora indeferido no Proc. 2002.61.81.1113-8, pelo juiz da 6ª Vara Criminal. A custódia estava interditada por Casem, operando-se transferência automática de presos.

Conflito de Competência é suscitado pelo corréu Casem (**2002.03.00.010694-5**).

Outrossim, análise do **Laudo 2507/03** contém referência a arquivos indicativos de **contatos mantidos com o escritório da Av. Brigadeiro Faria Lima, com menção aos nomes "Ali e Casem Mazloum** – Guarulhos/SP" **– Contact0068[33686] e contact 0205[31750]**.

No **mesmo laudo**, **referência ao arquivo "Nicolau" [22475]**, contendo representação criminal 134001000130.2000-15, na qual o Ministério Público Federal oferece denúncia contra Nicolau dos Santos Neto, **subscrito por Casem Mazloum**. E também, **informações relativas ao processo 2002.61.81.003139-9, da 1ª Vara Criminal, em que é réu David Vulkan** – *appointment* 0027[31212]

(...)

No Laudo 2478-03, chama a atenção **arquivos do computador do Escritório Passarelli relacionados a processos sob jurisdição de Casem Mazloum**, **evidenciando o interesse do grupo nas suas decisões**:

(...)

> No item 29, do Mandado de Busca 2, anotações encontradas nas agendas de César Herman, com menção aos dados de Valdean Cardoso, pessoa que teria suas comunicações telefônicas interceptadas a pedido de Casem Mazloum.
>
> Como se vê, **são vários os elementos que conduzem à cumplicidade de relações entre o juiz Casem e outros membros da quadrilha, em especial César Herman e Bellini**. (...) Os registros em agendas, telefones, anotações, inclusive sobre parentes de Casem Mazloum, já foram indicados (título Cessão César X Tânia).
>
> Folhas esparsas, com anotações de telefones, foram apreendidas na residência de João Carlos, constando os telefones de Casem e Ali Mazloum. Anote-se que **Bellini também tinha em sua agenda esses telefones**, além dos de outros corréus. (...) **Agenda impressa também traz seu nome, ao lado de outros integrantes da quadrilha**.
>
> **Esses dados não exsurgem apenas como coincidências** (...) Frise-se aqui, uma vez mais, que **o delito de quadrilha não exige o contato direto entre todos os integrantes**. **Basta o concurso de vontades com o fim de se associarem para a prática de delitos**, com **consciência da atuação em grupo**, **ainda que os colaboradores não se conheçam ou mantenham poucos contatos**. César Herman passou a prestar serviços no fórum criminal **para incrementar a atuação da quadrilha, inclusive com ampla liberdade de horário, contando, para tanto, com imprescindível colaboração de Casem**. (...)

Portanto, **não é verdadeira a afirmação do impetrante** no sentido de que a condenação do paciente tenha sido lastreada, **exclusivamente**, no fato de que este **"possuía processos de interesse" da quadrilha e "praticava atos de proteção nesses processos"**.

Após atenta leitura do acórdão condenatório, do qual foram transcritos os trechos lidos anteriormente, verifica-se que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região **examinou com riqueza de detalhes o amplo conjunto de provas produzidas no curso da instrução processual, e concluiu pela condenação do paciente após constatar o *modus operandi* da quadrilha**. O material probatório constituiu-se de interceptações telefônicas, depoimentos, perícias, objetos apreendidos, documentos e interrogatórios dos réus.

No mais, afirmações contidas na inicial deste *writ* **quanto às provas utilizadas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região para condenar o paciente** são **absolutamente despropositadas em sede de *habeas corpus***, ação na qual não se permite um exame aprofundado do conjunto probatório (nesse sentido, RHC 86.686/GO, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 26-5-2006). Examinar as cópias de ações penais que estiveram ou não sob a jurisdição do paciente, juntadas a este feito, para efeito de contrastá-las com as provas utilizadas para a sua condenação pela prática do crime de quadrilha, além de ser **vedado** na via estreita deste *writ*, demandaria ainda o exame de material probatório produzido nos autos deste *writ,* mas que não se sabe ao certo se fez parte da ação penal de origem, formada, como se sabe, de inúmeros volumes e documentos.

Por fim, relativamente à alegação de violação ao contraditório, porque a Relatora do acórdão condenatório teria realizado consulta processual no momento da elaboração do seu voto, para verificar os processos de interesse da

quadrilha em que o paciente teria atuado, sem submeter esta prova ao conhecimento das partes, **tal fato é irrelevante para a tipificação do crime de quadrilha**, que se aperfeiçoa com a reunião dos envolvidos para o fim ilícito da prática de crimes, **ainda que estes não sejam efetivamente praticados**.

Assim, não há de se falar em **ocultação, pela denúncia, de circunstâncias essenciais do crime, como pretende o impetrant**e, **justamente porque os crimes em tese praticados pelo paciente (prevaricação, advocacia administrativa, tráfico de influência) não foram julgados no acórdão condenatório**, mas **somente a participação do paciente do crime de quadrilha**. E tal participação tomou por base não somente seus eventuais atos no bojo daqueles processos, mas **também outras provas, principalmente obtidas por meio de mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, além dos interrogatórios dos corréus do paciente**.

Aliás, o presente *writ* **não trouxe cópia integral dos autos em tela**, motivo pelo qual não é possível verificar se os "processos de interesse da quadrilha" mencionados no dia do julgamento foram apresentados apenas naquele momento da sessão, ou se já constavam dos autos anteriormente, com ciência das partes. Além disso, não se poderia considerar que tal consulta à movimentação processual consistiria em prova nova, dado que o paciente mais do que ninguém **sabia quais eram os processos que estavam sob sua jurisdição** e que eram **do interesse da quadrilha** denunciada, de modo que a sua enunciação no voto condutor do aresto condenatório não se constituiu exatamente em uma prova nova.

De todo modo, e para concluir, rechaço por completo esta **tese de cerceamento de defesa suscitada pelo impetrante**, justamente porque, como antes frisado, o acórdão condenatório **lastreou-se em inúmeras outras provas, sendo que a mais contundente foi a comprovação de que o paciente recebia "favores" dos demais membros da quadrilha denunciados** (presentes; passagens aéreas e agilização de embarque para o paciente e seus familiares, providenciados pelo corréu César Herman; liberação de veículo apreendido pertencente a parente seu, para exemplificar) **e com eles mantinha vínculo permanente**, seja **1)** como membro **"consultor**" para os negócios ilícitos em andamento do grupo; **2)** seja atuando positivamente quanto **à requisição de agentes policiais envolvidos na quadrilha – inclusive Cezar Herman, um dos considerados mentores – ao arrepio das formalidades legais e sem que efetivamente prestassem os serviços para os quais foram requisitados; 3)** ou ainda, **determinando a execução ilícita de interceptações telefônicas**.

Consta das interceptações telefônicas produzidas no bojo da ação penal de origem, segundo revelado no voto condutor do acórdão condenatório, que **o paciente era chamado pelos membros da quadrilha Cezar Herman e Bellini de "nosso Chefe"**, o que revela a efetividade de sua participação no grupo criminoso.

Não procede, desse modo, a alegação dos impetrantes de que o paciente foi condenado **apenas porque "tinha processos sob sua jurisdição"**. Cuida-se de

expressão **pinçada** de um **largo contexto probatório minuciosamente sopesado no acórdão condenatório, o qual analisou as condutas descritas na denúncia oferecida, assim atendendo à máxima de que a decisão condenatória deve ser o "espelho da denúncia"**. Aliás, é relevante destacar que o paciente foi condenado por **"participação de menor intensidade"**, ao cumprimento de pena de dois anos, substituída por pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a entidade pública ou privada com destinação social, no valor de cem salários mínimos).

Por todo o exposto, **denego a ordem**.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, depois desse exaustivo voto do eminente Relator, não é possível conceder o *habeas corpus*.

Indefiro o pedido.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, tenho dúvida em relação a algumas das descrições aqui trazidas pelo eminente Relator, porque se referem a fatos que, depois, foram objeto de manifestação da Corte, naquela questão já narrada, *en passant*, dos dólares no Afeganistão.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não faço menção a esse episódio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O episódio aparece na denúncia.

A questão é um dos casos mais bizarros de que tenho notícia – não conheço, nos anos que estou aqui, nenhuma denúncia com esse caráter de ridículo.

Depois, o "caso das placas", que é uma imputação, resultou também trancada a denúncia, a Turma entendeu que poderia haver até uma falta administrativa.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): No "caso das placas", houve inépcia da denúncia; não houve absolvição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, o Tribunal entendeu mais que isso, entendeu que o fato era atípico, por se tratar daquele crime acrescido no Código Penal de falsificação de identificação de veículos. O Tribunal entendeu que o fato de trocar placas ou usar placas fornecidas pela Polícia Federal não configurava o tipo previsto no Código Penal.

Ainda a discussão sobre a interceptação telefônica. Lembro também, longinquamente, desse fato, em relação a um tal prefeito de Cotia, imagino que seja o mesmo em que se discutiram fatos e se, realmente, a interceptação ocorrera ou não. O Tribunal entendeu que não havia.

Vou pedir vista para examinar essas questões.

EXTRATO DA ATA

HC 89.310/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Casem Mazloum. Impetrantes: Adriano Salles Vanni e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Depois dos votos dos Ministros Relator e Cezar Peluso, indeferindo o pedido de *habeas corpus*, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes. Falou, pelo paciente, o Dr. Adriano Salles Vanni e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco Adalberto Nóbrega. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 18 de setembro de 2007 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Tal como relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, *verbis*:

> O paciente foi condenado pela prática do crime de formação de quadrilha, à pena de "02 (dois) anos de reclusão, substituída por restritiva de direitos, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária à entidade pública ou privada de destinação social, consistente no pagamento em dinheiro do valor equivalente a cem salários mínimos, (...) com a consequente perda do cargo de juiz federal (art. 92, I, *a*, do Código Penal, c/c art. 26, I, da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional)".
>
> Alegam os impetrantes que a denúncia, com relação ao paciente, impediu o exercício da ampla defesa, por "não ter descrito em quais processos [sob sua jurisdição] havia interesse da quadrilha, em que teriam consistido os atos de sua função jurisdicional de proteção (*quomodo*) e quando teriam ocorrido". Também não haveria prova mínima (justa causa) para o oferecimento da ação penal (fls. 5/6).
>
> Buscam, assim, "a concessão da ordem para determinar a nulidade absoluta da denúncia e do acórdão condenatório, com o consequente trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia e atipicidade da conduta neles descrita".
>
> (Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, Relator do HC 89.310/SP, sessão da Segunda Turma de 18-9-2007.)

O Ministro Joaquim Barbosa indeferiu o pedido de *habeas corpus* sob os seguintes fundamentos:

> a) diferentemente do que se teria entendido no HC 86.424/SP, no caso concreto não se teria configurado flagrante atipicidade da conduta ou outro motivo apto a ensejar o trancamento da ação penal por ausência de justa causa;

b) a inicial acusatória não somente teria indicado, de modo preciso e adequado, a autoria e a materialidade delitiva das infrações apuradas (CPP, arts. 41 e 43), como também especificado, de maneira detalhada, a participação do ora paciente. Segundo a denúncia, enfatizou o eminente Relator, ao paciente cabia promover o arquivamento dos inquéritos de interesse da quadrilha que tramitavam sob sua jurisdição; conseguir que fossem arquivados inquéritos sob jurisdição de outros juízes, através de sua influência como magistrado federal; obter o arquivamento de processos administrativos contra membros da quadrilha, recebendo, em troca, presentes e favores, como, por exemplo, o uso de placas privativas da Polícia Federal, cedidas pelos agentes daquela corporação que faziam parte da quadrilha; e a interceptação telefônica ilegal que Cesar Hermann promoveu a pedido do paciente. Não se pode falar, portanto, em inépcia da peça inicial acusatória, nem de ofensa à ampla defesa, pois a denúncia indicou provas de tudo o que descreveu; e

c) não se admite, em sede de *habeas corpus*, o reexame do conjunto probatório, não sendo possível, portanto, o exame das provas utilizadas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região para condenar o paciente.

Em 18 de setembro de 2007, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

De início, anote-se que a sobrevinda de acórdão condenatório julgando procedente a denúncia cuja inépcia aqui é debatida não tem o condão de alterar a situação posta, sendo plenamente possível o reconhecimento da inviabilidade da inicial acusatória e o trancamento da respectiva ação penal, mesmo considerando-se a posterior confirmação levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça no exame de recurso especial, pois, para além de haver o aqui paciente apontado o fato no curso da ação, o que fez em sede de defesa preliminar e reiterou em alegações finais (fls. 95/248), de qualquer forma não resultaria prejudicado o exame dos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal caso constatada narração insuficiente de crimes a representar nulidade absoluta do processo.

No sentido do exposto:

Ementa: Denúncia: inépcia: preclusão inexistente. Não se aplica a orientação jurisprudencial que reputa preclusa, com a superveniência da sentença condenatória, a nulidade resultante da inépcia da denúncia, se, desde a defesa prévia, o réu a vem repetidamente arguindo: o que gera preclusão é a falta da arguição oportuna da nulidade, não a demora de sua declaração judicial, nem as sucessivas rejeições nas instâncias ordinárias, com as quais não se conformou a parte.
(STF, RE 222.340/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, publicado no *DJ* de 14-12-2001.)

Ementa: 1. *Ação penal.* Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (*due process of law*). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal inocorrente. Conhecimento da arguição em *habeas corpus*. Aplicação do art. 5º, LIV e LV, da CF. Votos vencidos. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de

nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão. 2. *Ação penal.* Delitos contra o sistema financeiro nacional. Crimes ditos societários. Tipos previstos nos arts. 21, parágrafo único, e 22, *caput*, da Lei 7.492/1986. Denúncia genérica. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade de administrador de empresas. Inadmissibilidade. Imputação às pessoas jurídicas. Caso de responsabilidade penal objetiva. Inépcia reconhecida. Processo anulado a partir da denúncia, inclusive. *Habeas corpus* concedido para esse fim. Extensão da ordem ao corréu. Inteligência do art. 5º, XLV e XLVI, da CF, dos arts. 13, 18, 20 e 26 do CP e 25 da Lei 7.492/1986. Aplicação do art. 41 do CPP. Votos vencidos. No caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito "crime societário", é inepta a denúncia genérica, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa. (STF, HC 83.301/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, publicado no *DJ* de 6-8-2004.)

Conforme ressaltado pelo Ministro Relator em seu voto, a questão central a ser resolvida neste *habeas corpus* diz respeito a se saber se a denúncia obedeceu, ou não, ao disposto no art. 41 do CPP.

Em diversas oportunidades, tivemos, aqui nesta Segunda Turma, casos da "Operação Anaconda". No HC 84.388/SP, quanto à imputação do crime previsto no art. 10 da Lei 9.296/1996 ao também aqui paciente, a denúncia limitava-se a transcrever conversas telefônicas sem a observância dos requisitos mínimos à persecução criminal. Isto é, sem a demonstração dos elementos indispensáveis à configuração do tipo penal. Nesse ponto, a ordem de *habeas corpus* foi concedida. Eis o teor da ementa desse julgado, *verbis*:

Ementa: *Habeas corpus. "Operação Anaconda". Inépcia da denúncia. Alegações de nulidade quanto às provas obtidas por meio ilícito. Interceptação telefônica. Importante instrumento de investigação e apuração de ilícitos. Art. 5º da Lei 9.296/1996: prazo de 15 dias prorrogável uma única vez por igual período. Subsistência dos pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica. Decisões fundamentadas e razoáveis*.

A aparente limitação imposta pelo art. 5º da Lei 9.296/1996 não constitui óbice à viabilidade das múltiplas renovações das autorizações.

Desvio de finalidade nas interceptações telefônicas, o que teria implicado conhecimento não autorizado de outro crime.

O objetivo das investigações era apurar o envolvimento de policiais federais e magistrados em crime contra a administração. Não se pode falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho ao objeto das investigações.

Incompetência da justiça federal de Alagoas para autorizar a realização das escutas telefônicas que envolvem magistrados paulistas.

As investigações foram iniciadas na Justiça Federal de Alagoas em razão das suspeitas de envolvimento de policiais federais em atividades criminosas. Diante da descoberta de possível envolvimento de magistrados paulistas, o procedimento investigatório foi imediatamente encaminhado ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde as investigações tiveram prosseguimento, com o aproveitamento das provas até então produzidas.

Atipicidade de condutas, dada a falta de descrição objetiva das circunstâncias elementares dos tipos penais. Art. 10 da Lei 9.296/1996: realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Inexistem, nos autos, elementos sólidos aptos a demonstrar a não realização da interceptação de que o paciente teria participado. *Habeas corpus* indeferido nessa parte.

Declaração de imposto de renda. Discrepância acerca do local onde se encontra depositada determinada quantia monetária.

A denúncia é inepta, pois não especificou o fato juridicamente relevante que teria resultado da suposta falsidade – art. 299 do Código Penal. *Habeas corpus* deferido nessa parte.

(HC 84.388/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, unânime, *DJ* de 19-5-2006.)

Nesse julgamento, deixei assentado em meu voto-vista, que nessa parte saiu-se vencedor:

(...) afigura-se inequívoco que a denúncia, tal como posta, não preenche os requisitos para o desenrolar de uma ação penal garantidora do legítimo direito de defesa, tendo em vista a ausência de fatos elementares associados ao crime de interceptação telefônica.

Nesses termos, em face da manifesta inépcia da denúncia, o meu voto é no sentido de também quanto à segunda imputação atribuída ao paciente (art. 10 da Lei 9.296/1996) conceder a ordem de *habeas corpus*.

Já no julgamento do HC 86.424/SP afigurou-se de todo evidente que a conduta imputada ao paciente (Casem Mazloum) – substituição de placas particulares de veículo automotor por placas reservadas obtidas junto ao Departamento de Trânsito do Estado de São Paulo (Detran/SP) –, não se mostraria apta a satisfazer o tipo do art. 311 do Código Penal. Na oportunidade, afirmei que não haveria qualquer dúvida de que o órgão de controle – Detran – sabia e poderia sempre saber que se cuidavam de placas reservadas fornecidas à Polícia Federal. A apuração da prática de tais atos, destaquei, poderia configurar irregularidade administrativa, certamente passível de responsabilização nessa esfera.

Com base nessa linha de argumentação, esta Segunda Turma também acompanhou, por maioria, a tese expendida em meu voto e concedeu a ordem para que fosse trancada a ação penal instaurada em face do paciente, por não estarem configurados, nem mesmo em longínqua apreciação, os elementos do tipo em tese. Eis o inteiro teor da ementa desse julgado:

Ementa: *Habeas corpus*. 1. Crime previsto no art. 331, § 1º, do Código Penal (adulteração de sinal identificador de veículo automotor). 2. Alegações: a) atipicidade da conduta; b) que o paciente não seria o destinatário da norma penal; e c) violação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. 3. Na espécie, afigura-se de todo evidente que a conduta imputada ao paciente – substituição de placas particulares de veículo automotor por placas reservadas obtidas junto ao Detran –, não se mostra apta a satisfazer o tipo do art. 311 do Código Penal. 4. Não

há qualquer dúvida de que o órgão de controle – Detran – sabia e poderia saber sempre que se cuidava de placas reservadas fornecidas à Polícia Federal. 5. Ordem concedida para que seja trancada a ação penal contra o paciente, por não restarem configurados, nem em longínqua apreciação, os elementos do tipo em tese.
(HC 86.424/SP, Rel. originária Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, maioria, *DJ* de 27-10-2006.)

No caso concreto, é pertinente transcrever a narração de fatos e condutas imputadas à suposta atuação criminosa do ora paciente, *verbis*:

III – *Objeto e estrutura da quadrilha*

Do monitoramento das conversações telefônicas dos terminais fixos e móveis, foi sendo delineada a rede criminosa, configurando-se a participação dos investigados no crime de formação de quadrilha.

Nesta denúncia, cuida-se apenas do crime de formação de quadrilha. A quadrilha é composta por mentores, auxiliares e informantes.

(...)

Os magistrados *Casem Mazloum* e *Ali Mazloum* ocupam funções peculiares na quadrilha, pois têm jurisdição em processos de interesse dos mentores daquela, bem como utilizam-se de "serviços" prestados pela quadrilha para obter vantagens e/ou favores ilícitos. Aproveitam-se da função jurisdicional para proteger os interesses ilícitos da quadrilha. (...)

Os magistrados federais *Casem Mazloum* e *Ali Mazloum* participam de parte das atividades da quadrilha, como já mencionado acima, utilizando-se, basicamente, da sua atividade e/ou autoridade judicial. (...)

IV – *Ações dos acusados que comprovam a atuação organizada, pré-ajustada e constante ao longo do tempo, para a prática de crimes*

Quanto aos magistrados federais acima nominados, os indícios levantados no curso das investigações apontam para diversos graus de participação na quadrilha, bem como indicam que aqueles estejam se utilizando ou prestando serviços, em maior ou menor grau, para ter acesso a vantagens ilícitas.

O monitoramento telefônico, ilustrado através dos diagramas de ligações telefônicas (fls. 1305/1344), comprova, seguramente, a participação dos acusados na prática de condutas criminosas, por ação ou omissão, contra a paz pública, contra a fé pública, contra a administração pública e da Justiça, com o fito de proteger os intermediadores e/ou servidores que intervêm nos procedimentos administrativos, além de fornecer cobertura aos negócios ilícitos geridos por pessoas que pagam pelas atividades da quadrilha, consistentes na interrupção de investigações em andamento, quando não pela conclusão das mesmas pela autoridade policial, excluindo a responsabilidade penal dos "clientes" da quadrilha, além da liberação de mercadorias apreendidas.

A estrutura montada conta com a destacada atuação dos magistrados, para o caso das investigações saírem do controle e ensejarem as ações penais que não possam, sem excessivo risco, ser rejeitadas de plano, tendo, assim, garantida a interrupção daquelas e/ou a absolvição dos autores de delitos penais, a despeito de toda a prova e evidência existentes nos autos.

Na Justiça Federal, em São Paulo, a organização conta com a participação dos Juízes Federais *João Carlos da Rocha Mattos, Casem Mazloum e Ali Mazloum*, todos titulares de varas criminais na Capital. (...)

Da atuação de membros da quadrilha para facilitar o uso de placas reservadas em seus veículos particulares

Durante o monitoramento telefônico, várias foram as conversas relativas ao episódio envolvendo os magistrados *João Carlos da Rocha Mattos, Casem Mazloum e Adriana Pileggi de Soveral*, abordando o uso, pelos mesmos, de placas reservadas à Polícia Federal. (...)

Da participação para a interceptação ilícita de conversas telefônicas

Dentre os "serviços" prestados por parte dos integrantes da quadrilha, inclui-se o agenciamento de escuta telefônica clandestina, ou seja, aquela que não foi autorizada judicialmente e envolvendo pessoa que sequer está sendo investigada criminalmente. E "serviço" dessa natureza foi prestado ao magistrado *Casem Mazloum*, conforme conversas havidas durante o período de monitoramento autorizado judicialmente.

(...) Merece atenção, também, o presente que *César* diz ter conseguido para o magistrado *Casem Mazloum* e família.

Em dezembro de 2002, o magistrado e sua família teriam sido contemplados com bilhetes aéreos, em classe executiva, para o Líbano, país de origem da família *Mazloum*, no valor de US$ 2.000 (dois mil dólares americanos). Dado o valor dos bilhetes, e a "*performance*" do grupo, tudo indica que também aqueles bilhetes podem ser fruto da prática de algum delito ou alguma espécie de vantagem indevida.

VI – *Conclusão*

Por todo o exposto, existem indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, apontando que os magistrados, servidores públicos e particulares, abaixo nominados, associaram-se de forma permanente, com maior ou menor grau de participação, agindo com unidade de desígnios e propósitos para praticar crimes.

Nas diversas ações da quadrilha, acima narradas, verifica-se que: (...) g) *Casem Mazloum* e *César Herman* planejam e atuam na prática de crime de interceptação telefônica sem autorização judicial (v.1.g);

(...) Pelo exposto, o *Ministério Público Federal* denuncia:

Casem Mazloum como incurso no art. 288 c.c art. 61, II, alínea *g* e art. 29, todos do Código Penal.

(Fls. 38-90.)

Transcrevo a ementa do acórdão condenatório do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no que se refere ao ora paciente, *verbis*:

Casem Mazloum: juiz titular da Primeira Vara Federal Criminal de São Paulo, na qualidade de coordenador administrativo requisitou os agentes federais César Herman Rodriguez e Tânia Peixoto, para que prestassem serviços no prédio sede da Justiça Federal. Facilitador das atividades ilegais de César Herman Rodrigues, porquanto ausentes controle administrativo e horário determinado de trabalho. Proximidade entre o juiz federal João Carlos da Rocha Mattos e César Herman Rodriguez, amigos de longa data e parceiros profissionais quando do afastamento de ambos das funções públicas. Irregularidades ignoradas, quando solicitados deixaram de atender ocorrências policiais. Testemunho de juízes e funcionários desconhecendo a regular presença dos agentes no prédio. Inquérito relativo à segurança no prédio-sede do Fórum Criminal presidido pela sobrinha de João Carlos da Rocha Mattos, Vera Cristina Vieira de Moraes. Cessão irregular dos agentes relatada pelo Superintendente da Polícia Federal em São Paulo. César Herman, em conversa com Bellini, refere-se a Casem Mazloum como nosso chefe. César consegue passagens

para Casem Mazloum na classe executiva para o Líbano. Embarque de Casem com passaporte vencido, facilitado por César Herman. Fato comentado por César com Lizandra, sua companheira. Casem Mazloum e César Herman referem-se a representação que João Carlos da Rocha Mattos ofertou contra o Corregedor. Casem Mazloum pretende cópia. Proximidade entre ambos. Relacionamento entre Casem Mazloum e José Augusto Bellini, dizendo este que Casem Mazloum é um leão, não é humano, e não sobra nada, confirmado diante da apreensão de caminhão, com mercadorias, de parente de Casem. Participação no caso das placas adulteradas, com Bellini, João Carlos e César Herman Rodriguez. Colaboração no Caso Santos. Contato com Toninho da Barcelona, comprovado por documentos e anotações.

Caso escuta ilegal: Casem Mazloum procurou César Herman Rodriguez voluntariamente, solicitando a realização de interceptação de comunicação telefônica, sem autorização judicial. Contatos entre policiais federais e pessoas não identificadas, possivelmente empregados de operadoras de telefonia, para obtenção de dados sigilosos e escuta ilegal, mediante pagamento.

Casem Mazloum, na qualidade de juiz das execuções, reforma decisão de juiz competente e transfere o preso provisório Kamal Nagib Assi para a Custódia da Polícia Federal. Laudos de documentos apreendidos no escritório de Passarelli, constando cópia de requerimento de passaporte para as filhas de Casem Mazloum, documentos relacionados a processos sob a jurisdição de Casem Mazloum. Cumplicidade, por meio de documentos apreendidos, entre Casem Mazloum, César Herman Rodriguez e José Augusto Bellini.

(Processo 2003.03.00.065344-4, Rel. Des. Therezinha Cazerta, Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, unânime, sessão de 17-12-2004.)

Na essência, vê-se que os mesmos fatos em tese conducentes à prática delituosa que ilustram a denúncia por formação de quadrilha foram adotados no acórdão condenatório relativamente ao ora paciente, nada havendo de concreto, em meu sentir, a justificar o recebimento da denúncia, secundada pela condenação.

Digo isso porque, evidentemente, não se pode ter como sugestivo do crime de quadrilha a mera menção ao nome do magistrado por outros acusados, segundo captada em interceptações telefônicas, portanto nenhuma relevância merecendo a hipótese de José Augusto Bellini se haver referido a Casem como "nosso chefe" em conversa com César Herman Rodriguez, ou dito que "(...) Casem Mazloum é um leão, não é humano, e não sobra nada".

Tampouco merece valoração, na mesma linha de raciocínio, o teórico fornecimento de passagens aéreas à família do paciente ou a facilitação de embarque deste com passaporte vencido, pois, também nesses tópicos, nada de concreto é relatado que pudesse levar à teórica configuração de delitos, afora, mais uma vez, conversas entabuladas por terceiros.

Igualmente, não constituem crimes a requisição de agentes policiais federais para prestar serviços ao Fórum Criminal da Justiça Federal de São Paulo ou a relatada transferência de preso para a custódia da Polícia Federal, determinada por Casem Mazloum sem que fosse o juiz competente, ressalvadas, reitere-se, possíveis irregularidades administrativas.

A mesma denúncia envolvendo o cometimento do crime de formação de quadrilha aqui em exame foi objeto do HC 84.409, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, sendo a ordem concedida, naqueles autos, ao codenunciado Ali Mazloum, com acolhimento de divergência por mim aberta.

Ante a similitude das situações envolvendo o ora paciente e Ali Mazloum, com as devidas adaptações no que diz especificamente às pretensas condutas indicativas de formação de quadrilha, consoante já exposto, me permito reiterar o que expus naquela oportunidade.

> Como já referido pelo eminente Ministro Relator, o art. 41 do Código de Processo Penal estabelece:
>
> "Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."
>
> Essa fórmula encontrou em texto clássico de João Mendes de Almeida Júnior uma bela e pedagógica sistematização. Diz João Mendes de Almeida Júnior sobre a denúncia:
>
> "É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). (Segundo enumeração de Aristóteles, na *Ética a Nincomac,* 1. III, as *circunstâncias* são resumidas pelas palavras *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*, assim referidas por Cícero (De Invent. I)). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes." (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v. II. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 183.)
>
> Essa questão – a técnica da denúncia –, como sabemos, tem merecido do Supremo Tribunal Federal reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa.
>
> Destaco as reflexões desenvolvidas pelo Ministro Celso de Mello, no HC 73.271, cuja ementa diz o seguinte:
>
> "(...)
>
> *Persecução penal – Ministério Público – Aptidão da denúncia.* O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inocorrente quando o comportamento atribuído ao réu 'nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação' (RF 150/393, Rel. Min. Orozimbo Nonato). A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito

de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta."

Em outro *habeas corpus*, também da relatoria do Ministro Celso de Mello, extrai-se o seguinte excerto:

> "O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria res in judicio deducta. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta."
>
> (HC 70.763, *DJ* de 23-9-1994.)

O tema tem, portanto, sérias implicações no campo dos direitos fundamentais.

Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito.

Mas há outras implicações!

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

Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör)* e fere o princípio da dignidade humana (*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.*) (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 1[I] 18).

Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

A exemplo do que ocorreu com Ali Mazloum, ao aqui paciente também foi atribuída uma "*participação peculiar na quadrilha*". E tal participação peculiar decorreria, também, do fato de ter jurisdição sobre processos de interesse dos mentores daquela e de se utilizar de serviços prestados pela quadrilha para obter vantagens ou favores.

Mais uma vez, nada se esclarece sobre tais serviços, nem sobre o que seria a *peculiar participação*!, cuidando a acusação de relatar fatos descontextualizados e tirar conclusões sem qualquer base fática, mencionando supostos delitos vinculados à formação de quadrilha que, como já destacado, ou flagrantemente não se configuraram ou, diferentemente, derivam de meras conversas de terceiros fazendo referências ao nome do aqui paciente, carecendo a inicial acusatória de necessário suporte a viabilizar a ação penal.

Por tais motivos, e pedindo vênia ao eminente Ministro Relator, voto pela concessão da ordem de *habeas corpus*, determinando o trancamento da ação penal no que diz respeito ao paciente.

ADIAMENTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, como disse, proferi esse voto há mais de um ano.

Por esse motivo, indicarei adiamento para examiná-lo.

EXTRATO DA ATA

HC 89.310/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Casem Mazloum. Impetrantes: Adriano Salles Vanni e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Presidente, o Ministro Relator indicou adiamento.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Compareceu à Turma o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

VOTO
(Sobre adiamento)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhora Presidente, em princípio, eu votaria contrariamente a essa postulação, porque entendo que a parte não tem direito a fazer uma espécie de fórum *quorum shopping*, não tem direito de escolher a composição ideal da Corte. Mas, como se trata de pedido de adiamento por apenas uma sessão, até a próxima semana, eu concordo que se adie até a próxima semana.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Na realidade, o pedido não inclui essa cláusula. Essa cláusula sou eu que estou colocando, uma vez que, segundo informação, o Ministro Eros Grau não teria participado da primeira parte do julgamento, não teria assistido o relatório e a sustentação oral, e, portanto, não votaria neste caso.

Então, a minha proposta, sim, é que se atenda a defesa, mas só até a próxima sessão.

EXTRATO DA ATA

HC 89.310/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Casem Mazloum. Impetrantes: Adriano Salles Vanni e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, apreciando pedido formulado pelo patrono do paciente, deliberou pelo adiamento do julgamento do presente *writ* por uma sessão. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 17 de março de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhora Presidente, eu proferi voto neste *habeas corpus* em setembro de 2007, na ocasião o Ministro Gilmar Mendes pediu vista e trouxe o seu voto-vista na última sessão de 2008. Eu fui pego de surpresa, não me lembrava mais do meu voto, evidentemente, porque se passaram quinze meses, e trouxe na semana passada, mas houve um pedido de adiamento. Então, estou trazendo nesta sessão.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, como relatei na sessão de setembro de 2007, o paciente foi condenado pela prática do crime de **formação de quadrilha**, nos autos da ação penal de origem. Alega, em síntese:

1) a **inépcia** da denúncia oferecida contra o paciente perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (que deu origem à Ação Penal 128/SP), **por formação de quadrilha**, alegando que não teria narrado "**quando, como**, em **qual** processo e em **que** base empírica estava amparada a **afirmação de prática de atos jurisdicionais de proteção aos interesses da quadrilha**" denunciada; e

2) **ausência de provas para a condenação**, que teria se baseado apenas: a) na informação de que o paciente **atuou em processos do interesse** da quadrilha e **teria utilizado sua função jurisdicional para proteger os interesses ilícitos da aludida quadrilha;** e b) **fatos não descritos na denúncia**, pois, **no momento do julgamento, através de consulta eletrônica da movimentação processual**, a relatora **identificou os processos** de interesse da suposta quadrilha que tramitavam sob jurisdição do paciente, sem possibilidade de defesa.

O Ministro Gilmar Mendes votou pela concessão da ordem, determinando o trancamento da ação penal de origem no que diz respeito ao paciente. Para o Ministro Presidente, a acusação cuidou de "relatar fatos descontextualizados e tirar conclusões sem qualquer base fática, mencionando supostos delitos vinculados à formação de quadrilha que, como já destacado, ou flagrantemente não se configuram ou, diferentemente, derivam de **meras conversas de terceiros fazendo referências ao nome do aqui paciente**, carecendo a inicial acusatória de necessário suporte a viabilizar a ação penal".

Peço vênia para **destacar os principais fundamentos de meu voto**, apresentado em mais de quarenta laudas quando a Turma deu início ao julgamento.

1) S**obre a inépcia da denúncia**

Em primeiro lugar, **com base na jurisprudência da Corte, salientei que o trancamento de ações penais na via do *habeas corpus* somente é permitido em situações extremamente excepcionais**, tendo em vista a impossibilidade de revolvimento do conteúdo fático-probatório e o princípio do *in dubio pro societatis*, que rege o processo penal.

No caso, **afirmo** que não estamos diante de flagrante **inépcia** da denúncia, que se daria em caso de **atipicidade da conduta imputada, ausência de justa causa** ou violação do dever de descrever os fatos criminosos, qualificar o acusado e classificar o crime.

Destaquei, ainda, que o caso é **diverso** daquele objeto do HC 86.424, em que a **ordem foi concedida ao paciente** "por não restarem configurados, nem em longínqua apreciação, os elementos do tipo em tese" (HC 86.424, julgamento em 11-10-2005, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes).

Assinalei, ainda, o seguinte dado cronológico: a **denúncia** foi **oferecida em 14 de outubro de 2003** perante o Tribunal Regional Federal, que **proferiu o acórdão condenatório** em **17 de outubro de 2004**. Somente em **31 de agosto de 2005** foi impetrado *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, **impugnando a inépcia da inicial**.

Ora, no momento daquela impetração (HC 47.220), o ato a ser considerado como "**coator**", em tese, já **não era mais a denúncia**, mas sim o **acórdão condenatório**. O entendimento majoritário da Corte é no sentido da preclusão da possibilidade de arguir a nulidade da peça acusatória depois de já ter sido proferida **decisão condenatória**, que passou a ser o **título de ameaça à liberdade do paciente, que é o único objeto legítimo do *habeas corpus*** (HC 86.630, Rel.

Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 24-10-2006; HC 88.327, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-5-2006; HC 85.067, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25-11-2005; RHC 84.849, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-6-2005; dentre inúmeros outros). Somente em **casos isolados** este entendimento foi superado (HC 85.658, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 21-6-2005; HC 83.301, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso).

Chamei, ainda, a atenção da Turma para o fato de que **a defesa preliminar** do paciente foi apresentada em **mais de vinte laudas** (fls. 96/117), em que se teceram considerações quanto ao elemento **subjetivo** do tipo e à **estabilidade** da suposta participação do paciente**,** sustentando que a denúncia lhe teria imputado **fatos isolados**, que não serviriam para demonstrar sua **participação no crime de formação de quadrilha**. As alegações finais foram ainda mais alentadas: mais de **cem laudas**.

Por fim, salientei que não foi impetrado qualquer *habeas corpus* contra o acórdão de **recebimento da denúncia**. **Somente depois da prolação do acórdão de mérito**, julgando **procedente a ação penal** e **condenando** o paciente, é que a defesa levou ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça sua alegação de **vício na peça inicial ofertada pelo Ministério Público contra o paciente.**

Assim, minha conclusão é de que **a defesa deve arcar com as consequências preclusivas de sua estratégia**, que buscou adiar, ao máximo, um pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o caso, que poderia, por exemplo, em caso de uma manifestação negativa (**como ocorreu no caso**), influenciar a decisão de mérito do Tribunal Regional Federal. É a mesma estratégia que se usa no procedimento do júri, quando a defesa deixa de interpor recurso em sentido estrito contra a decisão de **pronúncia** do réu, de modo a evitar uma influência negativa sobre o veredicto dos jurados.

A meu ver, **se admitirmos que a impugnação da denúncia seja feita, pela primeira vez, apenas depois de prolatada sentença condenatória**, iremos incentivar, inclusive, a **má-fé processual**, permitindo que uma nulidade ocorrida no início do processo, e desde logo percebida pelas partes, venha a gerar, **em razão do silêncio voluntário dos interessados**, a **inutilização** de todo o processo, que movimentou enormemente a máquina judiciária, demandou tempo e trabalho de inúmeras pessoas e, ao fim, pode acabar esbarrando, **pela atitude da defesa**, no obstáculo da prescrição.

Esta é a razão de os precedentes do Supremo Tribunal Federal **não admitirem a impugnação de vício da denúncia a esta altura**, salvo em situações excepcionalíssimas de **réu indefeso**. Do contrário, só pode ser reconhecido o vício se, tão logo constatado, **todos os meios e recursos de defesa tenham sido utilizados para dirimi-lo**. Transcrevo as ementas de alguns destes precedentes:

> *Habeas corpus. Penal e processual penal. Incompatibilidade entre o crime de formação de quadrilha e concurso de pessoas. Matéria não submetida a exame do tribunal a quo. Não conhecimento.* **Inépcia da denúncia. Inocorrência. Superveniência de sentença condenatória. Novo ato a ser impugnável.**
>
> (...)

Eventuais vícios da denúncia devem ser arguidos antes da prolação da sentença, que passa a ser o ato impugnável.

Habeas corpus conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.

(HC 88.327.)

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Questão nova. Denúncia: alegação de inépcia. Condenação pelo tribunal do júri. Reexame de provas: impossibilidade.

(...)

II – A inépcia da denúncia deve ser alegada no momento processual adequado, vale dizer, antes de proferida a sentença de mérito.

(HC 85.067.)

Recurso ordinário em habeas corpus. Nulidade da denúncia. Preclusão. Indeferimento de diligências. Questão suscitada na origem. Inconsistência da acusação. Matéria probatória.

2. **Os vícios da denúncia devem ser arguidos antes da prolação da sentença. Precedentes.**

(HC 84.849.)

I – **Denúncia: inépcia: preclusão inexistente, quando arguida antes da sentença**.

A **jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal entende coberta pela preclusão a questão da inépcia da denúncia, quando só aventada após a sentença condenatória** (precedentes); a orientação não se aplica, porém, se a sentença é proferida na pendência de *habeas corpus* contra o recebimento da denúncia alegadamente inepta.

(HC 86.630.)

Assim, **considero impossível declarar a inépcia da denúncia**, por ser diverso o título atual que supostamente cerceia a liberdade do paciente.

De todo modo, destaquei não merecer provimento a alegação de inépcia da denúncia.

Em primeiro lugar, afastei o argumento de que a denúncia não indica, precisamente, **a data e o local de surgimento da quadrilha**. A **precisão absoluta** do dado temporal não é exigível em crime algum, **sendo suficiente que as indicações de tempo e lugar permitam ao réu ter conhecimento e defender-se da acusação que lhe foi dirigida**.

No crime de formação de quadrilha, **o dado temporal e espacial é ainda menos necessário**, tendo em vista que se cuida de um **crime permanente**, cuja **consumação se perpetua no tempo**. Assim, a acusação não é de, num **determinado e específico momento**, ter ingressado na quadrilha, mas sim de **ter sido membro da quadrilha denunciada,** bastando a indicação da **época em que a quadrilha exerceu suas atividades** e da **época em que se deu a participação do acusado**, apresentando os **dados que demonstrem ter ele se associado aos demais membros, para o fim de cometer crimes**. E, quanto a estes dados, não houve qualquer omissão na denúncia. É o que se colhe do acórdão do Superior Tribunal de Justiça ora impugnado (HC 47.220), que revela a **perfeita sintonia da inicial acusa-**

tória com os mandamentos do art. 41 do Código de Processo Penal. Leio alguns fragmentos da **decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça**:

> Com efeito, apenas em atenção à clareza e linearidade da exposição, já que há **doze corréus e inúmeros fatos interligados**, pode-se assim resumir a atuação do ora paciente na quadrilha, consoante narrado na denúncia:
>
> **1. Aproveitava-se da sua atividade e/ou autoridade judicial para proteger os interesses ilícitos da quadrilha.**
>
> **1.1** Merece destaque a **requisição e manutenção irregular de servidores da Polícia Federal, cedidos à Justiça Federal** (Tânia e **César Herman**, sendo este apontado como **um dos mentores e executores dos muitos crimes cometidos pela quadrilha),** com total inobservância das regras básicas que disciplinam a disposição de funcionários de um órgão para outro. **Esses agentes, ao que consta, estavam diretamente ligados aos magistrados integrantes da quadrilha**, sem nenhum controle sobre as atividades desenvolvidas. A situação viria, convenientemente, **a facilitar a livre atuação de um braço da organização criminosa**.
>
> **1.2** Apurou-se a **facilitação de descaminho e/ou contrabando com a intermediação de César Herman** que, em conversa com *Miltinho*, a propósito dos atos necessários à internação de mercadorias no Brasil (motocicletas entre outras) de forma ilícita, "ajeitou" para que as internações **ocorressem** nos dias em que *Augusto Magnussom Junior* (Agente de Polícia Federal lotado no Aeroporto de Cumbica, chefe de equipe do *Terminal* 1) **estivesse de serviço**.
>
> **A denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal contra Magnussom, a propósito, foi rejeitada por Casem Mazloum**, então titular da 1ª Vara Federal Criminal. A 5ª Turma do **TRF/3ª Região deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet* e determinou o recebimento da denúncia**.
>
> Ressalte-se que **o fato não deve ser considerado isoladamente, mas inserido no contexto em que se buscou evidenciar a relação existente entre as pessoas envolvidas**.
>
> **1.3** Há referência a **atos ilícitos que redundaram no arquivamento de inquérito policial perante a Justiça Estadual (Comarca de São Vicente**), sendo o Juiz **Casem Mazloum acusado de prestar orientação jurídica aos agentes envolvidos no episódio**:
>
> (...)
>
> Com a decisiva participação de *Niemer* (Delegado da Polícia Civil de São Vicente), *Naisser* (Delegado de Polícia Civil), *Guerra* (Delegado Seccional), *Rui* (Delegado de Polícia Civil) e do Desembargador *Mariano* (provavelmente, Mariano de Siqueira Neto – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) e auxiliado por *Wagner* (*Peru*), **Bellini, César e Sérgio Chiamarelli Junior livraram-se de um inquérito instaurado em São Vicente/SP, para averiguação de abuso de autoridade e possíveis outros delitos cometidos naquela localidade**, conforme cópias constantes destes autos (fls. 1382/1401).
>
> *Bellini* **contou**, ainda, **com a orientação jurídica de João Carlos da Rocha Mattos e Casem Mazloum** e com a benevolência, para dizer o mínimo, de *Dirceu Bertin*, atual Corregedor-Geral da Polícia Federal no Estado de São Paulo.
>
> (...)

O inquérito terminou por ser arquivado perante a Comarca de São Vicente. Esses fatos serão, agora, investigados sob novas luzes, dados os **indícios de cometimento de tráfico de influência, favorecimento pessoal, advocacia administrativa, condescendência criminosa e prevaricação**.

2.2 Diz ainda a **denúncia**:

"Dentre os 'serviços' prestados por parte dos integrantes da quadrilha, inclui-se o **agenciamento de escuta telefônica clandestina**, ou seja, aquela que não foi autorizada judicialmente e **envolvendo pessoa que sequer está sendo investigada criminalmente**. E **'serviço' dessa natureza foi prestado ao magistrado Casem Mazloum, conforme conversas havidas durante o período de monitoramento autorizado judicialmente**.

No áudio da conversa, **Casem liga para César Herman em 17-9-2002**. Conversam, sempre de forma cifrada, sobre uma reunião à qual **César** compareceu e na qual teria tratado de assuntos de interesse comum, quando **tratam da interceptação clandestina, que seria uma favor a um grande amigo de Casem, prefeito do município de Cotia/SP.**

Em contato telefônico ocorrido no dia 19-9-2002, **Caled (primo de Casem) liga para César Herman,** no terminal (11) 9985-6898 (áudio 020919151139.C001) e ambos conversam sobre a instalação de um grampo no telefone de número 9984-6079 (pertencente a *Valdean Cardoso de Sousa*, CPF 247.699.308-52, placas JMB-3385) e, conforme declarado por **César Herman, ele próprio iria obter 'oficialmente' as informações solicitadas, ao argumento que se tratavam de ameaças a Prefeito de Cotia e a seus familiares, sabidamente não verdadeiro.**

Casem Mazloum e **César Herman** ao procederem na forma acima descrita praticaram crime previsto no art. 10 da Lei 9.296/96."

(...)

"As **vantagens** oferecidas pelos integrantes da quadrilha **aos magistrados** são as mais variadas.

Merece atenção, também, o **presente que César diz ter conseguido para o magistrado Casem Mazloum e família**.

Em dezembro de 2002, **o magistrado e sua família teriam sido contemplados com bilhetes aéreos, em classe executiva, para o Líbano**, país de origem da família *Mazloum*, no valor de US$ 2.000 (dois mil dólares americanos). Dado o valor dos bilhetes, e a 'performance' do grupo, tudo indica que também aqueles bilhetes **podem ser fruto da prática de algum delito ou alguma espécie de vantagem indevida**.

Durante o monitoramento não foram poucas as conversas nas quais ficou clara a proximidade, a intimidade de César Herman e *Bellini* com os Juízes Federais, e com pessoas ligadas a eles. Assim é que *César Herman* transforma-se em 'advogado', administrador dos bens dos 'magistrados', além de consultor familiar.

A **estreita ligação entre os integrantes do grupo, marcadas por várias conversas para a tomada de decisões comuns, manifestando a unidade de desígnios e propósitos dos agentes, para a**

> **execução de delitos com a troca constantes de favores**, bem como a utilização das atribuições funcionais e profissionais especializadas de cada um deles e, ainda, a de intermediários (com maior ou menor grau de participação na organização criminosa) para a ocultação de bens adquiridos a partir da prática de crimes, comprovam a existência de quadrilha (art. 288 do CP).
>
> (...)"

Também é claro o acórdão do Superior Tribunal de Justiça quando afasta a alegada **omissão da denúncia pela falta de referência a datas da participação do paciente nos atos praticados pela organização criminosa**, *verbis*:

> (...)
>
> Outrossim, não procede a alegada falta de definição temporal do ingresso do paciente nos desígnios da quadrilha. Todos os **relatos que apontam o efetivo liame entre as condutas que caracterizam o crime de quadrilha** estão devidamente situados, sendo a maior parte deles, inclusive, **oriundo de gravações telefônicas com data e hora**.
>
> (Destaquei.)

Não é demais destacar, ainda, que, como crime **formal,** o crime do art. 288 do Código Penal **se consuma independentemente da efetiva prática dos crimes para os quais houve a associação**. Basta que este **fim específico** de agir esteja presente, como **elemento subjetivo** do tipo. E esta finalidade assoma das inúmeras provas citadas ao longo da denúncia e do acórdão condenatório, demonstrando o envolvimento dos acusados para o fim de cometer **inúmeros e variados ilícitos**, as trocas de favores entre os membros da aparente quadrilha, os intensos diálogos travados ao longo de suas atividades, obtidos mediante interceptação telefônica judicialmente autorizada, dentre outros dados utilizados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região para fundamentar sua decisão. A **qualidade** destas provas não pode ser revista pelo Supremo Tribunal Federal, ainda menos no âmbito do *habeas corpus*, que não se presta à análise do contexto fático-probatório contido nos autos da ação penal de origem.

Embora não se possa, a esta altura, conhecer da alegação de inépcia da denúncia, li trechos da inicial acusatória **tardiamente** impugnada, no voto que apresentei há um ano e meio nesta Turma.

Da simples leitura dos termos da denúncia, constata-se que **o Ministério Público apresentou fatos concretos que, ao menos em tese, configurar-se-iam como ilícitos penais e que redundaram em decisão condenatória**. A inicial acusatória não somente indicou, de modo preciso e adequado, a autoria e a materialidade delitiva das infrações apuradas (CPP, arts. 41 e 43), como também especificou, de maneira detalhada, a participação do ora paciente, *verbis*:

> **III – Objeto e estrutura da quadrilha**
>
> Do monitoramento das conversações telefônicas dos terminais fixos e móveis, foi sendo delineada a **rede criminosa**, configurando-se a participação dos investigados no crime de formação de quadrilha.

Nesta denúncia, cuida-se apenas do crime de formação de quadrilha. A quadrilha é composta por **mentores, auxiliares e informantes**.

Entre os mentores, há um magistrado federal, **João Carlos da Rocha Mattos**, um delegado da Polícia Federal, **José Augusto Bellini,** um agente da Polícia Federal, **César Herman Rodriguez** e um advogado, Delegado da Polícia Federal aposentado, **Jorge Luiz Bezerra da Silva**. Os mentores têm a função de planejar, promover, organizar ou dirigir atividades dos demais participantes. **César Herman** apresenta também a particularidade de executar muitas das atividades determinadas pelos demais mentores.

(...)

Os magistrados **Casem Mazloum** e *Ali Mazloum* ocupam **funções peculiares na quadrilha**, pois têm **jurisdição em processos de interesse dos mentores** daquela, bem como **utilizam-se de "serviços" prestados pela quadrilha para obter vantagens e/ou favores ilícitos**.

Aproveitam-se da função jurisdicional para proteger os interesses ilícitos da quadrilha.

José Augusto Bellini, César Herman Rodriguez, Dirceu Bertin e **Jorge Luiz Bezerra da Silva**, na posição de Delegados e Agentes de Polícia Federal, (...) atuam **oferecendo seus "serviços"** a pessoas **investigadas em inquéritos policiais, cobrando e recebendo**, para tanto, valores para remunerar a própria intermediação dos serviços ilícitos, bem como valores destinados ao **pagamento de propinas** (valores ou favores) **a servidores públicos**, integrantes ou não da quadrilha, **em troca de proteção para atividades ilícitas**.

(...)

Wagner Rocha, Norma Regina Emílio Cunha, Carlos Alberto da Costa Silva, Affonso Passarelli Filho e Sérgio Chiamarelli Junior atuam na **execução dos crimes planejados pela quadrilha**, quer atuando em **processos**, quer obtendo informações sobre andamento de inquéritos e ações penais e contatos com os "usuários" dos serviços da quadrilha.

Os magistrados federais **Casem Mazloum** e Ali Mazloum participam de **parte das atividades da quadrilha**, como já mencionado acima, **utilizando-se**, basicamente, **da sua atividade e/ou autoridade judicial.**

(...) **todos agem conscientemente para a realização das atividades deliberadas pelos mentores da quadrilha**.

(...)

Parte das atividades da quadrilha consiste em **infiltrar-se, através de seus membros ou de seus auxiliares eventuais, em companhias telefônicas, Órgãos da Justiça, Polícia e outras instituições públicas e privadas para que tenham acesso a dados cadastrais de pessoa física ou jurídica, alvarás de autorização de monitoramento telefônico, dados de procedimentos criminais diversos, inquéritos e outros procedimentos administrativos**.

Ressalve-se que **toda a ação delituosa** aqui descrita só se tornou possível **graças à adesão voluntária e consciente de agentes do Estado a um projeto criminoso**, apto a lesar, a partir do ajuste consensual quanto à prática de diversos ilícitos penais, a própria paz pública, que constitui o bem jurídico protegido pelo art. 288 do Código Penal (formação de quadrilha).

(...)

IV – Ações dos acusados que comprovam a **atuação organizada, pré-ajustada e constante ao longo do tempo, para a prática de crimes**

Quanto aos magistrados federais acima nominados, os indícios levantados no curso das investigações apontam para diversos **graus de participação na quadrilha**, bem como indicam que aqueles estejam se **utilizando ou prestando serviços**, em maior ou menor grau, para ter acesso a **vantagens ilícitas**.

O monitoramento telefônico, ilustrado através dos diagramas de ligações telefônicas (fls. 1305/1344), **comprova, seguramente, a participação dos acusados na prática de condutas criminosas** (...) contra a paz pública, contra **a fé pública**, contra a **administração pública e da Justiça**, com o fito de proteger os intermediadores e/ou servidores que intervêm nos procedimentos administrativos, além de fornecer **cobertura aos negócios ilícitos geridos por pessoas que pagam pelas atividades da quadrilha**, consistentes na **interrupção de investigações em andamento** (...) **excluindo a responsabilidade penal dos "clientes" da quadrilha, além da liberação de mercadorias apreendidas**.

A estrutura montada conta com a **destacada atuação dos magistrados**, para o **caso de as investigações saírem do controle** e ensejarem as **ações penais que não possam, sem excessivo risco, ser rejeitadas de plano**, tendo, assim, garantida a **interrupção daquelas** e/ou a **absolvição dos autores de delitos penais**, a **despeito de toda a prova e evidência existentes nos autos**.

Na Justiça Federal, **em São Paulo, a organização conta com a participação dos Juízes Federais** João Carlos da Rocha Mattos, **Casem Mazloum** e Ali Mazloum, todos titulares de varas criminais na Capital.

(...)

V.1 – **Concerto de vontades** dirigido à associação em **quadrilha** para o **fim especial de praticar crimes**, com a **participação dos magistrados**

(...)

V.1.b) Da facilitação de descaminho e/ou contrabando

(...)

No dia 10-9-2002, **César Herman** conversa com *Miltinho* a propósito dos **atos necessários à internação de mercadorias no Brasil** (motocicletas entre outras) de forma **ilícita**, "ajeitando" para que as internações **ocorressem nos dias em que Augusto Magnussom Junior** (Agente de Polícia Federal lotado no Aeroporto de Cumbica, chefe de equipe do *Terminal* 1) **estivesse de serviço**.

Ressalte-se que **Magnussom foi denunciado** pelo Ministério Público Federal, tendo sido a denúncia **rejeitada por Casem Mazloum,** como titular da **1ª Vara Federal Criminal**. A E. **5ª Turma deste TRF/3ª deu provimento ao recurso em sentido estrito do MPF e determinou o recebimento da denúncia**. Os autos (**2001.61.81.001141-9**) encontram-se neste C. TRF da 3ª Região 12, no gabinete do atual relator.

(...)

V.1.f) Da atuação de membros da **quadrilha** para facilitar o **uso de placas reservadas** em seus veículos particulares

Durante o **monitoramento telefônico**, **várias foram as conversas relativas ao episódio envolvendo os magistrados** João Carlos da Rocha Mattos, **Casem Mazloum** e Adriana Pileggi de Soveral, abordando o **uso**, **pelos mesmos**, **de placas reservadas à Polícia Federal**.

O assunto veio à tona em função de matéria jornalística, dando conta de que **os magistrados usavam, em seus carros particulares, placas de veículos de uso reservado em investigações pela Polícia Federal**. (...) Este episódio ensejou a instauração de **Inquérito Judicial nº 2002.03.00.018238-8**, em trâmite perante

esta Colenda Corte, que apura as circunstâncias nas quais foram entregues aquelas placas e como são usadas.

Em 19-9-2002, **César Herman** telefona para **João Carlos da Rocha Mattos** e conta que foi criada uma **comissão normativa na Polícia Federal para disciplinar o uso das chamadas placas reservadas**. Ao que tudo indica, essa comissão resulta da circulação da notícia da instauração do inquérito judicial acima mencionado. Diz **César Herman** que vai **pegar com o pessoal da comissão todo o material**. **João Carlos**, então, indaga se **Bellini** resolveu como ele, **João Carlos**, havia dito.

César responde que **está tudo resolvido e já há três placas designadas**.

João indaga se **não seriam quatro**: **duas dele**, **uma de Casem** e outra da Juíza Adriana. (...)

Em 17-10-2002, Aloízio Rodrigues liga para **César Herman** e comenta que **Aldo e Duran** (Delegados de Polícia Federal) vão responder, através de ofício, sobre o **levantamento das placas**, as quais estão **à disposição dos juízes**. Aloízio pede para César solicitar as placas a **Bellini. César** comenta que **Casem Mazloum já as devolveu, ao que Aloísio observa que há a possibilidade de Casem ter feito cópia da placa que usava**. Durante o diálogo, **César** e Aloízio comentam os **nomes das pessoas que ficaram com as placas**, ou seja, **Casem (Mazloum)**, Adriana, Aloísio, João Carlos e "Jaber".

(...)

No **inquérito judicial** (...) instaurado no âmbito dessa Corte (Tribunal Regional Federal da 3ª Região), para fins de **apuração das responsabilidades dos Juízes Federais** aqui acusados, pelo **uso ilegal de placas de uso reservado da Polícia Federal**, foi chamado a depor o Delegado Federal **Bellini**, o que motivou conversa com **João Carlos,** em **26-12-2002**.

Bellini dava notícia sobre intimação para comparecer a este C. TRF-3, a fim de prestar **esclarecimentos** sobre o **uso de placas reservadas em carros particulares dos magistrados**. João Carlos o **orienta** para **negar que os juízes as usavam**, o que foi **acatado por Bellini** (...). Por fim, Bellini observa que **precisavam conversar** para **"acertar" a linha de argumentação**, e **dessa conversa participariam João Carlos**, **Casem** e Pavão.

A forma de tratamento entre **João Carlos da Rocha Mattos** e os **demais integrantes da quadrilha** (...) revela **confiança,** "camaradagem", fruto da **diuturna comunicação,** formando um **grupo permanente para o cometimento de ilícitos penais**, facilitados pelo **mau uso do cargo que ocupam**.

Assim é que **João Carlos cuida dos interesses** dos demais colegas, **Casem Mazloum e Adriana Pileggi de Soveral, com toda a familiaridade**, ao **indagar se todos terão as placas reservadas novamente**. (...)

(...)

Os **magistrados** acusados permitem-se a **prática de atos irregulares com a colaboração de agentes policiais**, em **benefício próprio**, usando bens de exclusivo uso público em seus bens particulares, revelando certa **naturalidade,** possível **decorrência da habitualidade**.

Pode-se concluir que **a cessão de placas de uso reservado pela Polícia Federal** representa uma **vantagem por outros "favores" prestados pelos magistrados**, agindo os membros da quadrilha que pertencem aos quadros daquela de modo a facilitar a obtenção das referidas placas, usando-se de mecanismos irregulares.

> **V.1.g)** Da participação para a **interceptação ilícita de conversas telefônicas**
>
> Dentre os "**serviços**" **prestados** por parte dos **integrantes da quadrilha**, inclui-se o **agenciamento de escuta telefônica clandestina**, ou seja, aquela que **não foi autorizada judicialmente** e envolvendo **pessoas que sequer estão sendo investigadas criminalmente**. E "**serviço**" **dessa natureza** foi **prestado ao magistrado Casem Mazloum**, conforme conversas havidas durante o período de monitoramento autorizado judicialmente.
>
> No áudio da conversa, **Casem liga para César Herman em 17-9-2002**. Conversam, sempre de forma cifrada, (...) quando tratam da **interceptação clandestina**, que seria um **favor a um grande amigo de Casem**, prefeito do município de Cotia/SP.
>
> Em contato telefônico ocorrido no dia **19-9-2002**, **Caled (primo de Casem) liga para César Herman**, no terminal (11) 9985-6898 (áudio 020919151139. C001) e **ambos conversam sobre a instalação de um grampo** no telefone de número 9984-6079 (pertencente a Valdean Cardoso de Sousa, CPF 247.699.308-52, placas JMB-3385) e, conforme declarado por César Herman, ele próprio iria obter "oficialmente" as informações solicitadas, **ao argumento que se tratavam de ameaças a Prefeito de Cotia e a seus familiares**, sabidamente não verdadeiro.
>
> **Casem Mazloum** e **César Herman** ao procederem na forma acima descrita praticaram crime previsto no art. 10 da Lei 9.296/96.

Senhores Ministros, não vejo como considerar inepta denúncia tão densamente elaborada e com tamanha descrição de detalhes das atuações dos denunciados e das provas contra eles existentes. Isto tudo no momento inicial da ação penal, antes mesmo de todo o processo instrutório que culminou no acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Quanto a este último tema, da interceptação telefônica ilegal que teria sido solicitada por *Casem Mazloum* a outro corréu (*César Herman*, considerado um dos mentores da quadrilha e braço-direito de *Rocha Mattos* e do paciente), não se pode negligenciar os indícios da prática criminosa, que serviu para demonstrar a finalidade específica dos denunciados no sentido de se associar, de modo estável, para o fim de cometer crimes os mais diversos – e não apenas um crime, específico, que caracterizaria apenas o concurso de agentes.

O tema em questão – interceptação telefônica ilegal – vem merecendo a maior atenção da mídia e dos tribunais do país, justamente em razão de grampos clandestinos, promovidos sem autorização judicial, que vieram à tona em reportagens por todos conhecidas.

Prosseguiu a denúncia, demonstrando o **profundo envolvimento do paciente com os demais membros da quadrilha**:

> **V.1.l) Dos atos ilícitos que redundaram no arquivamento de inquérito policial perante a Justiça Estadual (Comarca de São Vicente)**
>
> No dia 18-12-2002, *Bellini* liga para *César Herman* procurando saber as novidades. César diz que esteve na Justiça e na Marítima (DELEMAF), acrescentando que "está indo". **Bellini diz que hoje falou com Ali e com o outro**. (...) Em seguida, *Bellini* fala para *César* que **está resolvendo os problemas deles, inclusive o de Santos** (possivelmente se referindo a um **inquérito** instaurado na Delegacia de Polícia Civil de São Vicente/SP).

(...) **Bellini, César e Sérgio Chiamarelli Junior** livraram-se de um inquérito instaurado em São Vicente/SP, para averiguação de **abuso de autoridade** e **possíveis outros delitos** cometidos naquela localidade, conforme cópias constantes destes autos (fls. 1382/1401).

Bellini contou, ainda, com a orientação jurídica de João Carlos da Rocha Mattos e Casem Mazloum (...).

O **inquérito** terminou por ser **arquivado** perante a Comarca de São Vicente. Esses fatos serão, agora, investigados sob novas luzes, dados os **indícios de cometimento de tráfico de influência**, favorecimento pessoal, **advocacia administrativa**, condescendência criminosa e prevaricação.

A denúncia descreveu, ainda, a **associação estável e permanente** mantida entre os **membros da quadrilha** de que o paciente teria participado, demonstrando, desde logo, a configuração dos elementos típicos descritos no art. 288 do Código Penal. **Torno a ler alguns trechos da denúncia alegada inepta pelo impetrante**, tendo em vista o longo tempo decorrido desde que proferi meu voto, em 18 de setembro de 2007:

V.2 – *A contribuição de forma estável e permanente dos membros da quadrilha, bem como do envolvimento com réus em ações penais, condição fundamental no modo como opera o grupo criminoso.*

(...)

Constata-se que **as ações da quadrilha envolvem, também, outros ramos do crime organizado como lavagem de ativos e crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**.

(...) durante o monitoramento telefônico, apurou-se que a quadrilha **mantém, ainda, estreita ligação com Law Kin Chong** (...). **É altamente suspeita** a **proximidade** de **integrantes** tão **ativos** do **grupo** com o conhecido infrator, **mormente quando o inquérito policial tramita junto à 7ª Vara Federal** [de que era titular **Ali Mazloum**]. É autorizado concluir que as **relações "negociais" entre Law e demais integrantes da quadrilha** perduram desde aquela época até o presente, como dão conta as **conversas recentes registradas em 19-9-2003**. (...)

As conversas monitoradas durante os dias **20 e 21-9-2003** demonstram a **apreensão [dos acusados] diante do até então revelado sobre as investigações**, que culminaram com a **prisão** não só de **Ari Natalino**, como também de **Roberto Eleutério Da Silva**, conhecido por **Lobão**, graças ao monitoramento telefônico autorizado judicialmente (...). **Bellini, João Carlos, Casem [Mazloum], Dirceu Bertin e César Herman se reúnem**. **Suspeitam** que **também podem estar sendo monitorados**, pois ficam sabendo que o Juiz Federal da 12ª Vara Criminal detém disquetes com outras tantas gravações.

V.3. *Dos **favores** trocados entre diversos **integrantes da quadrilha**, que demonstram a permanência desta e **episódios afetos à atuação daqueles**, que assumem a titularidade dos **bens adquiridos com a atividade criminosa**, demonstrando meios utilizados pela quadrilha para **encobrir a origem do produto do crime**.*

Em clima de **desentendimento** entre **Bellini** e **Norma,** César **Herman** sugere a **Bellini** alguns **argumentos para conter Norma**, entre eles a **menção a contas na Suíça em seu nome** (de **Norma**), o que já seria objeto de investigação da Polícia Federal.

Em diversas **conversas entre César Herman e João Carlos**, uma delas **mencionando Casem Mazloum**, e entre César e terceiros, verifica-se que **César** fornece **aparelhos telefônicos irregulares** aos **magistrados**.

A influência do magistrado **Casem Mazloum** junto à Polícia Federal ficou também **demonstrada** na **"requisição"** de agentes policiais federais para ficarem "à disposição da Justiça Federal". Todavia a **referida requisição reduz-se ao seu gabinete e àqueles dos demais magistrados integrantes da quadrilha**.

Assim é que, em conversa havida em 16-10-2002, Tânia Mara Peixoto Nunes (APF) liga para César Herman e diz que será ouvida, naquela data, na sindicância sobre "aquele negócio". Em seguida, Tânia pergunta se César ouviu alguma "coisa" do DRP (Delegado Regional Policial) sobre a **frequência** de ambos e **quem está "fazendo"** (a frequência). César responde negativamente à primeira pergunta. Tânia pergunta a César se não teria que ser expedido um **ofício pela Justiça informando que eles estão trabalhando normalmente** ou Berenice vai "fazer" todo mês. (...)

O assunto volta a ser discutido entre Tânia e **César Herman**, em 6-5-2003, porque estaria com sua **folha de frequência em branco há três meses**, que Mario José Grachet (DRP) chamou-a para conversar com Francisco Baltazar da Silva (atual Superintendente da Polícia Federal no Estado de São Paulo). **Tânia comenta que Casem vai fazer uma visita** na sede da **Polícia Federal**, para ver a custódia e, **logicamente, os dois (Tânia e César) estarão juntos lá,** bem como devem aproveitar para que **Baltazar converse com o Casem**, pois só havia um ofício e uma O.M. em aberto há um ano, **sem relatório sobre o que eles (Tânia e César) estão fazendo**. Tânia diz ainda que acha que o Baltazar não quer tirá-los de lá (Justiça Federal), mas quer oficializar essa situação e se o magistrado Casem oficializar a ida dos dois para Justiça, ele (Baltazar) publica.

Dessa conversa percebe-se que **os dois** mencionados servidores da Polícia Federal ficaram **à disposição do magistrado Casem**, e **sem qualquer ato regular que a tanto autorizasse**.

(...)

As **vantagens oferecidas** pelos integrantes da quadrilha **aos magistrados** são as mais variadas.

Merece atenção, também, o **presente** que **César** diz ter conseguido para o magistrado **Casem Mazloum e família**.

Em dezembro de 2002, o magistrado e sua família teriam sido contemplados com **bilhetes aéreos** (**oito** bilhetes, como se verá no acórdão), em classe executiva, para o Líbano, país de origem da família Mazloum, no valor de **US$ 2.000 (dois mil dólares americanos)**. Dado o valor dos bilhetes, e a "performance" do grupo, tudo indica que também aqueles bilhetes podem ser **fruto da prática de algum delito ou alguma espécie de vantagem indevida**.

Durante o monitoramento não foram poucas as conversas nas quais ficou **clara a proximidade, a intimidade de César Herman e Bellini com os Juízes Federais**, e com pessoas ligadas a eles. Assim é que **César Herman** transforma-se em "advogado", **administrador dos bens dos "magistrados", além de consultor familiar**.

(...)

A estreita ligação entre os integrantes do grupo, marcada por **várias conversas para a tomada de decisões comuns**, manifestando a **unidade de desígnios e propósitos dos agentes**, para a **execução de delitos com a troca constante de favores**, bem como a utilização das **atribuições funcionais** e profissionais

especializadas de cada um deles e, ainda, a de **intermediários** (com maior ou menor grau de participação na organização criminosa) para a ocultação de bens adquiridos a partir da prática de crimes, comprovam a existência de quadrilha (art. 288 do CP).

(...)

VI – **Conclusão**

Por todo o exposto, **existem indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas**, apontando que os magistrados, servidores públicos e particulares, abaixo nominados, associaram-se de forma permanente, com maior ou menor grau de participação, agindo com unidade de desígnios e propósitos para praticar crimes.

Nas diversas ações da quadrilha, acima narradas, verifica-se que:

(...)

f) **João Carlos da Rocha Mattos**, **Casem Mazloum**, **César Herman** e **José Augusto Bellini** atuam com unidade de desígnios e propósitos para **obterem de forma irregular o uso das chamadas placas reservadas** (V.1.f);

g) **Casem Mazloum** e **César Herman** planejam e atuam na prática de **crime de interceptação telefônica** sem autorização judicial (V.1.g);

(...)

l) **José Augusto Bellini, Dirceu Bertin, Wagner Rocha, César Herman Rodriguez e Sérgio Chiamarelli Jr** planejam e executam com auxílio de terceiros as **ações criminosas que redundaram no arquivamento de inquérito policial em São Vicente**, bem como a **manipulação de processo disciplinar**, contando com a orientação de **João Carlos da Rocha Mattos e Casem Mazloum** (V.1.l);

(...)

o) **Todos os acusados integrantes da quadrilha trocam "favores" entre si utilizando-se de suas funções públicas** ou de suas atividades privadas visando à eficácia das ações criminosas planejadas e executadas pela quadrilha (V.3).

Por todo o exposto, **não vislumbro vício que permita declarar a nulidade do processo desde o início**, ainda mais considerando que, **depois da denúncia**, sobreveio decisão de **recebimento**, afastando os termos da resposta preliminar do paciente, seguida de **toda a instrução probatória** e da prolação de **acórdão condenatório pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, que refutou, fundamentadamente, os argumentos constantes das alegações finais oferecidas pela defesa do réu.

Assim, da **simples leitura** dos termos da denúncia, que imputou, **exclusivamente**, o **crime de formação de quadrilha**, constata-se que o Ministério Público apresentou **fatos criminosos concretos**, **com todas as suas circunstâncias**, demonstrando qual teria sido a **participação do paciente na suposta quadrilha**, **possibilitando o pleno exercício da ampla defesa** em ação penal que, **depois de toda a instrução processual**, foi julgada procedente pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2) **Sobre falta de provas para a condenação**

A declaração desta suposta nulidade demanda o amplo revolvimento de fatos e provas, **inadmissível** na via do *habeas corpus*. Segundo o impetrante, o acórdão teria se respaldado, apenas, em afirmações de que o paciente atuou

jurisdicionalmente em processos de interesse da quadrilha de que é acusado de integrar, e citou processos que não haviam sido mencionados na denúncia.

Como se sabe, as **provas para a condenação** não precisam estar todas mencionadas na denúncia, que é apenas a peça inicial do processo. Com efeito, o conjunto de provas **se constitui ao longo de toda a instrução processual penal**, e é com base na integralidade dos autos da ação penal, e não apenas na denúncia, que o acórdão condenatório é prolatado.

Assim, para aferir se havia ou não provas suficientes para a condenação do paciente, seria necessário um aprofundado exame dos autos da ação penal de origem, incabível na via do *writ*.

Ademais, o paciente foi condenado pela prática do crime de **formação de quadrilha**, para cuja configuração devem ser **demonstradas**, apenas:

a) a **associação estável** entre os seus membros; e

b) a existência de **liame subjetivo** entre as condutas do paciente e dos demais condenados, voltada para a prática de outros crimes.

Quanto à **associação estável**, **há farto material que a comprova,** como se vê da denúncia e do voto condutor do acórdão condenatório, **obtido a partir da interceptação telefônica** judicialmente autorizada, que demonstrou as profundas ligações entre o paciente e outros membros da quadrilha e sua atuação na facilitação de suas atividades.

Aliás, saliento que o material probatório da ação penal de origem, **que conduziu à condenação do paciente**, constituiu-se de **interceptações telefônicas**, **depoimentos**, **perícias**, **objetos apreendidos**, **documentos** e **interrogatórios dos réus**, cuja profundidade sequer pode ser corretamente analisada no bojo do *writ*.

Relativamente ao **elemento subjetivo especial** do tipo – **liame subjetivo** e **fim específico de agir** –, também se colhe da denúncia e do acórdão condenatório que o paciente e os demais membros da aparente quadrilha, **de modo organizado** e **estável**, **voltaram-se à prática de delitos** de tráfico de influência, favorecimento pessoal, advocacia administrativa, condescendência criminosa e prevaricação, **que não foram objeto da ação penal de origem** e que **não precisam ser provados – nem sequer praticados – para que o crime de formação de quadrilha se configure**. Aliás, neste sentido este Tribunal se pronunciou no Inquérito do Mensalão, em que foi **recebida a denúncia** contra o réu **Sílvio Pereira apenas pelo crime de formação de quadrilha**, e não pelos demais que lhe foram imputados.

Neste sentido, o **voto condutor do acórdão impugnado,** proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Ação Penal 128/SP, **destacou**:

> Tratando-se de processo-crime por formação de quadrilha, **os crimes autônomos não são investigados**, e **nem constituem elementares do tipo** que devam constar, necessariamente, um a um, na denúncia.
>
> A referência aos fatos se faz unicamente para demonstrar os indícios de que a **associação visa à prática de crimes**, **indistintamente**, bastando a alusão expressa

a um ou alguns, **não havendo necessidade de indicação, e menos ainda de prova de todos**.

O que se prova é a **ocorrência da associação criminosa**, e os **fatos ilícitos** autônomos servem como elementos **evidenciadores da intenção dos agentes associados**. Os crimes autônomos não são objeto da prova, e, portanto, a sentença não está a eles vinculada.

(...).

Eu considerei **inexistente qualquer vício** no acórdão condenatório, que está devidamente fundamentado e apresentou os indícios e provas que convenceram o Tribunal da procedência da acusação.

Em suma, concluí **não ser verdadeira a afirmação do impetrante** no sentido de que a condenação do paciente tenha sido lastreada, **exclusivamente**, no fato de que este "**possuía processos de interesse" da quadrilha e "praticava atos de proteção nesses processos"**. Após atenta leitura do acórdão condenatório, **não se pode afirmar que a condenação é desamparada de provas**. Como destaquei, o material probatório constituiu-se de **interceptações telefônicas**, **depoimentos**, **perícias**, **objetos apreendidos**, **documentos** e **interrogatórios dos réus**, cuja análise e cotejo com as afirmações do impetrante não é permitida na via do *habeas corpus*.

Ainda assim, considero que os **trechos do acórdão impugnado**, lidos na sessão que deu início ao julgamento, são suficientes para demonstrar que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região **examinou o amplo conjunto de provas produzidas no curso da instrução processual e, no exercício de sua competência, formou sua convicção, concluindo pela procedência da denúncia e pela condenação do paciente**. Reproduzo, novamente, alguns trechos do acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, apenas para avivar a memória, já que foram lidos há um ano e meio, na sessão que deu início ao julgamento deste *writ*. Diz o acórdão condenatório:

IV – *César Herman Rodriguez*

Em torno de César Herman giram todas as ações do grupo, pois se ocupa da organização, operacionalização, execução, contabilidade, administração de patrimônio, etc.

(...)

O corréu **César Herman prestava serviços à Justiça Federal Criminal**, **requisitado** que fora pelo **Juiz Federal Coordenador Administrativo**, à época, o também acusado **Casem Mazloum**. A cessão, dele e da agente Tânia Mara Peixoto Nunes, deu-se de forma irregular, como informou, em depoimento judicial, o Superintendente da Polícia Federal em São Paulo. (...) **os agentes não se submetiam a qualquer controle, de frequência ou prestação de serviço**. Na hipótese de cessão para outro órgão, o ato depende de **ato do Ministro da Justiça, formalidade não observada** *in casu*.

(...)

Caso escuta ilegal

O juiz federal Casem Mazloum procura César Herman e revela, sem cerimônia, a intenção de obter interceptação ilegal de telefone, no interesse de um prefeito do interior, que suspeita de traição conjugal.

César mostra-se receptivo, dizendo factível a realização do serviço, por meios ilegais, inclusive com o uso irregular de senhas de acesso judicialmente concedidas. (...) Faz vários contatos, inclusive com policiais, refere a viabilidade de acesso a funcionário da operadora de telefonia, busca obter os históricos de chamadas efetuadas e recebidas, documentos protegidos por sigilo, e procura a pessoa que fará a "prova auditiva", ou seja, o "grampo" do telefone da mulher do prefeito. **De tudo passa informações a Casem Mazloum e Caled, pessoa ligada a Casem** [primo de Casem].

César comenta que **forneceu gravação para ser "escutada" pelo interessado**, **para formar o convencimento próprio** (...).

XII – *Casem Mazloum*

O juiz **Casem Mazloum é titular da 1ª Vara Criminal**, da Justiça Federal de São Paulo, irmão do juiz Ali Mazloum. **Mantém relacionamento com os corréus João Carlos da Rocha Mattos, César Herman Rodriguez e José Augusto Bellini**.

É **coordenador administrativo do Fórum Criminal** e, **nessa qualidade**, **requisitou** os agentes federais **César Herman** e Tânia Peixoto, para "**prestarem serviços"** na sede da Justiça Federal, com o que (...) **muito facilitou suas atividades, dando-lhe mobilidade e total liberdade de horário,** diante da **ausência de atribuições específicas** e de **qualquer controle administrativo**.

(...)

Funcionários e juízes ouvidos por esta Relatoria informaram que **não notavam a frequência dos agentes no fórum** (...).

(...) **foram captados diálogos interceptados, em que ambos [Casem Mazloum e Cezar Hermann]** conversam sobre assuntos variados, **combinam encontros, prestação de favores e serviços particulares**. Tratam de reuniões, falam sobre documentos e estratégias, demonstram proximidade, mantêm longas conversas (...) **Entabulam encontros no aeroporto** (Casem reside em Guarulhos) (...) **César envia mensageiro para buscar documentos na casa de Casem**. Em outra passagem, **Casem pede para César deixar documentos com Ali no fórum**.

César liga para o **escritório de Affonso** [**escritório de advocacia]** e pede **para a secretária que pegue na pasta do Dr. Casem, onde está escrito Caled** (...), os dados anotados.

(...) Bellini fala com Silvia sobre **reunião no Paulista Grill onde estavam presentes ele, César, Bertin e Casem**. (...)

(...) **César diz para Casem marcar onde devem se encontrar**, incluindo **Zubcov**, que, como se viu, **participa das atividades ilícitas da quadrilha**. (...)

– César Herman liga para Casem Mazloum. Antes de Casem atender, César conversa com HNI, dizendo "**sabe o Mazloum? Ontem deram um jantar pra ele... o Toninho [da Barcelona] tava lá, um monte de gente tava lá**".

Casem atende e César avisa que já localizou "o documento" e pediu para Zubcov ir até lá (...). A ligação cai. Em seguida **César Herman liga novamente para Casem** e ambos conversam sobre a **potencialidade do referido documento referente a um processo em andamento em Brasília**.

– Dr. Mazloum (Casem) liga para César Herman e conversam inicialmente sobre uma reunião: "**Já teve a reunião lá?**"

César: "Tive e teve **muito interesse**". César diz que foi obrigado a deixar os documentos, mas tem um compromisso e que "qualquer 'start' depende da gente". César diz ainda que: seria um **pessoal que estaria junto com a gente** e que **se o pessoal resolver tocar pra frente,** "vamos marcar uma **reunião com o senhor**". César finaliza o assunto dizendo que seria "**uma reunião bem fechada**".

– César Herman (CH) X Dr. Casem

César liga para Casem e diz que talvez agende uma reunião para segunda ou terça-feira **com o rapaz, com o próprio número um**. (...) **César diz** (...) **que é para Casem analisar se quer ir junto se não quer e este diz que deveria ser uma reunião bem reservada, no que César diz que é bem reservado, que é pra ver se faz ou se não faz, se faz ou deixa quieto**. (...).

(...)

Bellini liga para César Herman. César, antes de atender Bellini **despede-se de Mazloum**. Depois diz para Bellini que **estava conversando com "nosso Chefe"**.

César comenta com Bellini que **conseguiu passagens na classe executiva para Casem e a família, para o Líbano**:

(...) **César diz que conseguiu 8 (oito) executivas para Casem e família**. Bellini pergunta para onde Casem vai. César diz que Casem vai para o Líbano no dia 28 e acrescenta que **ontem foram 6 (seis) para a mulher e 5 (cinco) para o filho, todas executivas, passagem de dois mil dólares**. (...)

(...) **César Herman acompanhou o juiz Casem ao aeroporto, ocupando-se em resolver problemas deste no embarque, revelando-se a prestação de favores pessoais, e, portanto, a proximidade entre ambos**. Trata-se de **mais um indício da associação e comunhão de interesses,** que deve ser analisado **em harmonia com o conjunto probatório**.

Nos áudios seguintes, César se encontra com o juiz Casem no aeroporto; depois comenta com Lizandra que o passaporte estava vencido, e se não estivesse lá o juiz não teria embarcado:

(...)

César Herman liga para **João e diz que o aparelhinho dele, igual ao que Dr. Casem (juiz federal) passou para João, ele vai mandar para o cara arrumar, para fazer ligação a longa distância (interurbano) e se o Dr. João não gostaria de mandar também o dele**. **João** confirma e pede para César Herman mandar buscar na justiça. **César Herman** diz que vai mandar buscar e também vai mandar **o brinquedinho**.

(...)

No longo diálogo abaixo, **Casem e César referem-se a representação que João (possivelmente João Carlos da Rocha Mattos) fez contra o Corregedor**, relativa a um incidente ocorrido na segunda-feira. **Casem diz que João deve mandar cópia para ele**. (...) **A conversa**, de extensa duração, (...) **evidencia estreita relação entre João Carlos, César Herman e Casem Mazloum**.

(...)

Esse longo diálogo já demonstra quão **frágil** é a **tentativa de Casem de desvincular-se de César Herman**. (...) Pode-se aferir, do conteúdo das conversações, que **não se tratava de relação estritamente profissional**.

(...)

João liga para César. (...) conversam sobre as atitudes de Norma (Regina). (...) **César diz que ela (Norma) está na posição de que não tem vinculação com**

nada que houve. (...) João afirma que (...) **se o pegarem em uma investigação e for a fundo vai chegar nela**. César faz o seguinte comentário: **"esse problema seu respinga em mim, respinga no Casem".**

João comenta: **"Claro, vai todo mundo. Não, mais nela, muito mais"**.

César, em seguida, diz: **"o que acontecer com você fica ruim pra todo mundo"**.

Casem nega ligação com **Bellini**, mas **diálogos gravados indicam a existência de relacionamento** (...).

(...)

João Carlos, em interrogatório, confirma as relações entre Casem e Bellini:

(...)

O próprio corréu **Casem** admite, também e curiosamente, ter sido **convidado para o casamento de Bellini, ao qual compareceu**, além de ter ido ao **aniversário do neto**, dados que comprometem a tentativa de minimizar o **grau de amizade** mantido entre ambos. (...)

(...)

Bellini liga para a esposa Sílvia e conta que ele (**Casem**) **e César vieram "aqui"**. (...)

(...) **Bellini conta que o Casem falou com ele (Bertin) que iria estar cinco e meia no Paulista Grill,** na Rebouças. Bellini conta também que **Casem falou que era melhor reunir lá**.

(...)

As **ligações entre Casem e Bellini** se evidenciam no caso relativo à **liberação de caminhão com mercadorias**, **pertencentes a parente de Casem**, e que se achavam apreendidos em rodovia. **Casem solicita o auxílio de Bellini**, contatado através do telefone, que prontamente atende ao chamado, acionando um coronel que se incumbe de resolver o problema.

(...)

Mais uma prova da **ligação de Casem com o grupo criminoso**, participou ele do **caso das placas adulteradas, já relatado**, tendo recebido um **exemplar para uso em seu carro particular**, após simulação para obtenção das placas reservadas ao uso em viaturas policiais, em que atuaram João Carlos, Bellini, César e o Delegado Aloísio.

(...)

No diálogo seguinte, **João, mencionando que Casem ligou para ele, fala da necessidade de uma reunião, para "acertarem" a estratégia, devendo participar da mesma, além de ambos, Casem e Pavão (Aloísio); Bellini diz que falará o que lhe for determinado**.

(...)

O diálogo abaixo reproduzido constitui **evidência de que Casem emprestou sua colaboração no caso Santos**, já relatado, **que envolve César, Bellini e Sérgio Chiamarelli**, embora ele negue o fornecimento do material. (...) Também **João Carlos** teria auxiliado o trio, como **confirmou em interrogatório judicial e demonstraram os áudios já reproduzidos**. (...)

(...)

Bellini liga para Bertin e comenta que **o procedimento foi para Brasília para instauração de PD** (procedimento disciplinar). Bellini **diz** que o **Casem falou que a Federal não pode fazer isso**, pois tem nas mãos jurisprudência firmada.

(...) Bellini **diz que Casem pode peticionar para Bertin sobre o assunto**. Bertin diz que é melhor fazer porque depois de dois anos isso pode reaparecer. (...)

Ainda indicando **contatos frequentes com o juiz Casem Mazloum**, **vários diálogos interceptados revelam as tentativas de Bellini de obter acesso ao irmão Ali Mazloum**, primeiramente através da advogada Márcia, identificada como prima de Bellini e namorada de Ali.

(...) após frustrada a tentativa com Márcia, **recorre a Casem, conforme áudio 030518185539.C016**, em que a **voz** não identificada pelo analista foi **reconhecida como sendo de Casem**, **tanto por Ali Mazloum** em seu interrogatório (fls. 2751/2792), **como pelo próprio Casem**.

Bellini **buscava solução para um negócio de natureza não revelada**, mas **que estaria na mão do juiz Ali, referindo *habeas corpus***, um negócio simples e banal. (...)

(...) **Bellini diz que poderia ter colocado o irmão na fita, o carequinha, mais o mesmo vai "querer pra caralho"**. Sílvia pergunta quem é o careca. Bellini responde que é o Ali. Sílvia pergunta por que Bellini quer o Ali. Bellini responde que não quer o Ali, está nas mãos dele. **Bellini diz que poderia pegar o careca, mas no final não sobra**.

(...) Bellini diz também que **um quer dá vinte mil, outro trinta mil**. (...) Bellini **diz também que poderia dar para o Carequinha, mas o Carequinha não é humano, é um leão**.

(...)

Note-se que, **em diálogo anterior com Márcia, Bellini dissera que se ela não resolvesse, teria que recorrer a Casem, mas procurava evitar, porque esse é um leão, não é humano, e não sobra nada**. Após as investidas sem sucesso com a **advogada**, cujo acesso a Ali não estava bom, segundo a própria, **Bellini recorre a Casem**.

(...)

Durante a investigação, **foram detectadas provas desse relacionamento do corréu Casem Mazloum com Toninho da Barcelona**, conhecido doleiro ligado ao grupo delinquente, reiteradamente mencionado.

Relatório de Inteligência encaminhado pela Divisão de Contra-Inteligência Policial (...), relativo à **Operação Farol da Colina**, que culminou na **prisão de grande número de pessoas envolvidas em remessas ilegais de numerário para o exterior**, **inclusive Antonio de Oliveira Claramunt, o Toninho da Barcelona**, contém a análise de material apreendido.

Documentos e anotações indicam a existência de **relações entre o corréu Casem Mazloum e Toninho**. Consta telex com **reservas de passagens**, através de PTA's, para **Antonio Claramunt**, Marcus Deneno (Delegado da Polícia Federal), Manoel Marques, Antonio Costa (também delegado) **e Casem Mazloum**, com destino a New York, nos Estados Unidos da América, **no mesmo voo, dia 22-1-1998, às 23h45min**. (...)

(...)

Foi apreendida **agenda onde constam os telefones de "Dr. Casem Mazloum"** e da Justiça Federal (...). Em **outra agenda**, em nome de Antonio Oliveira Claramunt, constam os registros "conheci Paulo – DGDPF" e "passar casa Deneno 10:00", e os telefones de "Casem Mazloum", "Dr. Deneno" e "Dr. Costa".

(...)

Casem Mazloum confirma a viagem com seus vizinhos e amigo comum, negando apenas a companhia de Marcus Deneno, e afirma que pagou as despesas. (...)

(...)

Já se reproduziu, no capítulo referente a César Herman, fazendo-se também referência na parte de João Carlos, ao áudio 030909184153.C007, relacionado ao **"caso Ari Natalino", da Máfia dos Combustíveis, com quem a quadrilha mantém relações**.

No citado diálogo, **João Carlos e César Herman** referem-se ao **disquete com as interceptações telefônicas do caso** (...).

Consta das cópias relativas ao processo de Ari Natalino, de registro 2003.61.81.007078-0, a esta Ação Penal apensadas, (...). **Informações contidas em processo sigiloso** foram ao **conhecimento de João Carlos e César Herman**, conforme mencionado no diálogo interceptado, **certamente através de Casem Mazloum ou de Ali Mazloum**, este responsável pela **presidência do processo**, e pela **guarda dos informes protegidos**.

Casem, (...) Embora tente afastar a ideia da comunicação, **admite ter conversado com João Carlos sobre as interceptações** (...). Mais, **diz que César soube da conversa certamente porque comentou.** (...)

(...)

Coincidência ou não, o juiz Casem Mazloum, **em sede de execução**, **atuou em processo de interesse do grupo**, relacionado a Giancarlo Nardi, **deferindo pedido da defesa para substituir a pena de prestação de serviços por prestação pecuniária**, determinando depósito no valor de **30 salários mínimos**, e declarou extinta a pena, pelo cumprimento, em maio de 2002.

Também atuou em processo em que é réu Augusto Magnusson Junior, já mencionado, em curso na 1ª V.C. (2001.61.81.001141-9). Casem **rejeita denúncia** (...). O **Tribunal reforma a decisão** (...). **Magnusson presta serviços à quadrilha, facilitando o ingresso irregular de mercadorias através do aeroporto**. Seu advogado é o corréu Carlos Alberto da Costa Silva.

Como juiz das execuções penais, **Casem Mazloum defere medida de competência de juízo processante**, em relação a preso provisório, **"reformando" decisão do juiz competente**, no processo respectivo, para transferir **Kamal Nagib Assi**, do Presídio Marrey, de Guarulhos (sujeito à jurisdição do Juiz de Direito Corregedor dos Presídios Estaduais), para a Custódia da Polícia Federal em São Paulo. O pedido fora indeferido no Proc. 2002.61.81.1113-8, pelo juiz da 6ª Vara Criminal. (...)

(...)

Outrossim, análise do **Laudo n. 2507/03** contém referência a arquivos indicativos de **contatos mantidos com o escritório da Av. Brigadeiro Faria Lima, com menção aos nomes** "**Ali e Casem Mazloum** – Guarulhos/SP" **– Contact0068[33686] e contact 0205[31750]** .

(...)

No Laudo n. 2478/03, chama a atenção **arquivos do computador do Escritório Passarelli relacionados a processos sob jurisdição de Casem Mazloum**, **evidenciando o interesse do grupo nas suas decisões**:

(...)

Como se vê, **são vários os elementos que conduzem à cumplicidade de relações entre o juiz Casem e outros membros da quadrilha, em especial César**

> **Herman e Bellini**. (...) Os **registros em agendas, telefones, anotações, inclusive sobre parentes de Casem Mazloum**, já foram indicados (...).
>
> Folhas esparsas, com anotações de **telefones, foram apreendidas na residência de João Carlos**, constando os telefones de **Casem** e Ali Mazloum. Anote-se que **Bellini também tinha em sua agenda esses telefones** (...). **Agenda impressa também traz seu nome, ao lado de outros integrantes da quadrilha**.
>
> **Esses dados não exsurgem apenas como coincidências** (...) **César Herman passou a prestar serviços no fórum criminal para incrementar a atuação da quadrilha**, inclusive com ampla liberdade de horário, contando, para tanto, com imprescindível colaboração de Casem. (...)

Assim, não é possível acolher a alegação de **violação ao contraditório**, contida na inicial, no sentido de que a denúncia teria feito alusão **genérica** a "processos de interesse da quadrilha" nos quais o paciente teria atuado, e que a **identificação** desses processos teria se dado, apenas, **na sessão de julgamento**, pela Relatora.

Em primeiro lugar, como se colhe da leitura do acórdão, estes processos **não foram a única prova para a condenação**, que se sustenta em inúmeros outros elementos contidos nos autos (documentos, agendas, diálogos interceptados, etc.). Ademais, **a própria denúncia faz referência individualizada a processos** de interesse da quadrilha que estavam sob jurisdição do paciente ou que contaram com a sua participação, o que **sequer seria necessário, já que o crime imputado é de formação de quadrilha,** e não de prevaricação, advocacia administrativa, tráfico de influência ou outros, que exigiriam a descrição, na denúncia, de todos os processos em que tais crimes teriam sido praticados.

Por ser crime formal, **a quadrilha independe da execução material dos crimes para os quais ela tenha se organizado**. Basta a demonstração de que **havia a finalidade de praticar os diversos crimes mencionados na peça acusatória**.

Por fim, sequer seria possível analisar, **em *habeas corpus*,** se houve, realmente, a suposta surpresa na identificação dos processos, pois demandaria um aprofundado exame das provas contidas na ação penal de origem, cujo inteiro teor não foi juntado aos autos.

Para concluir, renovo minha convicção no sentido de que **o acórdão condenatório impugnado demonstrou a existência de provas para a condenação, assinalando o profundo relacionamento do paciente com os demais membros da suposta quadrilha** e os **"favores" que recebeu deles, principalmente de Cezar Hermann, João Carlos da Rocha Mattos, Bellini e outros, durante o tempo de atuação da mesma** (presentes; passagens aéreas e agilização de embarque para o paciente e seus familiares, providenciados pelo corréu César Hermann; liberação de veículo apreendido pertencente a parente seu, para exemplificar).

Segundo consta do acórdão, Casem Mazloum **mantinha vínculo permanente com os corréus condenados pela formação de quadrilha**, seja como membro **"consultor"** para os negócios ilícitos em andamento do grupo; seja atuando positivamente quanto **à requisição, na qualidade de Coordenador**

Administrativo do Fórum, de agentes policiais envolvidos na quadrilha – inclusive **Cezar Herman**, um dos considerados **mentores** – **ao arrepio das formalidades legais, que poderiam vinculá-lo ao corréu também condenado**, e **sem que efetivamente prestassem os serviços** para os quais foram requisitados; ou, por fim, **determinando a execução ilícita de interceptações telefônicas**, fato este que veio a ser objeto de ação penal cujo trancamento foi determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em voto-vista proferido na última sessão do ano passado (dia 16 de dezembro), o Ministro *Gilmar Mendes* proferiu voto divergente, concedendo a ordem, sob o fundamento de que "os mesmos fatos em tese conducentes à prática delituosa que ilustram a denúncia por formação de quadrilha foram adotados no acórdão condenatório relativamente ao ora paciente, nada havendo de concreto, a meu sentir, a justificar o recebimento da denúncia, secundada pela condenação".

Destacou o Ministro *Gilmar Mendes* em seu voto, *verbis*:

> (...) não se pode ter como sugestivo do crime de quadrilha a **mera menção ao nome do magistrado por outros acusados, segundo captada em interceptações telefônicas**, portanto nenhuma relevância merecendo a hipótese de **José Augusto Bellini se haver referido a Casem como "nosso chefe" em conversa com César Herman Rodrigues**, ou dito que "...**Casem é um leão, não é humano, e não sobra nada**.
>
> Tampouco merece **valoração**, na mesma linha de raciocínio, o **teórico fornecimento de passagens aéreas à família do paciente ou a facilitação do embarque deste com passaporte vencido**, pois, também nesses tópicos, nada de concreto é relatado que pudesse levar à teórica configuração de delitos, afora, mais uma vez, conversas tabuladas por terceiros.
>
> Igualmente, **não constituem crimes a requisição de agentes policiais federais para prestar serviços ao Fórum Criminal da Justiça Federal de São Paulo** ou a relatada **transferência de preso para a custódia da Polícia Federal, determinada por Casem Mazlou sem que fosse o juiz competente**, ressalvadas, reitere-se, possíveis irregularidades administrativas.

Data venia, não posso me alinhar ao voto divergente, pois considero que tais argumentos possuem teor **claramente valorativo das provas** constantes dos autos, valoração esta incabível na via do *habeas corpus*.

De todo modo, assinalo que não se cuidou de **meras referências ao paciente feitas por terceiros, mas sim de diálogos interceptados em que o próprio paciente aparece mantendo vínculo estreito e estável com os demais membros da aparente quadrilha**, **obtendo favores** em troca de supostos crimes de **tráfico de influência**, **advocacia administrativa** e **prevaricação**, que não foram objeto da ação penal de origem.

Quanto à ausência de crime na conduta de **indicar agentes da Polícia Federal para prestar serviços no Fórum**, o voto divergente deixou de esclarecer que estes **agentes da Polícia Federal** indicados pelo paciente **são, também, membros da quadrilha** de que *Casem Mazloum* teria participado; ademais, não se cuidou, simplesmente, de **"prestar serviços no Fórum Criminal da Justiça Federal"**, mas sim foram convocados para atuar **no**

gabinete do paciente, sem que, entretanto, tivessem **qualquer função a exercer**, **nem horário a cumprir**, ficando **livres para fazer o que bem entendessem**. Ora, **no contexto das provas constantes dos autos de origem**, em que o paciente aparece sempre trocando **favores com outros membros da quadrilha**, estes fatos **merecem, sim, valoração do órgão competente para o julgamento de mérito da ação penal**.

A meu ver, não é possível acusar a denúncia de ter sido genérica, tamanha a descrição de condutas atribuídas ao paciente, que permitiu o pleno exercício do direito de defesa, nem se pode sustentar a ausência de provas para a condenação, tendo em vista a aprofundada fundamentação do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, impugnado na via do *habeas corpus*, que não admite o revolvimento e valoração das provas.

Saliento, para finalizar, que o paciente foi condenado por "**participação de menor intensidade**", ao cumprimento de **pena de 2 (dois) anos**, **substituída por pena restritiva de direitos** (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a entidade pública ou privada com destinação social, no valor de cem salários mínimos). Em 14 de fevereiro do ano passado, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o recurso especial interposto pela defesa do paciente, **reformou o *quantum da pena***, fixando-a em **1 (um) ano e 6 (seis) meses** de reclusão, mantida a substituição tal como estabelecida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Por todo o exposto, considero **ausentes quaisquer nulidades, seja na denúncia, seja no acórdão condenatório**, e concluo que a pretensão do impetrante é de que o Supremo Tribunal Federal proceda à análise aprofundada dos fatos e provas objeto da ação penal de origem, o que não é permitido em sede de *habeas corpus*.

Denego a ordem.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu não posso votar porque há uma petição dizendo que não assisti ao relatório. De modo que não vou votar.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Mas foi reformulado hoje.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu vou ficar constrangido. O que se falou foi no próprio relatório. Eu não voto aqui.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Peço vênia**, Senhora Presidente, **para acompanhar** o douto voto **proferido** pelo eminente Ministro *Gilmar Mendes*, **consideradas** as razões dele constantes **e** os precedentes nele mencionados,

inclusive aqueles resultantes do julgamento **do HC** 70.763/DF **e do HC** 73.271/SP, **dos quais fui Relator**.

Observo que esta **colenda Segunda Turma**, **ao julgar** pedido de "*habeas corpus*" **impetrado** em favor do Juiz Ali Mazloum, que versava os mesmos fatos **e** se referia ao mesmo procedimento penal ora em exame na presente causa, **deferiu** o pleito, **reconheceu** a inépcia da denúncia **e ordenou**, quanto àquele magistrado, **a extinção do processo penal** contra ele instaurado, **havendo ficado vencido**, então, o eminente Ministro *Joaquim Barbosa*, **Relator originário** daquele processo de "*habeas corpus*".

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu não fiquei vencido, não.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Lamento informá-lo **que ficou**!

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): No caso do Afeganistão, não.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **O caso** que venho de mencionar, **e no qual ficou** vencido o eminente Ministro Joaquim Barbosa, **nada tem a ver** com o *caso do Afeganistão.*

Refiro-me ao julgamento **do HC 84.409/SP**, de que se tornou Relator para o acórdão o eminente Ministro *Gilmar Mendes* **e que resultou** consubstanciado **em acórdão** assim ementado:

> ***"HABEAS CORPUS". DENÚNCIA. ESTADO DE DIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP NÃO PREENCHIDOS.***
>
> ***1 – A técnica da denúncia*** *(art. 41 do Código de Processo Penal)* ***tem merecido reflexão*** *no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Precedentes.*
>
> ***2 – Denúncias genéricas****, que não descrevem os fatos na sua devida conformação,* ***não se coadunam*** *com os postulados básicos do Estado de Direito.*
>
> ***3 – Violação ao princípio*** *da dignidade da pessoa humana.* ***Não é difícil perceber*** *os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo.* ***Necessidade de rigor e prudência*** *daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.*
>
> ***4 – Ordem deferida, por maioria, para trancar*** *a ação penal.*
>
> (**Grifei.**)

Esclareço, eminente Ministro *Joaquim Barbosa*, que o *caso do Afeganistão* foi examinado, por esta colenda Turma, **quando** do julgamento **do HC 84.388/SP**, de que Vossa Excelência foi Relator, **ainda** que **parcialmente** vencido **no que se refere** à pretendida extinção do procedimento penal **quanto** ao delito de interceptação telefônica.

Naquele julgamento, Vossa Excelência, Senhor Ministro *Joaquim Barbosa*, **concedeu** a ordem de "*habeas corpus*" **tão somente** para afastar o crime de falsidade ideológica **então** imputado ao Juiz Casem Mazloum.

Como salientei no início **deste** meu voto, Senhora Presidente, **peço vênia para deferir**, integralmente, o **pedido** de "*habeas corpus*", **eis que também**

entendo ser **juridicamente inepta** a denúncia que o Ministério Público Federal **ofereceu** contra o ora paciente.

Com efeito, **tenho** para mim, **na linha** do voto que proferi **no HC 84.409/SP**, **que as alegações** feitas pelo ilustre impetrante **impõem algumas reflexões** em torno **da indeclinável** obrigação jurídica **que condiciona** o exercício, **pelo Ministério Público**, de seu **gravíssimo** poder de denunciar.

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a análise **de qualquer** peça acusatória **apresentada** pelo Ministério Público **impõe que nela se identifique**, desde logo, **a narração objetiva**, **individuada e precisa** do fato delituoso, **que deve ser especificado e descrito**, **em todos** os seus elementos estruturais e circunstanciais, pelo órgão estatal da acusação penal.

É preciso proclamar que a imputação penal **não pode ser o resultado** da vontade pessoal e arbitrária do acusador (**RTJ 168/896-897**, Rel. Min. Celso de Mello). **Este**, para que possa **validamente** formular a denúncia penal, **deve** ter por suporte uma **necessária** base empírica, **a fim** de que a acusação **não** se transforme, **como advertia** o saudoso Ministro Orozimbo Nonato, **em pura criação mental** do acusador (**RF** 150/393).

Uma das principais obrigações jurídicas do Ministério Público no processo penal de condenação **consiste no dever** de apresentar denúncia **que veicule**, de modo claro e objetivo, **com todos** os elementos estruturais, essenciais **e** circunstanciais que lhe são inerentes, **a descrição** do fato delituoso, **em ordem a viabilizar** o exercício legítimo da ação penal **e a ensejar**, a partir da estrita observância dos pressupostos **estipulados** no art. 41 do CPP, **a possibilidade** de efetiva atuação, **em favor** daquele que é acusado, da cláusula constitucional da plenitude de defesa.

Não se pode desconhecer que, no processo penal condenatório – **que constitui** estrutura jurídico-formal em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória –, **antagonizam-se** exigências contrastantes **que exprimem** uma situação de tensão dialética **configurada** pelo conflito **entre a pretensão punitiva** deduzida pelo Estado **e o desejo de preservação** da liberdade individual manifestado pelo réu.

A persecução penal, cuja instauração é justificada **pela suposta** prática de um ato criminoso, **não se projeta**, **nem se exterioriza** como uma manifestação de absolutismo estatal. A "*persecutio criminis*" **sofre** os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade** representa, desse modo, **uma insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.

As limitações à atividade persecutório-penal do Estado **traduzem** garantias **dispensadas** pela ordem jurídica à preservação, **pelo suspeito**, **pelo indiciado ou pelo acusado**, do seu natural estado de liberdade.

Tenho salientado, nesta Corte, **que a submissão** de uma pessoa à jurisdição penal do Estado **coloca em evidência** a relação de polaridade conflitante

que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público, de um lado, e o resguardo à intangibilidade do "*jus libertatis*" titularizado pelo réu, de outro.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, **por padrões normativos**, que, **consagrados pela Constituição** e pelas leis da República, **traduzem limitações** significativas ao poder do Estado (**RTJ 161/264-266**, Rel. Min. Celso de Mello). **Por isso mesmo**, o processo penal **só** pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu (João Mendes de Almeida Júnior, "**O Processo Criminal Brasileiro**", vol. I/10-15, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos).

A primeira garantia jurídica assegurada ao suposto autor de infrações penais **traduz-se** na exigência – **que é constitucional** – de instauração de um procedimento formal de persecução "*in judicio*".

Insinua-se, neste ponto, **bem por isso**, a questão pertinente **ao controle prévio** da denúncia penal, **referente** à análise dos seus requisitos formais **e** ao exame dos elementos em que se fundamenta a pretensão punitiva do Estado deduzida pelo Ministério Público.

A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal – **constitui** peça processual **de indiscutível** relevo jurídico. **Ela**, antes de mais nada, **ao delimitar** o âmbito temático da imputação penal, **define** a própria "*res in judicio deducta*".

A peça acusatória, por isso mesmo, **deve conter** a exposição do fato delituoso, **em toda** a sua essência **e com todas** as suas circunstâncias. Essa narração, **ainda que sucinta**, impõe-se ao acusador como **exigência** derivada do postulado constitucional **que assegura**, ao réu, o exercício, **em plenitude**, do direito de defesa. **Denúncia que não descreve** adequadamente o fato criminoso – **já advertiu esta Corte – é denúncia inepta** (**RTJ** 57/389 – **RTJ** 168/896-897).

Lapidar, sob esse aspecto, **a advertência** do eminente Desembargador paulista Alberto Silva Franco, **cujo magistério** vale relembrar (**RT** 525/372-375):

> **Num processo** de tipo acusatório, **não se compreende** que o **objeto** da acusação **fique** ambíguo, indefinido, incerto ou logicamente contraditório, **pois é ele** que estabelece os limites das atividades, cognitiva e decisória, do Juiz. **A este efeito** do objeto da acusação é que *Eberhard Schmidt* denominou de vinculação temática do Juiz. Este só pode ter "como objeto de suas comprovações objetivas e de sua valoração jurídica aquele sucesso histórico cuja identidade, com respeito ao **fato** e com respeito ao **autor**, resulta da ação...
> (**Grifei.**)

Não se pode deixar de ter presente, neste ponto, **que foi em proveito** da liberdade individual **que se impôs**, ao órgão da acusação, **o dever** de incluir, na denúncia, **todos** os elementos essenciais **à exata compreensão** da imputação penal por ele deduzida **contra** o suposto autor do comportamento delituoso.

Essa obrigação processual do Ministério Público **guarda íntima conexão** com uma garantia fundamental **outorgada** pela Constituição da República

em favor daqueles que sofrem, **em juízo**, a persecução penal movida pelo Estado: **a garantia da plenitude de defesa** (**RTJ** 33/430).

É por essa razão que Vicente Greco Filho ("**Manual de Processo Penal**", p. 64, 1991, Saraiva), **ao versar** o tema referente aos princípios constitucionais **que regem** o processo penal, **estabelece** o nexo de indiscutível vinculação **que existe** entre a obrigação estatal **de oferecer** acusação formalmente precisa **e** juridicamente apta **e** o direito individual **de que dispõe** o acusado à ampla defesa:

> **Outro requisito essencial** à ampla defesa **é a apresentação clara e completa da acusação**, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. Uma descrição incompleta, dúbia ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e nulidade do processo, com a possibilidade de trancamento através de ***habeas corpus***, se o juiz não rejeitar desde logo a inicial. Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve defender-se.
> (**Grifei.**)

É que, se assim não for, **inverter-se-á**, **de modo ilegítimo**, no processo penal de condenação, **o ônus da prova**, com **evidente** ofensa ao postulado constitucional do estado de inocência.

Não custa enfatizar, por isso mesmo, **na linha** do magistério jurisprudencial **consagrado** no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que "***Nenhuma acusação penal*** *se presume provada.* ***Não compete ao réu*** *demonstrar a sua inocência.* ***Cabe, ao Ministério Público, comprovar****, de forma inequívoca,* ***a culpabilidade*** *do acusado.* ***Já não mais prevalece****, em nosso sistema de direito positivo,* ***a regra*** *que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (****Estado Novo****), criou, para o réu,* ***com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários****,* ***a obrigação*** *de o* ***acusado*** *provar a sua própria inocência (****Decreto-Lei 88****, de 20-12-1937, art. 20, n. 5)*" (**RTJ** 161/264-266, **265**, Rel. Min. Celso de Mello).

Tendo em vista, portanto, **a natureza dialógica** do processo penal acusatório, **hoje impregnado**, em sua estrutura formal, **de caráter essencialmente democrático** (José Frederico Marques, "**O Processo Penal na Atualidade**", "*in*" Processo Penal e Constituição Federal, p. 13/20, 1993, APAMAGIS/Ed. Acadêmica), **não se pode desconsiderar**, na análise do conteúdo da peça acusatória – **conteúdo esse que delimita e que condiciona** o próprio âmbito temático da decisão judicial –, que o sistema jurídico vigente no Brasil **impõe** ao Ministério Público, **quando** este deduzir determinada imputação penal contra alguém, **a obrigação de expor**, de maneira individualizada **e** precisa, **a participação** das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, **a fim** de que o Poder Judiciário, **ao resolver** a controvérsia penal, **possa**, em obséquio **aos postulados essenciais** do direito penal da culpa **e** do princípio constitucional do "*due process of law*", **e sem transgredir** esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, **apreciar** a conduta individual do réu, a ser analisada,

em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação.

Cumpre ter presente, desse modo, **que se impõe**, **ao Estado**, no plano da persecução penal, **o dever** de definir, **com precisão**, na peça acusatória, **a participação individual** dos autores de **quaisquer** delitos, **sob pena** de inépcia da denúncia (**RTJ 168/896-897**, Rel. Min. Celso de Mello).

Bem por isso é que o Poder Público, **tendo presente** a norma inscrita **no art. 41** do Código de Processo Penal, **não pode deixar** de observar **as exigências** que emanam desse preceito legal, **sob pena de incidir** em grave desvio jurídico-constitucional no momento em que exerce **o seu dever-poder** de fazer instaurar a "*persecutio criminis*" contra aqueles que, **alegadamente**, transgrediram o ordenamento penal do Estado.

Impõe-se relembrar, neste ponto, **a advertência** de Heleno Cláudio Fragoso, que, **ao versar** o tema da "**Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva**", **observou** (**Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, **13/63**):

> (...) elemento essencial de garantia para o acusado, a narração minuciosa do fato fundamenta o pedido, demonstra a convicção da acusação pública, justifica a ação penal, afasta o arbítrio e o abuso de poder.

Não custa enfatizar, ainda, por necessário, que, no sistema jurídico brasileiro, **não existe** qualquer possibilidade de o Poder Judiciário, **por simples presunção ou** com fundamento **em meras suspeitas**, reconhecer, **em sede penal**, a culpa de alguém.

Na realidade, **os princípios democráticos** que informam o modelo constitucional **consagrado** na Carta Política de 1988 **repelem** qualquer ato estatal **que transgrida** o dogma de que **não haverá** culpa penal por presunção, **nem** responsabilidade criminal por mera suspeita.

Meras conjecturas sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação estatal. É que, **sem** base probatória consistente, dados conjecturais **não** se revestem, **em sede penal**, de idoneidade jurídica, **quer** para efeito de formulação de imputação penal, **quer** para fins de prolação de juízo condenatório.

Torna-se essencial insistir, portanto, **na asserção** de que, "*Por exclusão, suspeita ou presunção, **ninguém** pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal*", **consoante proclamou**, em lapidar decisão, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**RT 165/596**, Rel. Des. Vicente de Azevedo).

Desse modo, a análise de **qualquer** peça acusatória **impõe que nela se identifique**, desde logo, **a narração objetiva**, **individuada e precisa** do fato delituoso, o qual, **além** de estar **concretamente vinculado** ao comportamento de **cada** agente, deve ser especificado e descrito, **em todos** os seus elementos estruturais e circunstanciais, pelo órgão estatal da acusação penal.

Daí a advertência presente **na jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

> **O processo penal** de tipo acusatório **repele**, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, **quaisquer imputações** que se mostrem **indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas**. Existe, **na perspectiva** dos princípios constitucionais **que regem** o processo penal, **um nexo** de indiscutível vinculação **entre a obrigação estatal** de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta **e o direito individual** de que dispõe o acusado à ampla defesa.
>
> **A imputação penal omissa ou deficiente**, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, **qualifica-se** como causa de nulidade processual absoluta.
>
> (**RTJ 165/877-878**, Rel. Min. Celso de Mello.)

Assentadas tais premissas, **entendo** – **na linha** do minucioso voto-vista proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes – **que a denúncia em causa**, tal como aquela invalidada no julgamento **do HC 84.409/SP**, **é formalmente inepta**, eis que o exame da imputação penal consubstanciada na denúncia **evidencia** que o Ministério Público **deixou de cumprir** as exigências impostas **pelo art. 41** do CPP, **incidindo**, por isso mesmo, **na censura** feita **tanto pela jurisprudência** deste Supremo Tribunal (**RF 150/393**, Rel. Min. Orozimbo Nonato **– RTJ 57/389**, Rel. Min. Aliomar Baleeiro – **RTJ 165/877-878**, Rel. Min. Celso de Mello – **RTJ 168/896-897**, Rel. Min. Celso de Mello, **v.g.**) **quanto pelo magistério** da doutrina (Heleno Cláudio Fragoso, "**Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva**", "*in*" Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal 13/63 e 72; Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, "**As Nulidades no Processo Penal**", p. 78/80, 1992, Malheiros, **v.g.**).

Tenho por consistente, portanto, **a alegação** feita pelo ilustre impetrante **de que a denúncia** oferecida pelo Ministério Público, na espécie ora em análise, **está viciada** pelo **gravíssimo** defeito da inépcia, **como bem o reconheceu**, em seu douto voto-vista, o eminente Ministro Gilmar Mendes.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **peço vênia para deferir** o pedido de "*habeas corpus*", **nos precisos termos** constantes do douto voto-vista **que proferiu** o eminente Ministro Gilmar Mendes, **por reconhecer** que a denúncia ora em análise – **tal como aquela** que esta colenda Turma **invalidou** no julgamento **do HC 84.409/SP** – "***não preenche*** *os requisitos para o desenrolar de uma ação penal* ***garantidora*** *do legítimo direito de defesa*" (**grifei**).

É o meu voto.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Ministro Celso de Mello, vou-me valer da experiência de Vossa Excelência como Presidente da Turma, porque tenho uma situação peculiar: o Ministro Cezar Peluso necessitou afastar-se

por compromisso inadiável e ele gostaria de ainda retomar a palavra neste caso, embora já haja uma anterior manifestação sua.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Talvez o eminente Ministro Relator possa indicar adiamento.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Para podermos ouvir o Ministro Cezar Peluso na próxima sessão.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Mas eu não proferirei voto pela terceira vez, um voto longo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): O Ministro Cezar Peluso ouviu o voto de Vossa Excelência. Ele apenas, há poucos minutos, precisou se afastar devido a um compromisso inadiável.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não há nenhuma objeção.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Ele teve um compromisso inadiável e, antes de sair, manifestou esse desejo.

Ministro Relator, Vossa Excelência indica o adiamento para que o resultado seja proclamado então na próxima sessão?

ADIAMENTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Indico adiamento.

EXTRATO DA ATA

HC 89.310/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Casem Mazloum. Impetrantes: Adriano Salles Vanni e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Celso de Mello, que deferia a ordem, o Relator indicou adiamento.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 24 de março de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, o *habeas corpus* já foi concedido.

Mas, pedindo vênia, vou reconsiderar o meu voto e acompanhar a divergência para conceder a ordem, pelas razões longamente expostas nos votos dissidentes.

EXTRATO DA ATA

HC 89.310/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Casem Mazloum. Impetrantes: Adriano Salles Vanni e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por maioria, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, vencido o Relator. Reconsiderou seu voto para deferir o *writ* o Ministro Cezar Peluso. Não participou do julgamento o Ministro Eros Grau. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 31 de março de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 89.837 — DF
(HC 89.837-MC-AgR na *RTJ* 203/1202)

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Paciente: Emanoel Loureiro Ferreira — Impetrantes: Jason Barbosa de Faria e outro — Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus* – Crime de tortura atribuído a policial civil – Possibilidade de o Ministério Público, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referido agente policial – Validade jurídica dessa atividade investigatória – Condenação penal imposta ao policial torturador – Legitimidade jurídica do poder investigatório do Ministério Público – Monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública pelo *Parquet* – Teoria dos poderes implícitos – Caso "McCulloch v. Maryland" (1819) – Magistério da doutrina (Rui Barbosa, John Marshall, João Barbalho, Marcello Caetano, Castro Nunes, Oswaldo Trigueiro, *v.g.*) – Outorga, ao Ministério Público, pela própria Constituição da República, do poder de controle externo sobre a atividade policial – Limitações de ordem jurídica ao poder investigatório do Ministério Público – *Habeas corpus* indeferido.**

Nas hipóteses de ação penal pública, o inquérito policial, que constitui um dos diversos instrumentos estatais de investigação penal, tem por destinatário precípuo o Ministério Público.

– O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes.

– A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito.

– A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito

policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes.

A acusação penal, para ser formulada, não depende, necessariamente, de prévia instauração de inquérito policial.

– Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in judicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes.

A questão da cláusula constitucional de exclusividade e a atividade investigatória.

– A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

– Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

– Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.

É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória.

– O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de

investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.

Controle jurisdicional da atividade investigatória dos membros do Ministério Público: oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo *Parquet*, o poder de investigação penal.

– O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei 8.906/1994, art. 7º, *v.g.*).

– O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o *Parquet*, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

– O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por

unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Wagner Gonçalves. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Cezar Peluso.

Brasília, 20 de outubro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Ministério Público Federal, **ao opinar pelo indeferimento** do pedido de "*habeas corpus*", **assim resumiu e apreciou** os fundamentos **em que se apoia** a presente impetração (fls. 22/26):

> *"**HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PEDIDO DE LIMINAR. CRIME DE TORTURA. CONDENAÇÃO. DELEGADO DE POLÍCIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE NATUREZA PENAL REALIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. PROMOÇÃO PRIVATIVA DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. ATRIBUIÇÕES DO "PARQUET". PARECER PELA DENEGAÇÃO DO "WRIT".***
>
> ***EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR***
>
> ***O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, nos autos em epígrafe, diz a V. Exa. o que segue:*
>
> ***Trata-se** de "habeas corpus" substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, **impetrado** em favor de Emanoel Loureiro Ferreira – **condenado** à pena de dois anos e quatro meses de reclusão, em regime integralmente fechado, **pela prática** do delito previsto no art. 1º, inciso I, alínea "a", c/c § 4º, inciso I, da Lei n. 9.455/1997 –, **contra acórdão** prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, **que denegou** o HC 43.030/DF, nos termos da seguinte ementa:*
>
> *"**'HABEAS CORPUS'. CRIME DE TORTURA IMPUTADO A DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. COLHEITA DE DEPOIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. PRESCINDIBILIDADE.***
>
> ***1. A teor** do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, e no art. 8º, II e IV, da Lei Complementar n. 75/1993, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder a investigações, inclusive colher depoimentos, lhe sendo vedado tão somente presidir o inquérito policial, que é prescindível para a propositura da ação penal.*
>
> ***2. Precedentes** desta Corte **e** do Supremo Tribunal Federal.*
>
> ***3. Ordem denegada**."*
>
> ***Aduziram os impetrantes** que a condenação do paciente, recolhido para cumprir a reprimenda em 8 de junho deste ano, foi lastreada única e exclusivamente em procedimento administrativo de natureza penal instaurado pelo Ministério Público, o que seria ilegal, conforme a jurisprudência desta Suprema Corte. Assim, requereram a concessão da liminar, para que fosse sobrestado o cumprimento da pena imposta até o julgamento de mérito do "writ", bem como a concessão da ordem, para que fosse declarada nula a ação penal que resultou na condenação do paciente.*

O pedido de liminar foi indeferido *às fls. 17/20.*

É o breve relato.

A ordem deve ser denegada.

Não procede a irresignação *dos impetrantes quanto às peças informativas utilizadas pelo "Parquet" para a propositura da ação penal em desfavor do paciente. Bem sublinhou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao denegar o "mandamus" originário, que compete ao Ministério Público da União o exercício do controle externo da atividade policial, nos termos do art. 3º da Lei Complementar n. 75/1993.* ***Nesse sentido****, o escólio de Hugo Nigro Mazzilli:*

> *"****Tem grande importância prática*** *o controle externo da atividade policial, principalmente na área conexa com a atividade ministerial, que é, precipuamente, a área da investigação de crimes e a atividade de polícia judiciária da União e dos Estados. Por meio desse controle, deve o Ministério Público zelar pela legalidade da investigação criminal, pelo princípio da indisponibilidade e obrigatoriedade, pelos direitos humanos, pela eficiência, probidade e impessoalidade dos trabalhos policiais".*

A prática de tortura *por autoridade policial, cuja função, dentre outras, seria a proteção da incolumidade das pessoas, incluídas, obviamente, as suspeitas ou indiciadas pelo cometimento de crimes, tornou evidente, no caso concreto, a impossibilidade de instauração isenta e presidência imparcial do inquérito pela mesma autoridade ou por seus colegas de carreira.*

É certo *que tal peculiaridade constitui hipótese apta a ser enquadrada nas exceções admitidas de modo quase unânime pela doutrina no tocante ao poder de investigação do Ministério Público, não havendo que se falar em exclusividade da Polícia Judiciária sobre esse tipo de atividade.* ***Mais uma vez****, mencionam-se as lições de Mazzilli:*

> *"****Corolário da privatividade*** *da ação penal pública pelo Ministério Público é seu acesso direto à investigação criminal, seja requisitando-a à polícia, seja acompanhando-a, seja ainda, de maneira excepcional, investigando diretamente a infração penal, por meio de procedimentos de sua competência, pois o inquérito policial não é condição para a propositura da ação penal.*
>
> ***Não cabe alegar*** *que as atividades de polícia judiciária da União e dos Estados seriam exclusivas, respectivamente, da polícia federal (art. 144, § 1º, IV, da CF) ou dos Estados (princípio da simetria). Primeiro, porque a investigação de crimes é mais ampla do que mera atividade de polícia judiciária (art. 144, § 1º, I e IV, da CF). Depois, porque a norma constitucional quer significar que as atividades de polícia judiciária da União (por exemplo, o cumprimento de requisições e mandados judiciais) competem apenas à polícia federal, ou seja, 'exclui-se' da polícia estadual a atividade de polícia judiciária da União. A Constituição, porém, não torna privativa a investigação de crimes pela polícia: ela coexiste com a possibilidade de juízes (corregedores, falimentares), membros do Congresso Nacional (nas CPIs), governantes (nos processos disciplinares), órgãos fiscais (nas infrações fazendárias) e membros do Ministério Público (nos inquéritos civis e noutros procedimentos de sua competência) também investigarem fatos que possam ter conotação criminal".*

Conferindo força ao debate*, sublinha-se que a tese em comento, submetida ao Plenário deste Supremo Tribunal Federal por meio do Inq. n. 1.968/DF, conta, por*

ora, com três votos favoráveis dentre os cinco já proferidos, ***dos quais se destaca*** *o do Min. Joaquim Barbosa,* ***cujo teor*** *foi divulgado no Informativo STF n. 359:*

> *"****O Tribunal retomou julgamento*** *de inquérito em que se pretende o recebimento de denúncia oferecida contra deputado federal e outros pela suposta prática de crime de estelionato (CP, art. 171, §3º),* ***consistente*** *em fraudes, perpetradas por médicos que trabalhavam na clínica da qual os denunciados eram sócios, que teriam gerado dano ao Sistema Único de Saúde – SUS, as quais foram apuradas por meio de investigações efetivadas no âmbito do Ministério Público Federal.* ***Na sessão de 15-10-2003****, o Min. Marco Aurélio, Relator, rejeitou a denúncia,* ***por entender*** *que o órgão ministerial* ***não possui*** *competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal,* ***mas apenas*** *de requisitá-las à autoridade policial competente,* ***no que foi acompanhado*** *pelo Min. Nelson Jobim –* ***v. Informativo*** *325.* ***Em voto-vista****, o Min. Joaquim Barbosa* ***divergiu*** *desse entendimento* ***e recebeu*** *a denúncia.* ***Afirmou****, inicialmente,* ***não ter vislumbrado****, na espécie,* ***verdadeira*** *investigação criminal* ***por parte*** *do Ministério Público.* ***Salientou que o 'Parquet'****, por força* ***do que dispõe*** *o inciso III, do art. 129 da CF,* ***tem competência para instaurar*** *procedimento investigativo sobre questão que envolva interesses difusos e coletivos (****no caso****, a proteção do patrimônio público)* ***e que essa atribuição*** *decorre* ***não*** *da natureza do ato punitivo* ***que resulta*** *da investigação,* ***mas do fato*** *a ser investigado sobre bens jurídicos cuja proteção a CF lhe conferiu.* ***Esclareceu que a outorga constitucional****, ao 'Parquet',* ***da titularidade da ação penal implicaria a dos meios necessários ao alcance do seu múnus****,* ***estando*** *esses meios previstos* ***constitucional*** *(****CF****, art. 129, IX)* ***e legalmente*** *(****LC*** *75/1993, art. 8º, V; Lei 8.625/1993, art. 26).* ***Asseverou*** *que,* ***apesar*** *do Ministério Público* ***não ter competência para presidir*** *o inquérito policial, de monopólio da polícia,* ***a elucidação*** *dos crimes* ***não se esgotaria*** *nesse âmbito,* ***podendo*** *ser efetivada por vários órgãos administrativos,* ***tendo em conta*** *o disposto no parágrafo único do art. 4º do CPP. Ressaltou que a premissa de que o art. 144, § 1º, IV, da CF teria estabelecido monopólio investigativo em prol da polícia federal poria em cheque várias estruturas administrativas e investigativas realizadas por diversos órgãos no sentido de combater uma série de condutas criminosas. Concluiu, dessa forma, quanto à questão preliminar, pela existência de justa causa para recebimento da denúncia. Os Ministros Eros Grau e Carlos Britto acompanharam a divergência. Após, o Min. Cezar Peluso pediu vista dos autos".*
>
> ***Ante o exposto****, opina-se* ***pelo indeferimento*** *do writ.*

(**Grifei.**)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Quando esta Suprema Corte, **em sessão plenária**, reuniu-se, **em 1971**, para apreciar **o RHC 48.728/SP**, interposto pelo Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, **o eminente** Relator da causa, o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, **antes de examinar** a questão pertinente **à alegada** impossibilidade jurídica **da unipersonalização** da investigação

e da acusação penais, **cuja suscitação** fora motivada pelo ominoso episódio do "*Esquadrão da Morte*", **pôde lançar** uma grave advertência sobre o alto significado da decisão a ser **então** tomada por esta Corte, **enfatizando**, à semelhança do que **também** ocorre na espécie ora em análise, **que se tratava** de um daqueles casos emblemáticos em que o Supremo Tribunal Federal, **ao proferir** o seu julgamento, **poderá ser**, ele próprio, "*julgado pela Nação*" (**RTJ** 63/299, **312**).

Ninguém ignora que a principal tese sustentada, **perante** esta Suprema Corte, pelo personagem-símbolo do "*Esquadrão da Morte*" **consistia**, precisamente, **na alegação** de que o órgão público **incumbido** de formular a acusação criminal estava juridicamente impedido de fazê-lo, **porque também autor** da investigação penal em que tal acusação se apoiava.

Essa tese, como é de conhecimento geral, **não prevaleceu** neste Supremo Tribunal, **o que permitiu**, num momento de franco e perigoso declínio das liberdades públicas em nosso País, **então submetido** a um regime de dominação castrense, **que o Ministério Público paulista**, **por iniciativa** do eminente Procurador de Justiça, Dr. Hélio Pereira Bicudo, **diretamente apoiado** por dois ilustres Promotores de Justiça, Drs. José Sylvio Fonseca Tavares **e** Dirceu de Mello, **promovesse** as investigações criminais necessárias, **com posterior** formulação **das pertinentes** acusações penais, **desestruturando**, assim, **aquela sinistra** organização criminosa reunida, no Estado de São Paulo, **sob a vergonhosa** designação de "*Esquadrão da Morte*".

Cabe indagar, agora, tendo em vista **a nova** ordem constitucional **instaurada** com a promulgação da Constituição de 1988, **se** o Ministério Público **pode** promover, ou não, **por direito próprio**, sob sua autoridade **e** direção, **investigações penais** destinadas **a esclarecer** os fatos delituosos, **a apurar** as suas circunstâncias **e a identificar** os seus autores.

A resposta a essa indagação **impõe** algumas considerações prévias, **que reputo essenciais** à formulação de meu voto.

Não questiono a asserção, **por indisputável**, de que o exercício das funções **inerentes** à polícia judiciária **compete**, **ordinariamente**, à Polícia Civil **e** à Polícia Federal (**CF**, art. 144, § 1º, IV, e § 4º), **com exceção** das atividades concernentes à apuração de delitos militares, **consoante prescreve** o próprio texto da Constituição da República (**CF**, art. 144, § 4º, "*in fine*").

Isso significa, portanto, **que os inquéritos policiais** – nos quais se consubstanciam, **instrumentalmente**, as investigações penais **promovidas** pela Polícia Judiciária – **serão dirigidos e presididos** por autoridade policial competente, **e por esta**, **apenas** (**CPP**, art. 4º, "*caput*", **na redação** dada pela Lei 9.043/1995).

Sob tal aspecto, **inexistem** quaisquer disceptações a propósito **da atribuição** funcional, **constitucionalmente** outorgada à Polícia Judiciária, **de presidir** ao inquérito policial, **de promover** a apuração do evento delituoso **e de proceder** à identificação do respectivo autor, **como resulta claro** do próprio magistério da doutrina, **cujas lições** enfatizam – **tal como assinala** JULIO

FABBRINI MIRABETE ("**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 86, item n. 4.3, 7. ed., 2000, Atlas) – **que** "***a atribuição*** *para presidir o inquérito policial* ***é deferida****, agora em termos constitucionais,* ***aos delegados de polícia de carreira****, de acordo com as normas de organização policial dos Estados*" (**grifei**).

Essa especial regra de competência, contudo, **não impede** que o Ministério Público, que é o "*dominus litis*" – **e desde que indique** os fundamentos jurídicos **legitimadores** de suas manifestações – **determine** a abertura de inquéritos policiais, **ou**, então, **requisite** diligências investigatórias, **em ordem a prover** a investigação penal, **conduzida** pela Polícia Judiciária, **com todos** os elementos **necessários** ao esclarecimento da verdade real **e essenciais** à formação, por parte do representante do "*Parquet*", de sua "*opinio delicti*".

Todos sabemos que o inquérito policial, **enquanto** instrumento de investigação penal, **qualifica-se** como procedimento administrativo destinado, **ordinariamente**, a subsidiar a atuação persecutória do próprio Ministério Público, **que é** – nas hipóteses de ilícitos penais perseguíveis **mediante** ação penal de iniciativa pública – **o verdadeiro destinatário** das diligências executadas pela Polícia Judiciária (**RTJ 168/896**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Trata-se, desse modo, **o inquérito policial**, de valiosa peça informativa, cujos elementos instrutórios – **precipuamente destinados ao órgão da acusação pública** – **visam a possibilitar** a instauração da "*persecutio criminis in judicio*" **pelo Ministério Público** (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, "**Processo Penal – O Direito de Defesa**", p. 43/45, item n. 12, 1986, Forense; VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, "**Direito Judiciário Penal**", p. 115, 1952, Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**Elementos de Direito Processual Penal**", vol. I, p. 153, 1961, Forense).

É certo, no entanto, que, **não obstante** a presidência do inquérito policial **incumba** à autoridade policial (**e não** ao Ministério Público), **nada impede** que o órgão da acusação penal **possa solicitar**, à Polícia Judiciária, **novos** esclarecimentos, **novos** depoimentos **ou novas** diligências, **sem prejuízo** de poder acompanhar, **ele próprio**, os atos de investigação realizados pelos organismos policiais.

Essa possibilidade – **que ainda subsiste** sob a égide **do vigente** ordenamento constitucional – **foi bem reconhecida** por este Supremo Tribunal Federal, **quando esta Corte**, no julgamento **do RHC 66.176/SC**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, **ao reputar legítimo** o oferecimento de denúncia **baseada** em investigações **acompanhadas** pelo Promotor de Justiça, **salientou**, no que se refere **às relações** entre a Polícia Judiciária **e** o Ministério Público, **que este pode** "***requisitar*** *a abertura de inquérito* ***e*** *a realização de diligências policiais,* ***além de solicitar*** *esclarecimentos* ***ou novos*** *elementos de convicção* ***a quaisquer*** *autoridades ou funcionários (...)*", **competindo-lhe**, ainda, "***acompanhar*** *atos investigatórios junto aos órgãos policiais*", **embora não possa** "*intervir nos atos do inquérito e, muito menos, dirigi-lo,* ***quando tem a presidi-lo*** *a autoridade policial competente*" (**RTJ** 130/1053 – **grifei**).

Cabe reconhecer, de outro lado, **que a formação** da "*opinio delicti*", **por parte** do Ministério Público, **também** pode derivar **de outros** elementos de convicção existentes "***aliunde***", **tais como** aqueles que se encontrem em procedimentos instaurados por órgãos da administração pública, **diversos** da corporação policial, **pois** – vale relembrar – o inquérito policial **não constitui** pressuposto legitimador **da válida** instauração, **pelo Ministério Público**, da "*persecutio criminis in judicio*".

Ou, em outras palavras, **a existência** de inquérito policial **não se revela imprescindível** ao oferecimento de denúncia, **podendo**, o Ministério Público, **desde que disponha** de elementos informativos para tanto, **deduzir**, em juízo, a pretensão punitiva do Estado.

É que o Ministério Público, **ainda quando inexistente** qualquer investigação penal **promovida** pela Polícia Judiciária, **pode**, assim mesmo, **fazer instaurar**, **validamente**, **a pertinente** persecução criminal (**RTJ 168/896**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **tal como o reconheceu** esta Suprema Corte, no julgamento **do HC 80.405/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **em decisão** consubstanciada em acórdão assim ementado:

> *– **O inquérito policial não constitui pressuposto legitimador da válida instauração, pelo Ministério Público, da 'persecutio criminis in judicio'. Precedentes**.*
>
> ***O Ministério Público**, por isso mesmo, **para oferecer** denúncia, **não depende de prévias** investigações penais **promovidas** pela Polícia Judiciária, **desde que disponha**, para tanto, de elementos **mínimos** de informação, **fundados** em base empírica idônea, **sob pena** de o desempenho da **gravíssima** prerrogativa de acusar **transformar-se** em exercício **irresponsável** de poder, **convertendo**, o processo penal, em **inaceitável** instrumento de arbítrio estatal. **Precedentes**.*
>
> (**RTJ 192/222-223**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Impende enfatizar, neste ponto, **que o magistério jurisprudencial** do Supremo Tribunal Federal – **confirmando** esse entendimento – **tem acentuado ser dispensável**, ao oferecimento da denúncia, **a prévia** instauração de inquérito policial, **desde que evidente** a materialidade do fato **alegadamente** delituoso **e presentes** indícios de autoria (**RTJ 64/342**, Rel. Min. BILAC PINTO – **AI 266.214-AgR/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **HC 63.213/SP**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **HC 77.770/SC**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RHC 62.300/RJ**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, ***v.g.***):

> ***Não é essencial** ao oferecimento da denúncia **a instauração de inquérito policial**, desde que a peça acusatória **esteja sustentada** por documentos **suficientes** à caracterização da materialidade do crime **e** de indícios suficientes da autoria. **(...).***
>
> (**RTJ 76/741**, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO – **Grifei.**)
>
> *O **oferecimento** da denúncia **não depende**, necessariamente, **de prévio inquérito policial**. A defesa do acusado se faz em juízo, e não no inquérito policial, que é meramente informativo **(...)***
>
> (**RTJ 101/571**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei.**)

***Denúncia** – Oferecimento **sem a instauração** de inquérito policial – **Admissibilidade**, se a Promotoria **dispõe de elementos suficientes** para a formalização de ação penal – **Falta** de justa causa **afastada**.*
(**RT 756/481**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei.**)

A "*ratio*" **subjacente** a essa orientação – que **também** traduz a posição **dominante** na jurisprudência dos Tribunais em geral (**RT** 664/336 – **RT** 716/502 – **RT** 738/557 – **RSTJ** 65/157 – **RSTJ** 106/426, ***v.g.***) – **encontra apoio** no próprio magistério da doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código de Processo Penal Anotado**", p. 7, 17. ed., 2000, Saraiva; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "**Código de Processo Penal Comentado**", v. I, p. 111, 4. ed., 1999, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 111, item n. 12.1, 7. ed., 2000, Atlas), **cuja análise**, a propósito de tal matéria, **põe em destaque** o fato de que, "***se** está a parte privada **ou** o Ministério Público **na posse** de todos os elementos, **pode**, sem necessidade de requerer a abertura do inquérito, **oferecer**, desde logo, a sua queixa ou denúncia*" (EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, "**Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**", v. I, p. 288, 2000, Bookseller – **Grifei**).

Registre-se, por necessário, **que essa visão do tema nada mais reflete** senão entendimento, que, **consagrado** pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **também tem sido observado** em sucessivas decisões **emanadas** dos Tribunais judiciários em geral **e** do Superior Tribunal de Justiça, em particular, **cujos pronunciamentos**, a tal propósito, **ressaltam** que "*O inquérito policial **não é essencial**, quando a materialidade do crime **e** os indícios da autoria **constam** de documentos **e** peças informativas (art. 39, § 5º, do CPP)*" (**RHC 1.489/PR**, Rel. Min. ASSIS TOLEDO – **Grifei**).

Bastante expressiva, a esse respeito, **a lição** de JULIO FABBRINI MIRABETE ("**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 111, item n. 12.1, 7. ed., 2000, Atlas):

***Para dar base** à ação penal pública ou privada, **o inquérito policial** deve acompanhá-las. **É com fundamento** nos elementos colhidos no procedimento que se verifica se há o 'fumus boni iuris' que autoriza o recebimento da inicial e a instauração do processo. **É a peça informativa** que transmite ao Ministério Público a existência do crime e aponta sua autoria, para que se apure a responsabilidade criminal do infrator. **Não se impede**, porém, que, **na inexistência do inquérito**, fundamentem, a denúncia ou a queixa, peças de informação outras (**documentos**, por exemplo) (...).*
(**Grifei.**)

Cumpre considerar, ainda, por oportuno, **que a atuação** do Ministério Público, **no contexto** de determinada investigação penal, **longe de comprometer ou de reduzir** as atribuições de índole funcional das autoridades policiais – a quem **sempre** caberá a presidência do inquérito policial –, **representa**, na realidade, **o exercício concreto** de uma típica atividade de cooperação, que, em última análise, **mediante** requisição **de novos** elementos informativos **e acompanhamento**

de diligências investigatórias, **além de outras** medidas de colaboração, **promove a convergência** de dois importantes órgãos estatais (a Polícia Judiciária **e** o Ministério Público) **incumbidos**, ambos, da persecução penal **e** da concernente apuração da verdade real.

De qualquer maneira, é preciso ter presente **que a eventual** intervenção do Ministério Público, **no curso** de inquéritos policiais, **sempre** presididos por autoridade policial competente, **quando feita** pelo "*Parquet*" **com o objetivo** de complementar e de colaborar com a Polícia Judiciária, **poderá caracterizar** o legítimo exercício, por essa Instituição, **do poder de controle externo** que lhe foi **constitucionalmente** deferido sobre a atividade desenvolvida pela Polícia Judiciária, **dando** expressão concreta **e conferindo** real efetividade à determinação constitucional, **no sentido de que incumbe**, ao Ministério Público, **na forma** de lei complementar – **como o é** a LC 75/1993, **de que ora se cuida** – "*exercer o controle externo da autoridade policial...*" (**CF**, art. 129, VII).

Como se sabe, **o controle externo** da Polícia Judiciária, **por parte** do Ministério Público, **foi concebido** pela Assembleia Nacional Constituinte **como forma de contenção** de eventuais excessos que organismos policiais possam cometer, **quando** no desempenho abusivo **ou** arbitrário **de suas importantes** atribuições.

Vê-se, em face do que vem de ser exposto, **que se mostra indisputável**, no contexto de nosso sistema normativo, **o fato** de que **sempre** competirá à autoridade policial **presidir** ao inquérito policial, **mesmo** quando requisitado **por iniciativa** do Ministério Público **ou** do Poder Judiciário, **revelando-se inquestionável**, de outro lado, **que o Ministério Público**, em atividade **de mera cooperação** com os organismos policiais, **poderá**, dentre **outras** medidas pertinentes à "*informatio delicti*", **requisitar** diligências investigatórias **e acompanhar** as atividades probatórias executadas pela Polícia Judiciária **no curso** das investigações penais por ela promovidas.

Cabe verificar, agora, **se** se revela **constitucionalmente** lícito, ao Ministério Público, proceder, **por autoridade própria**, a investigações penais **destinadas** a propiciar-lhe elementos **necessários** ao eventual oferecimento de denúncia.

Convém examinar, então – **considerada** a norma inscrita no art. 144 da Constituição da República –, **se se reveste** de legitimidade constitucional, ou não, **o desempenho**, pelo Ministério Público, **de competência institucional** que lhe permita promover, **enquanto** titular da ação penal de iniciativa pública, **e por direito próprio**, investigações penais **fora do âmbito** da Polícia Judiciária.

Como **precedentemente** referido, **o presente** "*habeas corpus*", **impetrado** perante esta Suprema Corte, **insurge-se** contra decisão **denegatória** de idêntico "*writ*" constitucional, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado (**Apenso 4**, fl. 491):

"HABEAS CORPUS". CRIME DE TORTURA IMPUTADO A DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. COLHEITA DE DEPOIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. PRESCINDIBILIDADE.

1. A teor *do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal,* ***e*** *no art. 8º, II e IV, da Lei Complementar n. 75/93,* ***o Ministério Público****, como titular da ação penal pública,* ***pode proceder*** *a investigações,* ***inclusive*** *colher depoimentos,* ***sendo-lhe vedado****, tão somente,* ***presidir*** *o inquérito policial,* ***que é prescindível*** *para a propositura da ação penal.*

2. Precedentes *desta Corte* ***e*** *do Supremo Tribunal Federal.*

3. Ordem ***denegada****.*

(**HC 43.030/DF**, Rel. Min. PAULO GALLOTTI – **Grifei.**)

O acórdão em referência, por sua vez, confirmou entendimento que o E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios **expusera** no julgamento de apelação criminal **deduzida** pelo ora paciente **e em cujo âmbito** foi proferida decisão assim ementada (**Apenso 4**, fl. 358):

Direito penal e processual penal. Tortura por policiais civis no interior de delegacia com vistas a obtenção de confissão de crime.

1. Não merece acolhimento preliminar de nulidade *do processo* ***fundada*** *em discussão* ***sobre as atribuições*** *do Ministério Público* ***em relação às investigações*** *na fase anterior* ***ao recebimento*** *da denúncia* ***por duas razões: i) porque eventual vício*** *não contaminaria a ação penal;* ***e ii) porque caracterizadas*** *a autoria* ***e*** *a materialidade do delito, a ação penal* ***prescindiria*** *da investigação preliminar.* ***Preliminar rejeitada. Unânime.***

2. Provado que a vítima *foi levada por um segurança (policial militar reformado) do estabelecimento comercial assaltado à delegacia de polícia* ***para prestar esclarecimentos e que lá foi algemada, encapuzada e agredida*** *com tapas e socos* ***para que confessasse****, merece subsistir a sentença condenatória* ***em relação ao torturador*** *identificado* ***como a pessoa que vendou, algemou e iniciou*** *as agressões. (Maioria).*

3. Recurso conhecido e não provido.

(**Apr 2002.09.1.002174-6**, Rel. Des. WALDIR LEÔNCIO JÚNIOR – **Grifei.**)

Também entendo, Senhores Ministros, **na linha** do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, que se revela constitucionalmente **lícito**, ao Ministério Público, **promover**, **por autoridade própria**, atos de investigação penal, **respeitadas** – não obstante **a unilateralidade** desse procedimento investigatório – **as limitações que incidem** sobre o Estado **em tema** de persecução penal.

Isso significa que a unilateralidade das investigações **preparatórias** da ação penal **não autoriza** o Ministério Público – **tanto quanto** a própria Polícia Judiciária – **a desrespeitar** as garantias jurídicas **que assistem** ao suspeito **e** ao indiciado, **que não mais** podem ser considerados meros objetos de investigação.

O indiciado é sujeito de direitos **e dispõe**, nessa condição, **de garantias** legais **e** constitucionais, **cujo desrespeito**, pelas autoridades do Estado (**trate-se** de agentes policiais **ou** de representantes do Ministério Público), **além** de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, **revela-se apto**

a gerar a *absoluta desvalia* das provas **ilicitamente** obtidas no curso da investigação penal.

Note-se, portanto, **analisando-se** a questão **sob tal aspecto**, que o procedimento investigatório **instaurado** pelo Ministério Público **não** interfere, **nem** afeta o exercício, pela autoridade policial, de sua **irrecusável** condição **de presidente** do inquérito policial, **de responsável** pela condução das investigações penais na fase **pré**-processual da "*persecutio criminis*" **e** do desempenho dos encargos típicos inerentes à função de Polícia Judiciária.

Foi por essa razão que o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, eminente Deputado MICHEL TEMER, **ao prestar** informações a esta Corte, **na ADI 2.202-MC/DF**, de que fui Relator, **expendeu**, a meu juízo, **considerações irrepreensíveis** a respeito da questão ora em exame:

> ***Por outro lado***, *acredito que nada poderia obstar que o membro do Ministério Público apresentasse ou produzisse as provas de que dispusesse, tanto em juízo como no curso de investigações criminais ou inquérito policial.* ***Em nenhum destes momentos o membro do Ministério Público estaria usurpando as atribuições daqueles que presidem os atos de produção da prova, o juiz e o delegado de polícia***.
>
> ***Não haveria***, *destarte,* ***invasão de atribuições*** *e* ***competências*** *decorrente das expressões legais alusivas à apresentação de provas pelo Ministério Público no curso de diligências investigatórias ou de inquérito policial.*
>
> ***Creio*** *que a Lei Complementar n. 75, de 1993,* ***preconizou uma necessária interação*** *de atividades, em prol da eficiência da persecução penal,* ***na concepção de que o Ministério Público***, "*dominus litis*" *da ação penal* ***é***, *em última análise,* ***o destinatário dos elementos produzidos no curso da investigação criminal e do inquérito policial***.
>
> ***É do interesse do Estado*** *que as infrações penais sejam* ***devidamente apuradas*** *e responsabilizados os seus autores, o que só pode ocorrer com o* ***concurso dos órgãos de polícia e do Ministério Público***.
>
> *(…)*
>
> ***Creio***, *assim,* ***que não restaram ofendidos*** *os dispositivos constitucionais apontados na petição inicial,* ***nem tampouco nenhuma outra norma*** *da Constituição Federal.*
>
> (**Grifei.**)

Impende rememorar, neste ponto, **consideradas** as razões que venho de expor, **o douto magistério** de LENIO LUIZ STRECK **e** de LUCIANO FELDENS ("**Crime e Constituição – A Legitimidade da função investigatória do Ministério Público**", p. 79/85, 2003, Forense), **cuja lição bem justifica** a legitimidade jurídico-constitucional do poder, que, **reconhecido** ao Ministério Público, **qualifica** os membros dessa Instituição **a promover**, **por autoridade própria**, **as investigações penais necessárias** à formação de sua *opinio delicti*:

> *(…)* ***não se revela necessário*** *um esforço de raciocínio mais rigoroso para concluirmos que* ***o Ministério Público não tem poderes para a conclusão de "inquérito policial"***. *Sobre isso não resta dúvida alguma, pela singela razão de que se o inquérito fosse conduzido pelo Ministério Público já não mais se poderia*

qualificá-lo como "policial", senão que teria outra designação (procedimento administrativo, procedimento criminal, etc.). Simples, pois.

***A questão de fundo** é, sensivelmente distinta: **reside em saber** se, à luz do ordenamento jurídico vigente, o Ministério Público **tem** – ou não – **legitimidade** para, no âmbito de seus próprios procedimentos, realizar "**diligências investigatórias**" no intuito de subsidiar a proposição de futura ação penal pública.*

***Nesse sentido**, **são dois** os argumentos comumente utilizados para anular a aptidão funcional do Ministério Público:*

> ***a**) a suposta ausência de fundamento legal a respaldar tal atividade;*
>
> ***b**) a alegada exclusividade – ou monopólio – da Polícia na tarefa de investigar a prática de qualquer infração penal e sua autoria.*
>
> *(...)*

***Recorrentemente**, **aqueles que desafiam a legitimidade do Ministério Público para proceder a diligências investigatórias na seara criminal esgrimem** o argumento de que tal possibilidade **não** se encontraria expressa na Constituição, "**locus**" político-normativo **de onde emergem** suas funções institucionais.*

***Trata-se**, em verdade, **de uma armadilha argumentativa**. Esconde-se, por detrás dessa linha de raciocínio, aquilo que se revela manifestamente insustentável: a consideração de que as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição são taxativas, esgotando-se em sua literalidade mesma. Equívoco, "data vênia", grave.*

***Atente-se**, a tanto, **que o próprio** art. 129, **berço normativo** das funções institucionais do Ministério Público, **ao cabo** de especificar um rol de funções acometidas à instituição, **dispôs** expressamente, **em seu inciso IX**, que:*

> *"**Art. 129**. São funções institucionais do Ministério Público:*
>
> *(...)*
>
> ***IX – exercer outras funções** que lhe forem conferidas, **desde que compatíveis com sua finalidade**, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."*

***Trilhando no mesmo diapasão**, veja-se que a Lei Complementar n. 75/1993, ao concretizar essa disposição constitucional, dispôs que:*

> *"**Art. 5º** São funções institucionais do Ministério Público da União:*
>
> *(...)*
>
> ***VI** – exercer outras funções previstas na Constituição Federal **e na lei**."*

***A norma constitucional** sob apreço qualifica-se como uma cláusula de abertura – legalmente concretizável – ao exercício, pelo Ministério Público, de "**outras funções**", as quais, entretanto, haveriam de estar submetidas às seguintes três condicionantes:*

> ***a**) **proveniência legal** da função (**limitação formal**);*
>
> ***b**) **compatibilidade** da função legalmente conferida com a finalidade institucional do Ministério Público (**limitação material afirmativa**);*
>
> ***c**) **vedação** de qualquer função que implique a representação judicial ou a consultoria jurídica de entidades públicas (**limitação material negativa**).*

***Afastada**, pela lógica, **qualquer** hipótese de relação do tema (realização de diligências investigatórias) com eventual representação judicial ou consultoria de entidades públicas, **cabe-nos verificar se** estão afirmadas as **demais** imposições*

constitucionais: função legalmente prevista ***e*** *sua compatibilidade às finalidades institucionais do Ministério Público.*

(...)

Concretiza-se *legislativamente, pois, e com a carga eficacial avigorada própria das leis complementares, o desiderato constitucional.* ***No que concerne*** *ao real objeto de nosso tema, o dispositivo foi cristalino, assentando caber ao Ministério Público, "****nos procedimentos de sua competência****" (art. 8º, caput), "****realizar inspeções e diligências investigatórias****" (inciso V).*

(...)

(...) ***resta-nos um último passo****:* ***analisar*** *se a realização de diligências investigatórias pelo Ministério Público encontra pertinência temática com suas atribuições funcionais, haja vista que, a teor do art. 129, IX, a validade material das funções legalmente conferidas à Instituição haveria de passar por um crivo de finalidade;* ***é dizer****, deverá fazer-se relacionada a um fim* ***para o qual*** *o Ministério Público esteja* ***constitucionalmente*** *legitimado.*

Retornemos*, pois, à Constituição da República, a qual dispôs,* ***como atribuição primeira*** *do Ministério Público:*

*"****Art. 129****. São funções institucionais do Ministério Público:*

I *–* ***promover****, privativamente,* ***a ação penal pública****, na forma da lei".*

Resulta *nítida a relação* ***meio-fim*** *exsurgente do cotejo dos dispositivos legal (art. 8º, V, da LC 75/1993,* ***congruente*** *à dicção do art. 26 da Lei 8.625/1993) e constitucional (art. 129, I, da CRFB),* ***a dar acolhida****, portanto, à terceira – e última – das condicionantes impostas pelo art. 129, IX, da Constituição.*

(...)

O segundo óbice *erguido contra a possibilidade de o Ministério Público exercer atividade investigatória para fins de persecução penal (...)* ***reveste-se*** *de forte dose corporativa,* ***pois busca fazer*** *concentrar na Polícia o monopólio para a realização de toda e qualquer tarefa nesse sentido.* ***Sem procedência****, também.*

Em essência*, esteia-se tal argumentação no art. 144, § 1º, IV, da Constituição, o qual estabelece que compete à Polícia Federal "exercer,* ***com exclusividade****, as funções de polícia judiciária da União".*

Logicamente*, ao referir-se à "****exclusividade****" da Polícia Federal para exercer funções "****de polícia judiciária da União****", o que fez a Constituição foi,* ***tão somente****, delimitar as atribuições entre as* ***diversas*** *polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144.* ***Daí porque****, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil "apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas" (art. 144, § 1º, I), pois que, no espectro da "polícia judiciária", tal atribuição está reservada à Polícia Federal.*

Acaso concluíssemos distintamente*, ou seja, no sentido do "monopólio investigativo" da Polícia, teríamos de enfrentar importantes indagações para as quais não visualizamos qualquer possibilidade de resposta coerente com a tese restritiva.*

Por exemplo*:* ***o que se passaria com as "diligências investigatórias" imprimidas pelos demais órgãos da administração (poder executivo)****, os quais, conquanto não ostentem, ao contrário do Ministério Público, finalidade dirigida à persecução penal, as realizam no escopo de fomentá-la? Bem assim,* ***o que ocorre-***

ria com as investigações criminais *– que existem em pluralidade –* ***levadas a efeito no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário?*** *Vejamos.*

(...)

É cediço que a Receita Federal realiza com alguma frequência, no exercício *de seu mister,* ***não apenas*** *diligências investigatórias* ***como, também, operações*** *que têm como móvel, tanto quanto a constituição de um auto de infração, a repressão a determinados delitos.* ***São conhecidas****, por exemplo, as "barreiras" montadas* ***a reprimir*** *o contrabando e o descaminho (art. 334 do CP).* ***A própria*** *"representação fiscal para fins penais" dirigida ao Ministério Público* ***investe-se*** *de conteúdo investigatório,* ***bastando recordar*** *que,* ***não raramente****,* ***veicula informações*** *atinentes a operações financeiras do contribuinte-investigado, as quais,* ***visando a comprovar*** *a materialidade do delito de sonegação fiscal (Lei n. 8.137/1990), apenas logram ser obtidas no âmbito de um procedimento que, por haver sido conduzida pela Receita, chama-se "fiscal".* ***Recorde-se****, ademais,* ***que a mesma*** *Receita Federal* ***dispõe****, em cada região fiscal, de um "Escritório de Pesquisa e Inteligência" (ESPEI).*

A seu turno, o Banco Central conta em sua estrutura com um "Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros" *(DECIF), órgão* ***diretamente*** *vinculado à sua Diretoria de Fiscalização (DIFIS).* ***Também naquela esfera são efetuadas diligências*** *que, para além de instruir o procedimento administrativo, terão como destinatário o Ministério Público, para que proceda criminalmente contra os investigados.*

O Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras*, de igual forma,* ***realiza****, certo que a seu modo,* ***atividade investigatória****, o que faz atuando como "órgão do Governo, responsável pela coordenação de ações voltadas ao combate à 'lavagem' de dinheiro".*

Tais exemplos*, os quais* ***não*** *esgotam* ***o rol*** *de agentes e instituições legitimados* ***a realizar*** *a apuração de fatos mediata ou imediatamente relacionados a infrações penais (****sequer*** *nos referirmos à Corregedoria-Geral da União),* ***deixam claro****, e de forma inequívoca,* ***a ausência*** *de exclusividade da Polícia para a realização de tais "diligências investigatórias".*

(...)

3.3.3. Investigações no âmbito do Poder Judiciário

(...)

Bem assim*, atente-se ao que prescreve o art. 43 do Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal:*

> *"****Art. 43****.* ***Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito****, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.*
>
> ***§ 1º*** *Nos* ***demais*** *casos, o Presidente* ***poderá*** *proceder na forma deste artigo* ***ou*** *requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.*
>
> ***§ 2º*** *O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal".*

Demais disso*, não olvidemos a hipótese de inquérito por crime falimentar,* ***que igualmente*** *não é "policial", mas "judicial" (****Decreto-Lei n. 7.661/1945****: Título VII – Do inquérito judicial) (...).*

(**Grifei.**)

Cumpre ter presente, ainda, **na perspectiva** do tema ora em análise, **o que dispõem os incisos** VIII **e** IX **do art. 129** da Constituição da República,

cujo texto atribui, ao Ministério Público, competência para "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (...)", **além da possibilidade** de "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)".

Observa-se, das regras em questão, **que houve expressa outorga constitucional** de poderes ao Ministério Público, **para**, dentre **outras** atribuições, **requisitar e promover** a execução de diligências investigatórias, **bem assim desempenhar outras funções que sejam inerentes e compatíveis** com as finalidades institucionais do "*Parquet*".

Não custa rememorar, nesse ponto, **que a Constituição Federal de 1988**, **foi**, inegavelmente, **um instrumento** de decisiva consolidação jurídico-institucional do Ministério Público. **Ao dispensar-lhe** singular tratamento normativo, a Carta Política **redesenhou-lhe o perfil** constitucional, **outorgou-lhe atribuições** inderrogáveis, **explicitou-lhe a destinação** político-institucional, **ampliou-lhe as funções jurídicas e deferiu**, de maneira muito expressiva, **garantias inéditas** à própria Instituição **e** aos membros que integram.

Foram, assim, **plenas de significação** as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público **ao longo** do processo constituinte, **de que resultou** a promulgação da nova Constituição do Brasil. **Com a reconstrução** da ordem constitucional, **emergiu**, o Ministério Público, **sob o signo** da **legitimidade democrática**. **Ampliaram-se-lhe** as atribuições; **dilatou-se-lhe** a competência; **reformulou-se-lhe** a fisionomia institucional; **conferiram-se-lhe** os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; **atendeu-se**, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil.

O tratamento dispensado ao Ministério Público **pela nova** Constituição **confere-lhe**, no plano da organização estatal, e, **notadamente**, no âmbito da persecução penal, **quando** instaurada em sua fase **pré**-processual, **uma posição de inegável eminência**, na medida em que se lhe atribuíram **funções institucionais** de magnitude irrecusável, **dentre as quais avultam** as de "promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei" (art. 129, I), **bem assim** a de "exercer **outras** funções que lhe forem conferidas, **desde que compatíveis** com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129, IX).

A Constituição da República **conferiu**, assim, uma posição **de inquestionável** importância ao Ministério Público. **Deferiu-lhe**, em consequência, **os meios necessários** à **plena** realização de suas finalidades jurídico-institucionais, **autorizando-o**, no exercício de suas atribuições, dentre **outras** providências, a "**receber** notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, **promover** as apurações cabíveis que lhe sejam próprias **e dar-lhes** as soluções adequadas (...)" (**Lei n. 8.625/1993**, art. 27, parágrafo único, n. 1), **competindo-lhe**, ainda, dentro desse **mesmo** contexto, "realizar (...) diligências investigatórias..." (LC n. 75/1993, art. 8º, V).

Daí a correta observação feita pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, **quando**, na condição de Relator **da ADI 1.571-MC/DF**, **assinalou**, em seu douto voto, que, "(...) para promover a ação penal pública, 'ut' art. 129, I, da Lei Magna da República, **pode o MP proceder às averiguações** cabíveis, **requisitando** informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos **preparatórios** da ação penal (CF, art. 129, VI), **requisitando** também diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII), **o que**, à evidência, não se poderia obstar por norma legal (...)" (**grifei**).

Entendo, por isso mesmo, **que o poder de investigar**, em sede penal, **também compõe** o complexo de funções institucionais do Ministério Público, **pois** esse poder se acha **instrumentalmente** vocacionado **a tornar efetivo** o exercício, por essa Instituição, **das múltiplas e relevantes** competências que lhe foram **diretamente** outorgadas, **em norma expressa**, **pelo próprio texto** da Constituição da República.

Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, **tais como aqueles enunciados** no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, **supõe** que se reconheça, **ainda que por implicitude**, aos membros dessa Instituição, **a titularidade de meios destinados** a viabilizar a adoção **de medidas** vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, **permitindo**, assim, **que se confira efetividade** aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público.

Impende considerar, no ponto, **em ordem a legitimar** esse entendimento, **a formulação** que se fez em torno **dos poderes implícitos** (CARLOS MAXIMILIANO, "**Hermenêutica e Aplicação do Direito**", p. 312, item n. XI, 18. ed., 1999, Forense, *v.g.*), **cuja doutrina – construída** pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso "*McCULLOCH v. MARYLAND*" (1819) – **enfatiza** que a outorga **de competência expressa** a determinado órgão estatal **importa** em deferimento **implícito**, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização **dos fins** que lhe foram atribuídos.

Há que se registrar, ante a sua extrema pertinência, **o autorizado** magistério de MARCELLO CAETANO ("**Direito Constitucional**", vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), **cuja observação**, no tema, **referindo-se** aos processos de hermenêutica constitucional, **assinala** que, "**Em relação** aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, **admite-se**, por exemplo, a interpretação extensiva, **sobretudo** pela determinação dos poderes **que estejam implícitos** noutros **expressamente** atribuídos" (**grifei**).

Esta Suprema Corte, **ao exercer** o seu poder de indagação constitucional – **consoante adverte** CASTRO NUNES ("**Teoria e Prática do Poder Judiciário**", p. 641/650, 1943, Forense) – **deve** ter presente, **sempre**, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica **dos poderes implícitos**, para, assim, **conferir eficácia real** ao conteúdo **e** ao exercício de dada competência constitucional, **como** a de que ora se cuida, **consideradas** as atribuições do Ministério Público, **tais como expressamente relacionadas** no art. 129 da Constituição da República.

É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a instauração, **pelo próprio Ministério Público**, **de investigação penal**, atribuição **que lhe é reconhecida** com apoio na teoria dos poderes implícitos, **e que permite**, ao Ministério Público, **adotar** as medidas **necessárias tanto** ao fiel cumprimento **de suas** funções institucionais **quanto** ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, **diretamente**, pela própria Constituição da República.

Não fora assim, e adotada, em consequência, **uma indevida** perspectiva reducionista, **esvaziar-se-iam**, por completo, as atribuições constitucionais **expressamente** conferidas ao Ministério Público **em sede** de persecução penal, **tanto** em sua fase judicial, **quanto** em seu momento pré-processual.

Daí a corretíssima advertência do eminente e saudoso Ministro OSWALDO TRIGUEIRO ("**Os Poderes do Presidente da República**", "**in**" **RDA**, vol. 29/22):

> ***Nada mais lógico****, portanto,* ***do que recorrermos*** *eventualmente ao expediente* ***dos poderes implícitos****,* ***para neles assentar*** *algum poder* ***derivado*** *de que (...) tivesse de utilizar-se para integral desempenho de seu papel constitucional.*
> (**Grifei.**)

Não constitui demasia relembrar, neste ponto, **a lição definitiva** de RUI BARBOSA ("**Comentários à Constituição Federal Brasileira**", vol. I/203-225, **coligidos** e **ordenados** por Homero Pires, 1932, Saraiva), **cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos – após referir** as opiniões de JOHN MARSHALL, de WILLOUGHBY, de JAMES MADISON e de JOÃO BARBALHO – **assinala**:

> ***Não são*** *as Constituições* ***enumerações*** *das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados.* ***Traçam elas uma figura geral do regime****, dos seus caracteres capitais,* ***enumeram*** *as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional* ***e deixam à interpretação*** *e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções,* ***a escolha dos meios e instrumentos*** *com que os tem de exercer a cada atribuição conferida.*
>
> ***A cada um dos órgãos*** *da soberania nacional do nosso regime,* ***corresponde****,* ***implicitamente****, mas inegavelmente,* ***o direito ao uso dos meios necessários****, dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhe é conferida.*
>
> *(...)*
>
> ***Nos Estados Unidos****, é,* ***desde*** *MARSHALL, que essa verdade se afirma,* ***não só*** *para o nosso regime,* ***mas para todos*** *os regimes.* ***Essa verdade*** *fundada pelo bom senso é a de que –* ***em se querendo os fins****,* ***se hão de querer****,* ***necessariamente****,* ***os meios****; a de que se conferimos a uma autoridade uma função,* ***implicitamente*** *lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções.*
>
> *(...)*
>
> ***Quer dizer*** *(princípio indiscutível) que,* ***uma vez conferida*** *uma atribuição,* ***nela se consideram envolvidos todos os meios necessários*** *para a sua execução regular.* ***Este****, o princípio;* ***esta****, a regra.*
>
> *(...)*

__Trata-se__, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte – __o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios__ (...).

(...)

***A questão**, portanto, **é saber da legitimidade** quanto ao fim que se tem em mira. **Verificada** a legitimidade deste fim, **todos os meios que forem apropriados a ele**, **todos os meios** que a ele forem claramente adaptáveis, **todos os meios** que não forem proibidos pela Constituição, **implicitamente se têm concedido** ao uso da autoridade **a quem se conferiu** o poder.*

(**Grifei.**)

Não me convence, de outro lado, **a objeção**, que, **fundada** no art. 144, § 1º, IV, **e** § 4º da Constituição da República, **pretende conferir**, aos organismos policiais, **o monopólio** das investigações penais em nosso sistema jurídico.

Devo registrar, neste ponto, **que a cláusula** de *exclusividade* **inscrita** no art. 144, § 1º, **inciso** IV, da Constituição da República – **que não inibe** a atividade de investigação criminal do Ministério Público – **tem** por única finalidade **conferir** à Polícia Federal, **dentre os diversos** organismos policiais **que compõem** o aparato repressivo da União Federal (*polícia federal*, *polícia rodoviária federal* **e** *polícia ferroviária federal*), **primazia investigatória** na apuração dos crimes previstos **no próprio** texto da Lei Fundamental **ou**, ainda, em tratados **ou** convenções internacionais.

Vale referir, por necessário, **a propósito** da questão **pertinente** aos organismos policiais **estruturados** no âmbito local, **que incumbe**, à Polícia Civil dos Estados-membros **e** do Distrito Federal, **ressalvada** a competência da União Federal **e excetuada** a apuração dos crimes militares, **a função de proceder** à investigação dos ilícitos penais (crimes **e** contravenções), **sem prejuízo** do poder investigatório **de que dispõe**, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

Mostra-se importante assinalar, nessa linha de pensamento, que a *instituição policial*, **qualquer** que seja a dimensão política em que se ache estruturada (**quer** no âmbito da União, **quer** no dos Estados-membros), **não detém**, em nosso sistema normativo, **o monopólio** da competência investigatória **em matéria penal**, pois – **tal como observa** BRUNO CALABRICH ("**Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**", p. 103/104, item n. 3.4, 2007, RT), **apoiando-se**, para tanto, **em registro** feito por Luciano Feldens **e** Lenio Streck – o ordenamento constitucional **não impede que outros** órgãos estatais, **diversos** da Polícia, **promovam**, **por direito próprio**, em suas respectivas áreas de atribuição, **atos** de investigação **destinados** a viabilizar a apuração **e** a colheita de provas **concernentes** a determinado fato **que atinja** valores jurídicos **postos** sob a imediata tutela **de referidos** organismos públicos, **independentemente** de estes posicionarem-se nos domínios institucionais do Poder Executivo **ou** do Poder Legislativo:

(...) __No âmbito do Poder Executivo__, são citadas as investigações __realizadas__ pela Receita Federal (Delegacias da Receita e seus ESPEI), pelo Bacen (Decif e

*COAF) **e** pela Corregedoria-Geral da União (hoje denominada Controladoria-Geral da União). **No Poder Legislativo**, **destacam-se as apurações** promovidas pelas CPI (art. 58, § 3º, da CF/1988), **além do inquérito** a cargo da Corregedoria da Câmara dos Deputados **ou** do diretor do serviço de segurança (no caso da prática de uma infração penal nos edifícios da Câmara dos Deputados – art. 269 do Regimento Interno da Câmara).*

(...).

***Podem ser acrescentados** diversos **outros** exemplos **não** citados na referida obra: **as investigações** realizadas pelos órgãos estaduais **ou** municipais **correlatos** aos federais (Receitas, Corregedorias, Comissões Parlamentares), pelo INSS (crimes contra a previdência social), pelas Delegacias do Trabalho (crimes contra a organização do trabalho, **especialmente** o trabalho escravo), pelo Ibama **e** pelos órgãos estaduais de proteção do meio ambiente (infrações penais ambientais).*

***Todo esse rol** (...) **não é exaustivo**, **nada impedindo**, ademais, que **outras** leis prevejam a atribuição investigatória **de outros** órgãos, **desde** que sua natureza e função se harmonizem com a estrutura constitucional em que se inserem.*

(**Grifei.**)

Tenho presente, ainda, **no exame** da questão ora em julgamento, **o claro magistério** expendido pelo Professor CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA ("**Comentários ao Código de Processo Penal**", vol. 1/183, 2002, EDIPRO), cuja lição, **corretamente**, enfatiza **a não exclusividade** (**a ausência** de monopólio, portanto) das investigações penais **por parte** dos organismos policiais:

***O argumento fulcral** das decisões que vedam as investigações ministeriais está no art. 144, § 1º, IV da CF, segundo o qual compete à Polícia Federal "exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União".*

***A expressão** "com exclusividade" **foi colocada** no texto constitucional **para deixar bem claro** que somente a Polícia Federal pode investigar, **como polícia judiciária**, crimes de competência da Justiça Federal, **com isso delimitando** o âmbito de atuação das Polícias Estaduais. **Esse aspecto** foi ressaltado **pela própria** Carta Magna **no § 4º** do mesmo art. 144, **quando**, ao tratar das Polícias dos Estados, **as incumbiu** das funções de polícia judiciária **ressalvada a competência da União**. **Trata-se**, portanto, **de mera delimitação** de atribuições **de polícia judiciária**, dirigida aos órgãos **policiais**, federais e estaduais.*

***O dito preceito** constitucional **não impede que outros** órgãos apurem infrações penais, de âmbito federal ou estadual. **Não criou uma exclusividade investigatória federal** para a Polícia Federal, **assim como** o § 4º do art. 144 **não outorgou** exclusividade investigatória estadual para as Polícias locais.*

***Se assim não fosse** (...), o STF igualmente estaria inibido de apurar os fatos ocorridos em suas dependências etc.*

***O festejado** Julio Fabbrini Mirabete (...) **esclareceu** em seu **Processo Penal**, Atlas, SP, 1999, p. 75:*

> *"**Não ficou estabelecido** na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções da Polícia Judiciária em relação às polícias civis estaduais. **Tem o MP legitimidade para proceder investigações e diligências**, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais."*
>
> (...)
>
> (**Grifei.**)

Importante considerar, também nesse **mesmo** sentido, **as observações** expendidas pelo eminente Procurador da República, Dr. VALTAN FURTADO, que, **ao estudar** a questão ora em apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, **bem resumiu**, em análise **que incorporo** ao presente voto, **as** "**15 Razões para o Ministério Público investigar infrações penais**" (*in* Boletim IBCCRIM n. 139/10-11, Ano 12, junho/2004):

> ***1. Trata-se*** *de atividade prevista em lei (cf. item 2) e compatível com a finalidade do Ministério Público (tanto que prevalece na Europa, cf. item 3) – portanto, amparada pelo* ***art. 129, IX, da CF****.*
>
> ***2. A Lei Complementar n. 75/1993*** *(Estatuto do MPU) prevê, sem restringi-las ao âmbito civil, diversas atividades investigatórias do MP, no seu art. 8º, incisos I, II, IV, V, VI, VII, VIII e IX, destacando-se as atribuições de "realizar inspeções e diligências investigatórias", expedir notificações e intimações e "requisitar informações, exames, perícias e documentos"; a Lei n. 8.069/1990 (ECA) e a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) estabelecem textualmente competir ao MP* ***instaurar sindicâncias*** *para apurar ilícitos penais (art. 201, VII, e art. 74, VI); o art. 47 do CPP, o art. 356, § 2º, do Código Eleitoral e o art. 29 da Lei n. 7.492/1996 são expressos ao atribuir ao MP atividades de investigação criminal direta.*
>
> ***3. A tendência*** *dos ordenamentos modernos é atribuir ao Ministério Público atividade de investigação criminal (****como ocorre*** *na Europa continental – por exemplo, Alemanha, Itália, Portugal e França –, verificando-se o mesmo na América Latina – Chile, Bolívia, Venezuela, etc.).*
>
> ***4. Uma das recomendações do relatório da ONU*** *sobre execuções sumárias do Brasil, apresentado recentemente pela advogada* ***Asma Jahangir****, inclui o seguinte trecho: "As unidades do Ministério Público deveriam dispor de um grupo de investigadores e ser encorajadas a realizar investigações independentes contra acusações de execuções sumárias. Obstáculos legais que impedem tais investigações independentes deveriam ser removidos em legislação futura" (item n. 82).*
>
> ***5. O sistema*** *do juizado de instrução revela inconvenientes, como o comprometimento da imparcialidade do juiz, que determinaram o seu desprestígio na Europa; já o sistema de investigação* ***exclusivamente policial****, arcaico e praticamente abandonado, causa inúmeros problemas de eficiência e celeridade em determinadas apurações.*
>
> ***6. A regra histórica*** *do nosso direito, de que é exemplo o art. 4º do CPP, é a universalidade da investigação, que pode ser pública (Polícia, CPI, Judiciário, Ministério Público e autoridades militares), ou privada (auditorias internas em empresas, atuação de investigador particular – Lei n. 3.099/1957 –, etc.), direta ou incidental (Receita Federal, Banco Central, INSS, COAF, corregedorias, etc.), não havendo sentido em se retirar justamente do titular privativo da ação penal pública a faculdade de colher elementos para formar sua convicção.*
>
> ***7. Em nenhuma passagem*** *da CF se encontra dispositivo que autorize pensar em exclusividade na função de investigar – o art. 144 somente fala em exclusividade em relação à atividade de polícia judiciária da União, para excluir a atuação das outras polícias civis, além do que* ***separa nitidamente a função de investigar infrações penais da de polícia judiciária****, conforme fica claro da leitura dos § 1º, I e IV, e § 4º do art. 144.*
>
> ***8. Qualquer titular*** *de um direito de ação deve ter a faculdade de colher, por si, dentro de parâmetros legais e éticos, os elementos que sustentarão o seu pedido*

ao Judiciário, sob pena de ver coarctado o seu direto de ação – a prevalecer a tese negativa da função investigatória do MP, este órgão encontrar-se-á na insólita situação, dentro do nosso ordenamento, de único titular de ação sem a faculdade de colher as informações e documentos necessários para supedanear a sua pretensão, vendo-se eventualmente na contingência de promover ações e arquivamentos temerários.

***9. O Ministério Público é órgão autônomo**, cujos membros gozam de garantias constitucionais (inamovibilidade e vitaliciedade) e independência funcional (situação que não se repete na Polícia, até por órgão armado do Estado), o que implica maior probabilidade de desenvolvimento e resultado útil de determinadas investigações, como as que envolvem políticos influentes ou integrantes da Polícia, sobretudo os mais graduados.*

***10. O controle externo da atividade policial**, função atribuída ao MP pelo art. 129, VII, da CF, é notoriamente inviável **sem** a possibilidade de investigação criminal independente, donde se invoca a teoria dos poderes implícitos.*

***11. A investigação é apenas um instrumento de formação de convicção**, não um fim sem si mesma, sendo a diferença entre investigações civis e penais apenas para fins metodológicos (inclusive quanto ao uso de determinados instrumentos, como a interceptação telefônica), não se podendo esquecer que provas extraídas de um inquérito civil podem embasar um ação penal, da mesma forma que indícios colhidos em uma investigação criminal podem sustentar uma pretensão civil.*

***12. Se é correto**, como ninguém parece discrepar, que a ação penal pode ser deflagrada sem inquérito policial (art. 46, § 1º, do CPP), que o MP pode promover inquéritos civis (art. 129, III, da CF) e que frequentemente nestes inquéritos civis (por exemplo, nos que apuram improbidade administrativa) surgem indícios da autoria de ilícitos penais, suficientes para o ajuizamento de uma ação penal, soa incoerente e formalista ao extremo a ideia de negar ao MP a possibilidade de desenvolver investigações penais.*

***13. A alegação segundo a qual investigações promovidas pelo Ministério Público seriam parciais**, porque visariam apenas a coligir provas tendentes a uma futura condenação, **é de todo improcedente**, **porque**: **a**) a prova da fase inquisitorial só serve para o recebimento da ação, devendo toda a prova (exceto a técnica) ser (re) produzida em juízo; **b**) não se espera do órgão investigador, seja ele Polícia ou Ministério Público, imparcialidade, atributo judicial, mas apenas impessoalidade; **c**) a Polícia está sempre em contato com o MP e é obrigada a atender suas requisições, sendo a mera ideia dessa pretensa equidistância um disparate; **d**) a probabilidade de um membro do MP distorcer os fatos na fase pré-processual não é maior que a de um delegado de polícia fazer o mesmo.*

***14. Possibilitar ao MP a condução direta de investigações criminais** atende ao art. 37, caput, da CF, **pois** agrega **eficiência** a determinadas investigações, de acordo com a influência que o investigado possa exercer, o tipo de investigação (por exemplo, coleta e análise de documentos), a necessidade de formular um juízo direto e objetivo sobre os fatos, ou ainda por questão de ganho de tempo (por exemplo, em casos em que falta apenas uma informação para formar a opinio delicti sobre o objeto de uma representação oriunda de órgão fiscal, o MP pode obter o dado faltante expedindo um ofício ou ouvindo uma testemunha, com ganho de tempo e na formação de sua convicção).*

***15. A prática tem demonstrado como é relevante a atividade investigatória do MP no campo criminal**, **seja** no combate a abusos na função policial, **seja** na*

apuração de crimes como sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, fraude contra o sistema financeiro e corrupção, sendo o famoso caso do desvio de recursos no TRT de São Paulo apenas um dos inúmeros em que se revelou fecunda a condução de investigações no âmbito interno do MP.
(**Grifei.**)

Cabe destacar, por relevante **e** oportuno, **que esse entendimento** é também perfilhado, em substancioso estudo, por DOUGLAS FISCHER ("**Investigação Criminal pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade**", "*in*" "Limites Constitucionais da Investigação", p. 57/63, item n. 7, 2009, RT):

Consoante preconizado *no art. 129, I, da Constituição brasileira,* ***é função institucional*** *do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, abrindo-se exceção (em casos de ações penais públicas) unicamente à coadjuvação complementar quando haja inércia ministerial (art. 5º, LIX, CF). Além disso, o inciso IX do art. 129 da Constituição assenta também que poderá o "Parquet" "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)".*

(...)

Para defender *a impossibilidade de realização de atos investigatórios, muitos invocam ainda o inciso IV do § 1º do art. 144 da Constituição brasileira, cujo conteúdo é o seguinte: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I- polícia federal; II- polícia rodoviária federal; III- polícia ferroviária federal; IV- policias civis; V- polícias militares e corpos de bombeiros militares. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: '(...) IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União'".*

A questão a ser enfocada *no momento é se "por uma interpretação tópico-sistemática", seria razoável e factível extrair deste (isolado) dispositivo que a atribuição investigatória ("lato sensu") seria exclusiva da polícia, afastando-se de tal atividade o Ministério Público.*

Parece-nos que não*.*

Por intermédio *da norma retromencionada, o que se confere com "exclusividade" à polícia federal (identicamente à polícia civil, dentro de suas atribuições) é o exercício das funções de "polícia judiciária" (que nada mais é do que a função de auxiliar o Poder Judiciário na consecução de seus fins), mas não de exclusividade para investigação criminal. Funções de polícia judiciária são diversas de atribuições investigatórias. Não só pela compreensão sistêmica do ordenamento – que se vem defendendo insistentemente –, como também, complementarmente, da própria leitura da Constituição, que, no § 4º do mesmo art. 144, estipula claramente a diferenciação entre ambas.* ***Aliás****,* ***fosse exclusiva a investigação criminal da polícia****, não se poderia sustentar as atividades investigatórias realizadas por diversos outros órgãos,* ***como é o caso*** *–* ***apenas exemplificativamente*** *– da Receita Federal do Brasil, do Banco Central do Brasil e das próprias Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI (art. 58, § 3º, CF/1988).*

***Efetivamente**, "quando o Ministério Público **investiga**, **não está ele** usurpando função da polícia judiciária, **por estar** em atividade própria direcionada à formação de sua "opinio delicti", posto ser sua principal função na seara criminal promover a ação penal pública".*

***Não só**. Se o Ministério Público brasileiro é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e indisponíveis, não há como deixar de reconhecer que desse e de outros dispositivos constitucionais decorrem expressas atribuições para o desempenho de seu "mister" fundamental, como é o caso – exemplificativamente – do inciso VI do art. 129, que estabelece também ser função institucional do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos (aí compreendidos não só os relacionados à matéria civil), requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.*

***Aqui**, **uma bipartição em argumentos complementares**.*

***Em primeiro plano**, há se atentar que, **da conjugação** dos incisos VI e IX do art. 129 da CF/1988, **há disposição na Lei Complementar** 75/1993 (Lei do Ministério Público da União), **especificamente** em seu art. 8º, **assentando**, entre outros, **que poderá** o "Parquet" **requisitar** informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta (inciso II); **requisitar** informações e documentos a entidades privadas (inciso IV); "**realizar** inspeções e diligências investigatórias' (inciso V); **expedir notificações e intimações** essenciais aos procedimentos e inquéritos que instaurar (inciso VII); **e ter acesso** a quaisquer bancos de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública (inciso VIII). **Já na Lei 8.625** (Lei do Ministério Público Estadual), **tem-se** no art. 26 **que o Ministério Público**, no exercício de suas funções (ínsitas às suas atividades, inciso IX do art. 129 da CF), **poderá instaurar** inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos, garantindo-se-lhe, entre outros poderes, a requisição de informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de quaisquer Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades retromencionadas.*

***Segundo defende** Mauro Fonseca Andrade – **corretamente**, em nosso sentir –, **o disposto no inciso IX do art. 129 da CF serve** "como uma porta **não só** para a legalização, **mas também para a constitucionalização** da legitimidade investigatória do acusador público". **O autor pátrio é explícito** ao afirmar a relevância do art. 127 da CF para que se verifique a possibilidade, ou não, de investigação criminal pelo Ministério Público. Para ele, a busca da proteção dos bens jurídicos ali tutelados admitiria, além do inquérito civil, a investigação em outras searas, inclusive a penal. Exemplifica citando as possibilidades – previstas anteriormente à Constituição vigente e "posteriormente recepcionadas pelas leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e da União" –, de o "Parquet" investigar a eventual ocorrência de falta funcional de seus membros e, também, da possibilidade de um membro do Ministério Público ser investigado pelo Procurador-Geral de Justiça e não pela polícia judiciária.*

***Em segundo plano** – e novamente são precisas as considerações de Calabrich –, toda investigação (na mais ampla acepção) tem a finalidade precípua de apurar fatos, que poderão ou não caracterizar ilícito penal. Há muito se defende que o conceito de ilicitude é unitário.*

(...)

***Desse modo**, parece-nos hialino **que decorre da Constituição** – e da legislação **que a complementa** – **que é** "**ínsita** à atividade precípua" do Ministério Público a realização também de atos de investigação, porque coerente e consentânea com as suas funções essenciais, sem que decorra qualquer malferimento aos princípios atinentes às garantias fundamentais dos cidadãos investigados. **Em verdade**, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o que é exclusivo da autoridade policial é a condução e presidência de "inquérito policial". Mas – fácil ver, salvo para os que "não querem ver", por razões ideológicas, de conveniência ou até corporativistas, entre outras – inquérito policial é apenas "um" dos meios existentes para a apuração (investigação) de fatos criminosos. Diversamente do ordenamento português (por exemplo) e à luz da Constituição Federal vigente, o que não pode é o Ministério Público "dirigir ou presidir o inquérito policial", esse sim meio de investigação (entre tantos outros existentes) de atribuição exclusiva da polícia (embora caiba ao "Parquet" o exercício do controle externo da atividade policial – art. 129, VII, CF/1988).*

***Em nossa compreensão**, **sem qualquer pretensão de gerar** uma interpretação **que culmine** com a sobreposição ou afastamento dos importantes meios de investigações exclusivos da autoridade policial, a possibilidade de o Ministério Público investigar em determinadas situações (o que confere um grau de excepcionalidade) deve ser visualizada como uma garantia da sociedade e do próprio investigado. Segundo pensamos, à luz do ordenamento jurídico constitucional (especialmente em face do disposto no art. 127 da CF), o Ministério Público não é um "acusador sistemático". **Quando** a Carta Maior lhe atribui **expressamente** o dever **de proteger** "a ordem jurídica, o regime democrático **e** os interesses sociais e individuais indisponíveis", **impôs-lhe** o ônus de, **promovendo** atos de investigação **ou ajuizando** ação penal, **respeitar** os direitos fundamentais dos cidadãos. **Aliás**, como já destacado anteriormente, **foi exatamente isso que disse Luigi Ferrajoli** ao ser indagado **se**, diante dos pilares garantistas, **estaria** o Ministério Público impedido de investigar.*

(**Grifei.**)

Convém acentuar, a propósito desse entendimento, **que também o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao indeferir** pedido de medida cautelar **formulado na ADI 1.517/DF**, **corroborou**, em juízo preliminar, essa orientação, **reconhecendo não assistir**, aos organismos policiais, **o monopólio** das investigações criminais, **consoante** exposto no douto voto proferido pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **Relator** da causa, **que assim se pronunciou** sobre o tema:

***Assim sendo**, **tenho que a expressão** "com exclusividade", **inserida** na regra contida no inciso IV do § 1º do art. 144 da CF **deve ser interpretada** no sentido **de excluir**, **das demais** polícias elencadas nos incisos II a V do referido artigo, **inclusive** as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária), **a destinação** de exercer as funções de polícia judiciária da União.*

***Ao cuidar** das funções de polícia judiciária e investigações criminais **atribuídas** às Polícias Civis, o texto constitucional do § 4º do art. 144 não utiliza o termo "exclusividade".*

***Constata-se**, pois, **que a Constituição não veda o deferimento por lei de funções de investigações criminais** a outros entes do Poder Público, sejam agentes administrativos ou magistrados.*
(**Grifei.**)

Não constitui demasia relembrar que, **no primeiro semestre** deste ano (**10-3-2009**), esta colenda **Segunda Turma**, ao julgar **o HC 91.661/PE**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **que versava matéria idêntica** à ora debatida **nesta** sede processual (**investigação penal** promovida pelo Ministério Público **contra** agentes policiais), **denegou** a ordem de "*habeas corpus*", **por reconhecer**, unanimemente, **a legitimidade constitucional do poder investigatório** do Ministério Público, **especialmente** por se tratar, naquele caso, de delito **supostamente** cometido **por agentes policiais**, **vindo a proferir**, então, decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA.

***1. A presente impetração** visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, **sob a alegação** de falta de justa causa e **de ilicitude da denúncia** por estar amparada **em depoimentos colhidos** pelo ministério público.*

***2. A denúncia** foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes.*

***3. A alegação** de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do "habeas corpus", eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório.*

***4. Esta Corte** tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do "habeas corpus" quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 15-12-2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal.*

***5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar** da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, **mas apenas harmonizar** as normas constitucionais (arts. 129 e 144) **de modo** a compatibilizá-las **para permitir** não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da "opinio delicti".*

***6. O art. 129, inciso I**, da Constituição Federal, **atribui** ao Parquet **a privatividade** na promoção da ação penal pública. **Do seu turno**, o Código de Processo Penal **estabelece** que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.*

7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando** a Constituição Federal **concede** os fins, **dá

os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

***8. Cabe ressaltar**, que, no presente caso, **os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público**.*

*9. Ante o exposto, **denego** a ordem de "habeas corpus".*

(**HC 91.661/PE**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **Grifei.**)

Vale referir, ainda, **que esta** Turma, **em julgamento** realizado **em 28-10-2008** (**RE 535.478/SC**, Rel. Min. ELLEN GRACIE), **já havia decidido** esse **mesmo** tema em **idêntico** sentido, **reconhecendo**, então, **a possibilidade constitucional** de o Ministério Público **promover**, **por direito próprio**, investigação penal, **notadamente** nos casos de apuração de crimes **atribuídos** a integrantes dos organismos policiais.

Registro, por oportuno, que **sempre** tive esse entendimento, **vindo**, **até mesmo**, **quando** membro do Ministério Público paulista, **a instaurar**, sob minha autoridade, **investigação penal** em matéria eleitoral, **procedendo**, então, à inquirição das vítimas, à tomada de depoimento de testemunhas **e** à requisição de documentos **e** de exames periciais **necessários** ao esclarecimento da verdade real, **para**, **concluída** a apuração dos fatos – que se desenvolveu **com plena observância dos limites que restringem o poder investigatório** do Estado –, **oferecer denúncia** contra **os supostos** autores de crime eleitoral.

Devo assinalar que esse procedimento investigatório por mim instaurado – **de cujos elementos de informação fui destinatário** para efeito **de ajuizamento** da concernente ação penal – **teve reconhecida** a sua **plena** legitimidade jurídica, **porque rejeitada**, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, **a alegação de impossibilidade** de o Ministério Público, **quando autor** de investigação penal, **converter-se**, **ele próprio**, **em autor** da acusação criminal **fundada** nos dados probatórios por ele mesmo coligidos.

A decisão que venho de referir, **emanada** do E. Tribunal Superior Eleitoral – **que reconheceu** a possibilidade jurídica de o Ministério Público **conduzir**, por sua iniciativa **e** autoridade, **investigação penal** destinada a propiciar-lhe **elementos de convicção para o oferecimento** de denúncia (**não se distinguindo**, portanto, em tal julgamento, **para fins** de instauração da "*persecutio criminis in judicio*", **entre** "*autor da investigação criminal*" **e** "*autor da ação penal*") –, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado:

***HABEAS CORPUS. REPRESENTAÇÃO DIRIGIDA AO JUIZ DA COMARCA, DENUNCIANDO A EXISTÊNCIA DE CRIME ELEITORAL. REMESSA DESSA REPRESENTAÇÃO AO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO** QUE, **POR NÃO DISPOR** DE ELEMENTOS SUFICIENTES, **REALIZOU A INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS** NA SALA DA PROMOTORIA. **INEXISTÊNCIA DE FALTA JURÍDICA PELA UNIVERSALIZAÇÃO** DA INVESTIGAÇÃO **E** DA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA DE PROVA*

INADMISSÍVEL NO ÂMBITO RESTRITO DO REMÉDIO HERÓICO. ***R.O. DESPROVIMENTO***.
(**RHC 4.985/SP**, Rel. Min. BARROS MONTEIRO – **Grifei.**)

Essa orientação, registre-se, **além de apoiar-se em diversos** precedentes **desta** Corte, **encontra respaldo** no magistério **de outros** eminentes doutrinadores, **cujas lições bem demonstram a legitimidade constitucional** do poder investigatório do Ministério Público (ROGÉRIO SANCHES CUNHA "*et alii*", "**Limites Constitucionais da Investigação**", 2009, RT; DENILSON FEITOSA, "**Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**", p. 201/208, itens ns. 6.3 e 6.4, 6. ed., 2009, Impetus; EDILSON MOUGENOT BONFIM, "**Código de Processo Penal Anotado**", p. 30, 2007, Saraiva; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, "**Curso de Processo Penal**", p. 67/81, item n. 4.2, 10. ed., 2008, Lumen Juris; RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA, "**Curso Temático de Direito Processual Penal**", p. 47/88, 2. ed., 2009, JusPODIVM; MARCELLUS POLASTRI LIMA, "**Manual de Processo Penal**", p. 67/73, item n. 2.1, 2007, Lumen Juris; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, "**Curso de Processo Penal**", p. 80/81, item n. 4.1.10.5, 4. ed., 2009, Forense; MAURO FONSECA ANDRADE, "**Ministério Público e sua Investigação Criminal**", 2. ed., 2006, Juruá; BRUNO CALABRICH, "**Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**", 2007, RT).

Mesmo que assim **não** se entendesse (**sustentando-se**, em consequência, posição **contrária** fundada em **pretendida exclusividade** da competência investigatória da Polícia), **caberia ter presente** a percepção revelada por autores – **como** BRUNO CALABRICH ("**Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**", p. 94/101, item n. 3.3, 2007, RT) – **que põem em destaque**, **para justificar** a possibilidade constitucional de o Ministério Público **exercer**, por autoridade própria, **o poder** de investigação penal, **a existência de distinção conceitual entre** a função de polícia judiciária **e** a função de investigação criminal, **que são** noções **reciprocamente** inassimiláveis, **impregnadas**, cada qual, de perfil autônomo **e** de sentido inconfundível, **a significar** que se mostra irrelevante, **para efeito** de reconhecer-se atribuição investigatória ao "*Parquet*", **a cláusula de exclusividade** a que se refere o art. 144, § 1º, **inciso** IV, da Constituição da República.

Vale reproduzir, a esse respeito, **fragmento** esclarecedor **constante** do magistério **expendido** pelo já mencionado BRUNO CALABRICH ("**Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**", p. 94/98, item n. 3.3, 2007, RT):

> ***Não bastasse isso***, ***e afastando*** *qualquer dúvida* ***quanto*** *à distinção* ***entre*** *as funções "investigatória"* ***e*** *de "polícia judiciária",* ***o § 4.º*** *do mesmo art. 144* ***preconiza****: "****§ 4.º*** *Às polícias civis,* ***dirigidas*** *por delegados de polícia de carreira,* ***incumbem****, ressalvada a competência da União, '****as funções*** *de polícia judiciária'* ***e a*** *'****apuração*** *de infrações penais',* ***exceto*** *as militares" (...).*

***Nesse parágrafo**, como é fácil verificar, **além de se apartar** cada uma das funções, **nada há de referência à exclusividade** para a apuração de infrações penais, **da mesma forma** com que foi redigido o inc. I do § 1.º.*

***Sendo evidente a distinção entre** os conceitos – **considerando** que a Constituição não poderia repetir, num mesmo dispositivo, duas expressões sinônimas – **é de se perquirir** o verdadeiro sentido da expressão "**polícia judiciária**".*

***O art. 4.º** do CPP **propõe** um conceito de "polícia judiciária": "**Art. 4.º** A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria". (**Redação** dada pela Lei 9.043, de 9-5-1995).*

***Como se vê**, **o conceito legal** é equivocado **e** imprestável, **considerando que incorre no** (comum) **equívoco** de confundir **as duas funções**. Aliás, **é pertinente gizar**, desde já, **que**, a toda evidência, **a Constituição não pode** ser interpretada "**conforme**" a lei, **sob pena** de uma teratológica inversão **no plano** da hierarquia normativa. **Tendo sido efetuada a distinção na atual** Constituição **e**, mormente, **por serem relevantes as consequências** dessa distinção, **cumpre** ao intérprete **e** ao aplicador **a tarefa de preencher** cada um dos conceitos, **de forma** a compatibilizá-los com o sistema processual penal em seus planos constitucional e infraconstitucional.*

***Pois bem**: **para a prática** de alguns de seus atos internos (audiências, sessões de julgamento etc.) **ou** externos (comunicações processuais, buscas e apreensões, penhoras, condução coercitiva de pessoas etc.), **o Poder Judiciário pode eventualmente precisar do suporte de algum órgão dotado** de meios materiais **e** humanos **para**, sob seu comando, **executá-los** diretamente **ou**, ao menos, **para auxiliar** em sua execução. **Assim é que**, para manter a ordem **durante** uma audiência, **pode** o juiz requisitar (determinar) à polícia que retire da sala pessoas que estejam provocando um tumulto; **e**, da mesma forma, requisitar a apresentação pessoal de um preso, que há de ser trazido e mantido sob escolta; **pode**, ainda **à guisa** de exemplo, **determinar** que a polícia **acompanhe** um oficial de justiça para a realização de uma citação ou de uma penhora **em face** de uma pessoa que se sabe de índole violenta, **preservando**, com isso, **tanto** a integridade física do servidor da justiça **quanto** a efetividade do ato a ser praticado.*

***As funções de polícia judiciária**, assim, **abrangem todas** as funções **referentes** ao apoio material **e** humano **necessário** para a prática **de determinados** atos **ou para o cumprimento** de decisões judiciais. **E essa função**, no que toca aos órgãos do Poder Judiciário da União, **recai** com exclusividade na polícia federal. **Nesse sentido**, já observava Thiago André Pierobom de Ávila:*

> *"(...) **a Constituição não concedeu** às polícias civis **e** federal **a atribuição** de investigação **com exclusividade**. **No inciso IV** do § 1.º, art. 144 da CF/88, **estabeleceu-se que é atribuição** da polícia federal **exercer**, com exclusividade, **a função de polícia judiciária** da União. **Todavia**, no inciso I deste dispositivo, **estabeleceu-se competir-lhe a função de investigação**, **sem** exclusividade. **É sabido que polícia de investigação e polícia judiciária são funções distintas**. **A primeira** é destinada a investigar crimes; **a segunda** é destinada a obedecer às ordens judiciais, **como extensão** de execução de mandados judiciais (**v.g.**, condução coercitiva, mandado de prisão etc.). **Não há qualquer dispositivo estabelecendo monopólio** de investigação." (...)*

A função** de polícia judiciária, note-se, **diz respeito não somente** aos juízos criminais, **mas a todo e qualquer** juízo, **seja qual for** sua competência. "**Polícia

***Judiciária**", nesse sentido, **é a função** de auxílio ao Poder Judiciário **na execução** de seus atos e decisões.*
(**Grifei.**)

Nem se diga, de outro lado, **que o reconhecimento** do poder investigatório do Ministério Público **poderia frustrar**, **comprometer** ou, ainda, **afetar** a garantia do contraditório **estabelecida** em favor da pessoa investigada.

É que essa fundamental garantia outorgada aos acusados **não incide** na esfera **pré**-processual da persecução penal, **eis** que o seu domínio abrange, **somente**, o processo penal instaurado **em juízo**.

Cumpre relembrar, neste ponto, que a investigação penal, **enquanto** procedimento extrajudicial, "***não se processa**, em função de sua própria natureza, **sob o crivo** do contraditório, **eis que é somente em juízo** que se torna plenamente exigível o dever de observância do postulado da bilateralidade **e** da instrução criminal contraditória*" (**RTJ 143/306-307**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cabe enfatizar, por necessário, **sempre** na linha da orientação jurisprudencial **firmada** por esta Suprema Corte (**RTJ 147/219-220**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que** "***A inaplicabilidade** da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida **tanto** pela doutrina **quanto** pela jurisprudência dos Tribunais (**RT** 522/396), **cujo magistério tem acentuado** que a garantia da ampla defesa **traduz** elemento essencial e exclusivo da persecução penal **em juízo***" (**RTJ 143/306-307**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Essa **mesma** percepção do tema **foi registrada** pelo eminente e saudoso JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Elementos de Direito Processual Penal**", vol. I/87-89, itens ns. 45/46, 2. ed., revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium, Campinas/SP), **cujo autorizado magistério**, ao versar o tema **pertinente** à investigação penal **e** à garantia constitucional do contraditório, **assim apreciou a questão**:

> *O art. 141, § 25 (**hoje equivalente** ao art. 5º, LV, da vigente Constituição) da Constituição Federal, **ao assegurar** plena defesa aos acusados, **com todos** os meios e recursos essenciais a ela, **adotou**, também, **o procedimento contraditório**, porquanto todo o processo tem de ser estruturado sob a forma do contraditório para que o direito de defesa **não sofra** restrições indevidas. **Decorrência** da isonomia processual, que é corolário, por sua vez, do princípio constitucional da igualdade perante a lei, – **o contraditório é inerente** a toda resolução processual de litígios.*
>
> *(...)*
>
> ***Sem** o contraditório **não** pode haver devido processo legal. Uma vez que a lide tem sentido bilateral, porque a sua parte nuclear é constituída por interesses conflitantes, o processo adquire caráter verdadeiramente dialético, enquanto que a ação, como diz CARNELUTTI, se desenvolve como contradição recíproca.*
>
> *(...)*
>
> ***O vigente** Código de Processo Penal **distingue** perfeitamente **a "instrução criminal"** (arts. 394 a 405) **do "inquérito policial"** (arts. 4º a 23), como o fazem as legislações da atualidade. **Só a primeira é contraditória**, de acordo, aliás, com o que impõe o mandamento constitucional.*

*O segundo, porém, por **não** se identificar **com instrução** e não estar abrangido, portanto, pelo art. 141, § 25, da Constituição Federal, **tem natureza inquisitiva**, como na realidade o deve ser.*

(...)

***Não se pode**, pois, interpretar com simplismo o texto constitucional sobre a instrução contraditória, **para estendê-lo** ao inquérito policial. No direito pátrio, tem vigorado perfeita distinção entre inquérito policial e formação da culpa, desde a reforma de 1871, **correspondendo ao primeiro** a fase investigatória **e à segunda** a da instrução criminal.*

*A investigação policial, ou inquérito, tem mesmo de plasmar-se por um procedimento **não** contraditório*, porque ali ainda **não** existe acusado, mas apenas indiciado. (...).

(**Grifei.**)

Irrecusável, desse modo, **a inaplicabilidade** do contraditório **na fase pré-processual** da mera investigação penal, **cabendo assinalar**, no entanto, **que a unilateralidade** das investigações desenvolvidas pelo Estado (**não importa se** pela Polícia Judiciária, **ou** pelo Ministério Público **ou**, ainda, por uma CPI, **p**. **ex**.), **no estágio preliminar** da persecução penal ("*informatio delicti*"), **não autoriza** a **válida** formulação de **qualquer** decisão condenatória, **cujo único suporte** resida em prova **inquisitorialmente** produzida, **mesmo porque** – consoante **adverte** o magistério jurisprudencial dos Tribunais (**RT** 422/299 – **RT** 426/395 – **RT** 448/334 – **RT** 479/358 – **RT** 520/484 – **RT** 547/355) – a prova **unilateralmente** coligida no âmbito **de qualquer** investigação estatal "*não serve (...) para dar respaldo a um decreto condenatório, à falta de garantia do contraditório penal*" (**RT** 512/355).

Outro não é o magistério do sempre lembrado JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Tratado de Direito Processual Penal**", vol. I, 1980, Saraiva), **para quem** "*não há prova (ou como tal não se considera), **quando não produzida** contraditoriamente*" (p. 194). **Afinal**, salienta o eminente Mestre paulista, "***se** a Constituição solenemente assegura aos acusados ampla defesa, **importa violar** essa garantia **valer-se** o Juiz de provas colhidas em procedimento em que o réu **não podia** usar do direito de defender-se com os meios e recursos inerentes a esse direito*" (p. 104 – **grifei**).

Vê-se, desse modo, que, **mesmo** quando conduzida, **unilateralmente**, pelo Ministério Público, a investigação penal **não legitimará** qualquer condenação criminal, **se** os elementos de convicção nela produzidos – **porém não reproduzidos** em juízo, **sob** a garantia do contraditório – **forem os únicos** dados probatórios existentes **contra** a pessoa investigada, **o que afasta a objeção** de que a investigação penal, **quando** realizada pelo Ministério Público, **poderia comprometer** o exercício do direito de defesa.

É preciso enfatizar que a submissão do acusado, **quando** instaurado **o processo em juízo**, requer que se lhe assegurem, **em plenitude**, as garantias **inerentes** ao "*due process of law*". **As virtualidades jurídicas que emergem** da cláusula constitucional do devido processo legal **não podem ser ignoradas**

pelo aplicador da lei penal, que deverá ter presentes – **ao longo** da "*persecutio criminis* ***in judicio***" – **todos** os princípios, que, **forjados** pela consciência liberal dos povos civilizados, **proclamam**, de um lado, **a presunção** de inocência dos acusados **e garantem**, de outro, **o irrestrito** exercício, **com todos** os recursos e meios a ele inerentes, **do direito de defesa** em favor daqueles **que sofrem** uma acusação penal.

Daí a razão pela qual, **a meu ver**, **a instauração** de mera investigação penal, por iniciativa **e** sob a responsabilidade do Ministério Público, **nenhum** gravame **impõe** à esfera de direitos **e** ao "*status libertatis*" do investigado, **eis que**, a este, assegurar-se-á, **sempre**, **o efetivo respeito** às garantias do contraditório, da bilateralidade do juízo **e** da plenitude de defesa, **uma vez promovida**, "*in judicio*", **a fase processual** da persecução penal.

Disso decorre que os **subsídios** ministrados pelas investigações policiais **ou** por aquelas promovidas **pelo Ministério Público** ou por CPI, que são **sempre** unilaterais **e** inquisitivas – **embora suficientes** ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, **não bastam**, enquanto isoladamente considerados, **para justificar** a prolação, pelo Poder Judiciário, **de um ato de condenação penal**.

Impõe-se referir, ainda, **as considerações** doutamente expostas pelo eminente Professor Luís Roberto Barroso, **cujo parecer**, **oferecido nos autos do Inq 1.968/DF**, **ao versar** a questão pertinente à investigação penal pelo "*Parquet*", **conclui**, em manifestação **aprovada** pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, **pela legitimidade constitucional** do "*desempenho* ***eventual*** *da atividade investigatória por parte do Ministério Público*":

> *(...)* ***é igualmente verdadeiro*** *que o sistema constitucional* ***não instituiu*** *o monopólio da investigação criminal* ***por parte da Polícia****. A própria Constituição* ***contempla*** *hipóteses de investigação* ***por outros*** *órgãos,* ***como ocorre****, por exemplo, com as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º)* ***e*** *com o Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71). A legislação infraconstitucional* ***prevê*** *ainda* ***outras*** *hipóteses que sempre foram admitidas como constitucionais.* ***Também não parece decorrer*** *do texto constitucional* ***uma vedação expressa ou implícita*** *ao desempenho* ***eventual*** *da atividade investigatória* ***por parte do Ministério Público****. Com efeito,* ***colhe-se*** *na letra expressa do art. 129, IX, da Constituição a possibilidade de o Ministério Público desempenhar outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada "a representação judicial e a consultoria de entidades públicas".*
>
> ***Restaram assentadas****, portanto,* ***duas premissas****: o sistema constitucional* ***reservou*** *à Polícia o papel central na investigação penal,* ***mas não vedou*** *o exercício eventual de tal atribuição* ***pelo Ministério Público****. A atuação do "****Parquet****" nesse particular, portanto,* ***poderá*** *existir,* ***mas deverá ter caráter excepcional****. Vale dizer:* ***impõe-se*** *a identificação de circunstâncias particulares que legitimem o exercício dessa competência atípica. (...)*
>
> (**Grifei.**)

Irretocável, sob tal aspecto, **decisão** emanada do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **cujo pronunciamento** – **embora** atribuindo caráter

extraordinário ao poder investigatório do Ministério Público – **reconhece**, ao "*Parquet*", **a possibilidade** de legitimamente exercer, **por direito próprio**, essa competência institucional:

> ***O poder*** *para abrir inquérito policial a fim de investigar ações criminosas é,* ***em regra****, atribuição da autoridade policial,* ***porém****,* ***excepcionalmente****,* ***poderá a investigação*** *ser procedida* ***pelo próprio*** *Ministério Público,* ***pois*** *é a instituição encarregada de zelar pela observação correta da execução da lei (...)*
> (**RT 745/684**, Rel. Juiz FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA – **Grifei.**)

Reconheço, pois, **que se reveste** de legitimidade constitucional **o poder** de o Ministério Público, **por direito próprio**, promover investigações penais, **sempre sob a égide** do princípio da subsidiariedade, **destinadas a permitir**, aos membros do "*Parquet*", **em hipóteses específicas** (**quando** se registrarem, *por exemplo*, situações de lesão ao patrimônio público **ou**, então, **como na espécie**, **excessos** cometidos pelos próprios agentes **e** organismos policiais, **como** tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão **ou** corrupção, **ou**, ainda, **nos casos** em que se verificar **uma intencional omissão** da Polícia **na apuração** de determinados delitos **ou se configurar** o deliberado **intuito da própria** corporação policial **de frustrar**, em função da qualidade da vítima **ou** da condição do suspeito, **a adequada apuração** de determinadas infrações penais), **a possibilidade de coligir** dados informativos **para o ulterior** desempenho, por Promotores **e** Procuradores, de sua atividade persecutória **em juízo penal**.

Cumpre referir, no ponto, **ante** a sua extrema pertinência, **as observações** feitas pelo eminente Professor CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, **a propósito da legitimidade constitucional** do poder investigatório do Ministério Público:

> ***Confiar****, em função de uma operação hermenêutica singela,* ***o*** *"****monopólio****" da investigação criminal preliminar* ***a um único órgão****, no caso a polícia judiciária,* ***equivale a colocar*** *uma pá de cal nos avanços que a cooperação* ***e****, em determinadas circunstâncias,* ***o compartilhamento*** *de tarefas tem possibilitado.* ***O país tem avançado****, ninguém pode negar.* ***A instituição ministerial*** *tem acertado* ***mais*** *do que errado.* ***As eventuais falhas*** *podem ser corrigidas* ***pela ação concertada*** *dos membros do Ministério Público, ou em virtude da manifestação do legislador.* ***O modelo****, todavia,* ***haverá de ser preservado****.*
>
> *A Constituição de 1988* ***desenha*** *o novo Estado brasileiro* ***a partir*** *de um nítido perfil democrático,* ***desafiando****, para o que aqui interessa,* ***a correta compreensão*** *das competências conferidas aos órgãos encarregados de sua defesa.* ***Neste caso****, o modelo adotado* ***não é mais*** *o das atividades radicalmente apartadas,* ***mas****, antes,* ***o da cooperação****,* ***o das interferências****,* ***o da interpenetração e****, mesmo, em determinados casos,* ***o do compartilhamento****. Da leitura pertinente da Constituição vigente, operacionalizada por uma "teoria constitucionalmente adequada" ao nosso espaço-tempo,* ***infere-se****, inegavelmente,* ***a possibilidade****, em hipóteses justificadas, pontuais, e transparentes à luz da "razão pública",* ***das investigações*** *de natureza criminal,* ***conduzidas pelo Ministério Público****. Afinal, o inquérito policial, este sim instrumento* ***exclusivo*** *da autoridade policial, não consome todas as hipóteses de investigação.* ***Trata-se****, com efeito,* ***de apenas*** *uma delas,* ***sendo certo que as investigações****,* ***mesmo*** *com repercussão criminal,* ***podem ser desenvolvidas*** *das*

mais variadas formas no contexto da normativa constitucional vigente. O direito compreendido como "integridade" haverá de reconhecer o fato ***e dele extrair*** *a inevitável consequência: –* ***sim****,* ***o Ministério Público****, autorizado pela Constituição Federal,* ***pode****, quando haja fundamento para tanto,* ***conduzir*** *investigações criminais.* ***A discussão*** *que haverá de ser travada, portanto,* ***não envolve*** *a "possibilidade",* ***mas****,* ***sim****,* ***os*** *"****limites****"* ***da atividade****.*
(**Grifei.**)

Esta **última** observação, **no sentido** de que o debate da controvérsia em exame **envolve**, substancialmente, **a necessidade** de discutir **os limites** da atividade investigatória do Ministério Público, **leva-me**, na conclusão deste voto, **a expender algumas reflexões** em torno da matéria.

E, ao fazê-lo, **impõe-se reconhecer** que os membros do Ministério Público, **no desempenho** dessas atribuições investigatórias, estão **necessariamente** sujeitos às **limitações** fundadas em nosso sistema constitucional **e decorrentes** do ordenamento positivo que nele se acha estruturado, **de tal modo** que as pessoas **submetidas** às investigações penais **realizadas** pelo Ministério Público **poderão opor-lhe** os direitos **e** as prerrogativas **de que são titulares**, especialmente **se** se considerar **que inexistem**, em um Estado fundado em bases democráticas, poderes absolutos **ou** ilimitados, **como esta Suprema Corte** já teve a possibilidade de advertir (**RTJ 173/805-810**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**).

Isso significa, portanto, **no quadro** da própria declaração constitucional de direitos, **que as pessoas** sob investigação penal do Ministério Público **poderão** exercer, **sem possibilidade** de ilegítima restrição, **dentre outros**, determinados direitos e garantias, cuja observância **já lhes é assegurada** no contexto **de qualquer** inquérito policial **ou** procedimento investigatório **instaurado** no âmbito do aparelho de Estado.

Reconheço, desse modo, **que o Ministério Público**, nas investigações penais que promova por direito próprio, **e sem prejuízo da permanente possibilidade de controle jurisdicional** de seus atos, **não poderá desrespeitar o direito ao silêncio**, que assiste **a qualquer** investigado (**RTJ** 141/512 – **RTJ** 173/805 – **RTJ** 176/805 – **RTJ** 176/1306), **nem poderá determinar-lhe** que produza provas contra si mesmo, **considerada** a prerrogativa constitucional **contra** a autoincriminação (**RTJ** 163/626 – **RTJ** 172/929 – **RTJ** 180/1001), **nem constrangê-lo a participar** da reconstituição do crime **ou** da reprodução simulada dos fatos delituosos (**RTJ** 127/461 – **RTJ** 142/855), **nem lhe recusar o conhecimento** das razões **motivadoras** do procedimento investigatório contra ele instaurado, **nem submeter** o investigado a providências **restritivas** de direitos **que reclamem**, para sua legítima efetivação, **ordem judicial** (**vedado**, desse modo, ao Promotor de Justiça **ou** ao Procurador da República, **ordenar**, por autoridade própria, **medidas** de busca e apreensão **ou** de condução pessoal coercitiva), **nem impedir** que o investigado, **quando solicitada** a sua presença **perante** o representante do "*Parquet*", **faça-se acompanhar** de Advogado, **a quem incumbirá** dar-lhe integral assistência jurídica.

Cabe advertir, ainda, que, **à semelhança** do que se registra no inquérito policial, o procedimento investigatório **instaurado** pelo Ministério Público **deverá** conter **todas** as peças, termos de declarações **ou** depoimentos **e** laudos periciais **que tenham sido** coligidos **e** realizados **no curso** da investigação, **não podendo**, o representante do "*Parquet*", **sonegar**, **selecionar ou deixar de juntar**, aos autos, **quaisquer** desses elementos de informação, **cujo conteúdo**, por referir-se ao objeto da apuração penal, **deverá** ser tornado **acessível** à pessoa sob investigação.

Assiste, portanto, ao investigado, **bem assim** ao seu Advogado, **o direito de acesso** aos autos, **podendo examiná-los**, **extrair** cópias **ou tomar** apontamentos (**Lei 8.906/1994**, art. 7º, XIV), **observando-se**, quanto a tal prerrogativa, **orientação consagrada** em decisões proferidas **por esta** Suprema Corte (**Inq 1.867/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 23.836/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, ***v.g.***), **mesmo quando** a investigação esteja sendo processada em caráter sigiloso, **hipótese** em que o Advogado do investigado, **desde que por este constituído**, **poderá ter acesso** às peças **que instrumentalizem** prova **já produzida** nos autos (**Súmula Vinculante** 14/STF), **tal como esta Corte decidiu no julgamento do HC 82.354/PR**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE:

> ***Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado*** *– interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –,* ***é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado***, ***de acesso*** *aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (****Lei 8.906/1994****, art. 7º, XIV),* ***da qual*** *– ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas –* ***não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo****: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações,* ***de modo*** *a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.*
>
> ***A oponibilidade ao defensor constituído*** *esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (****CF****, art. 5º, LXIII),* ***que lhe assegura****, quando preso,* ***e pelo menos lhe faculta****, quando solto,* ***a assistência técnica*** *do advogado, que este não lhe poderá prestar* ***se lhe é sonegado*** *o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.*
>
> ***O direito do indiciado****, por seu advogado,* ***tem por objeto*** *as informações* ***já introduzidas nos autos*** *do inquérito,* ***não*** *as relativas à decretação* ***e*** *às vicissitudes da execução de diligências* ***em curso*** *(****cf. Lei 9.296****, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências);* ***dispõe****, em consequência a autoridade policial de meios legítimos* ***para obviar*** *inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.*
>
> (**Grifei.**)

Cabe assinalar, neste ponto, **um outro aspecto relevante** do tema ora em análise, **considerados os diversos** elementos probatórios **já produzidos** nos autos da persecução penal **e**, portanto, **a estes já formalmente incorporados**. **Refiro-me ao postulado da comunhão da prova**, cuja eficácia projeta-se **e** incide **sobre todos** os dados informativos, que, **concernentes** à "*informatio delicti*", **compõem** o acervo probatório **coligido** pelas autoridades **e** agentes estatais.

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

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

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

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

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

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

pertençam a todos *os sujeitos processuais,* ***ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas****.*
(**Grifei.**)

É por tal razão que se impõe assegurar, à pessoa investigada, **por intermédio** dos patronos que constituir, **o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada** aos autos da persecução penal em causa, **mesmo porque** o conhecimento do acervo probatório **pode revestir-se** de particular relevo para a sua própria defesa.

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

O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, **é impedir que o indiciado** (**ou aquele** sujeito a investigação penal) **tenha pleno acesso** aos dados probatórios, que, **já documentados** nos autos (**porque** a estes formalmente incorporados), **veiculam** informações **que possam revelar-se úteis** ao conhecimento da verdade real **e** à condução da defesa da pessoa investigada **ou** processada pelo Estado, **ainda** que o procedimento de persecução penal esteja submetido a regime de sigilo.

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

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

Impende destacar, ainda, **ante** a sua inquestionável relevância, que o Ministério Público, nos procedimentos de investigação penal por ele instaurados, **também não poderá** intimar o Advogado, **para**, **na condição** de testemunha, **depor** sobre fato relacionado **com a pessoa** de seu cliente, **eis que incide**, sobre esse profissional do Direito, **considerada a relação de confidencialidade** que mantém com o seu constituinte, **o dever de recusar-se a depor** em tal situação, **como resulta claro** do art. 7º, **inciso** XIX, da Lei 8.906/1994.

Foi por tal razão que esta Suprema Corte, o E. Superior Tribunal de Justiça **e** outros Tribunais judiciários **proferiram**, a respeito desse tema, **decisões que confirmam** o entendimento ora exposto:

> ***Processo penal. Sigilo profissional. Advogado. Pode e deve o advogado recusar-se*** *a comparecer* ***e a depor como testemunha****, em investigação* ***relacionada*** *com a alegada falsidade de documentos,* ***provenientes*** *de seu constituinte,* ***que juntou*** *em autos judiciais* ***(…).***
> (**RTJ 88/847**, Rel. p/ o ac. Min. DÉCIO MIRANDA – **Grifei.**)

> ***PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO. TESTEMUNHA. RECUSA. SIGILO PROFISSIONAL. ARTIGO 7º****, XIX, LEI 8.906/94.*
> ***É direito do advogado*** *"****recusar-se*** *a depor* ***como testemunha*** *em processo* ***no qual*** *funcionou* ***ou*** *deva funcionar,* ***ou*** *sobre fato relacionado com pessoa de quem seja* ***ou*** *foi advogado,* ***mesmo quando*** *autorizado ou solicitado pelo constituinte,* ***bem como*** *sobre fato que constitua sigilo profissional".*
> *Agravo regimental improvido.*
> (**AP 206-AgR/RJ**, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA – **Grifei.**)

> ***CONSTRANGIMENTO ILEGAL – Ameaça – Advogado intimado a depor*** *na Polícia sobre fatos* ***atribuídos*** *a seu cliente,* ***sob pena*** *de ser envolvido em inquérito por desobediência –* ***Inadmissibilidade – Violação do sigilo profissional*** *– Decisão* ***concessiva*** *de "habeas corpus"* ***mantida*** *(...).*
> ***É direito do advogado recusar-se a depor como testemunha*** *em processo* ***no qual funcionou ou deva funcionar****,* ***ou*** *sobre fato* ***relacionado*** *com pessoas* ***de quem seja ou foi advogado****, mesmo quando autorizado* ***ou*** *solicitado pelo constituinte.* ***E****, como consequente direito,* ***negar-se a informar*** *o que constitua sigilo profissional.*
> (**RT 547/289**, Rel. Des. MARINO FALCÃO – **TJSP** – **Grifei.**)

> ***SIGILO PROFISSIONAL – Invocação, por advogado, ao escusar-se de depor – Admissibilidade*** *– Nulidade inexistente – Preliminar repelida (...).*
> *(...)*
> ***O advogado, que se escusa de depor*** *no plenário do Tribunal do Júri,* ***sobre matéria pertinente ao seu relacionamento profissional com o ex-cliente****, que está sendo julgado,* ***cumpre****,* ***antes*** *de mais nada,* ***o dever de guardar*** *sigilo profissional (...).*
> (**RT 523/438-439**, Rel. Des. IVO SELL – **TJSC** – **Grifei.**)

Não custa rememorar, ainda, **que o sigilo profissional** é inteiramente **oponível** ao representante do Ministério Público – **tanto** quanto **a qualquer**

outra autoridade **ou** agente do Estado – **no curso** do procedimento investigatório **conduzido** pelo "*Parquet*", **valendo referir**, no ponto, **importante decisão** emanada do E. Superior Tribunal de Justiça:

> ***O sigilo profissional*** *é exigência fundamental da vida social* ***que deve ser respeitado*** *como princípio de ordem pública,* ***por isso mesmo*** *que o Poder Judiciário* ***não dispõe*** *de força cogente* ***para impor a sua revelação, salvo*** *na hipótese de existir* ***específica*** *norma de lei formal* ***autorizando*** *a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie.*
>
> ***O interesse público do sigilo profissional decorre*** *do fato de se constituir em um elemento* ***essencial*** *à existência* ***e*** *à dignidade de certas categorias,* ***e à necessidade*** *de se tutelar a confiança nelas depositada,* ***sem o que seria inviável*** *o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social.*
>
> ***Hipótese*** *em que se exigiu da recorrente – ela que tem notória especialização em serviços contábeis e de auditoria e não é parte na causa – a* ***revelação*** *de segredos profissionais obtidos quando anteriormente prestou serviços à ré da ação.*
>
> *Recurso* ***provido****, com a* ***concessão*** *da segurança.*
>
> (**RMS 9.612/SP**, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA – **Grifei.**)

Mostra-se relevante enfatizar, de outro lado – **consideradas** as observações que venho de registrar neste voto **quanto às limitações que incidem** sobre o poder investigatório do Ministério Público, **e que lhe são plenamente oponíveis** por qualquer pessoa que por ele esteja sendo investigada – **que a autoridade** da Constituição **e a força** das leis **não se detêm no limiar** dos gabinetes dos Promotores de Justiça **e** dos Procuradores da República, **como se tais agentes** do Estado, **subvertendo** as concepções **que dão significado democrático** ao Estado de Direito, **pudessem** constituir um universo diferenciado, **paradoxalmente imune** ao poder do Direito **e infenso** à supremacia da Lei Fundamental da República.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, **a unilateralidade** da investigação penal – **tanto a dirigida** pelo Ministério Público **quanto a conduzida** pelos organismos policiais – **não tem** o condão **de abolir** os direitos, **de derrogar** as garantias, **de suprimir** as liberdades **ou de conferir**, aos representantes do "*Parquet*", **poderes absolutos** (de todo inexistentes) na produção da prova **e** na pesquisa dos fatos.

Daí porque incidem, **sobre** o Ministério Público, **as limitações** de ordem jurídica que venho de referir, **sob pena de desvalia** dos elementos de informação coligidos **e** produzidos **com desrespeito** aos direitos e garantias da pessoa investigada.

Sendo assim, e tendo em considerações as razões expostas, **indefiro o pedido** de "*habeas corpus*", **por entender** que o Ministério Público **dispõe** de competência para promover, **por autoridade própria**, investigações de natureza penal, **desde que respeitados**, pelo "*Parquet*", os direitos **e** garantias **que assistem** a qualquer indiciado **ou** a qualquer pessoa **sob investigação** do Estado, **observadas**, sempre, **pelos agentes** do Ministério Público, **as prerrogativas profissionais** de que se acham investidos, em nosso País, **os Advogados** (**Lei 8.906/1994**, art. 7º,

notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), **sem prejuízo** da possibilidade – **sempre presente** no Estado Democrático de Direito – **do permanente** (e inafastável) **controle jurisdicional dos atos praticados** pelos Promotores de Justiça **e** Procuradores da República.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, eu vou acompanhar o magnífico, exemplar voto do Ministro Celso de Mello. Já me manifestei a respeito do tema anteriormente, no HC 84.071 e no Inq 1.968.

Eu apenas observaria duas coisas: primeiro, que esse caso é exemplar porque dá conta do exercício da covardia, quando a besta humana é posta em ação e a essência dos direitos humanos é triturada. Isso é lamentável.

O segundo ponto que eu gostaria de observar respeita única e exclusivamente ao fato de que, nessas ocasiões em que me manifestei sobre o tema, eu não adotei o argumento dos poderes implícitos; afirmei então que a questão era outra. O inquérito policial é uma das modalidades de investigação criminal; é um procedimento de investigação criminal, no entanto, é dispensável, porque o Ministério Público pode apresentar denúncia penal independentemente dele.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **A *teoria*** *dos poderes implícitos*, eminente Ministro EROS GRAU, **tal como exposta** por Rui Barbosa, John Marshall (*McCulloch vs. Maryland*, 1819), João Barbalho, Castro Nunes e Oswaldo Trigueiro, dentre outros, **representa apenas um** dos fundamentos por mim invocados, **sem prejuízo** de outros referidos **ao longo** do meu voto, **expressando**, quanto a esses outros aspectos, **a linha** de pensamento de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu é que estou na mesma linha de Vossa Excelência, o que me reconforta sempre.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, também eu acompanho o Relator, lembrando que proferi voto na mesma linha no Inq 1.968, cerca de quatro, cinco anos atrás.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Da mesma forma eu, louvo o brilhante voto do eminente Ministro Celso de Mello, que dele nos deu apenas uma amostra. Sua Excelência resumiu o extenso trabalho feito, que, certamente, servirá como parâmetro para a atuação do Ministério Público e também como um precioso precedente para esta Casa.

Sua Excelência me fez a gentileza de mencionar precedente da minha lavra, o qual também corre na mesma linha. Portanto, indefiro igualmente a ordem de *habeas corpus.*

EXTRATO DA ATA

HC 89.837/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Emanoel Loureiro Ferreira. Impetrantes: Jason Barbosa de Faria e outro. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, 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 95.960 — PR

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Pacientes: Everson Oreley da Silva ou Everson Orley da Silva e outros e Jeferson Luiz Maciel — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Aplicação da pena. Crime tentado. Redução da pena. Critérios. Ordem concedida.**

1. No mais forte reconhecimento do clássico princípio da correlação ou correspondência entre o crime e a pena, o Código Penal estabelece que a reprimenda para os delitos tentados é menor do que aquela aplicável aos delitos consumados.

2. A redução constante do parágrafo único do art. 14 do Código Penal é de ser equacionada de acordo com o *iter criminis* percorrido pelo agente.

3. No caso, as instâncias competentes assentaram que o delito de roubo não se consumou, dando-se que a ação delitiva "ficou entre um extremo e outro". Pelo que se revela acertada a decisão que deu pela redução de metade da pena.

4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir o pedido de *habeas corpus*, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos os Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 14 de abril de 2009 — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que manteve a redução da pena imposta aos pacientes (em função da tentativa) no seu percentual mínimo. Esta a ementa do julgado:

> Roubo circunstanciado (caso). Tentativa (causa de diminuição da pena). Critério (*iter criminis*). Consumação (proximidade).
>
> 1. Quando a conduta criminosa beirar os limites da consumação do delito, não se aperfeiçoando o resultado por circunstâncias alheias à vontade do agente, a redução da pena será na menor proporção.

2. Caso em que se verifica proximidade entre o fato e o resultado perseguido pelo réu. Assim, aplicável a diminuição da pena no grau mínimo (um terço).

3. Agravo regimental improvido.

2. Pois bem, a Defensoria Pública da União postula a redução da pena imposta ao paciente. O que faz sob a alegação de que, no tocante ao delito de roubo, em sua modalidade tentada, "a conduta dos pacientes esteve mais próxima do início do *iter criminis* que do final". Pelo que requer a incidência, no caso, do maior percentual de redução previsto pelo parágrafo único do art. 14 do CP para os crimes tentados (1/2 da pena).

3. Prossigo neste relato da causa para anotar que os pacientes foram condenados por três delitos de roubo, cometidos em concurso material. A impetração questiona a pena imposta ao terceiro delito, cuja consumação não aconteceu. Delito assim narrado pela denúncia (fl. 11):

> No dia 08 de maio de 2004, por volta das 21 horas, em via pública, na Rua José Teixeira de Melo, nas proximidades do número 106, Fazendinha, nesta Capital, os denunciados *Eder Rodrigues dos Santos* e *Everson Orley da Silva*, previamente ajustados e com unidade de desígnios, com inequívoco ânimo de assenhoramento definitivo, mediante grave ameaça contra a vítima Paulo Sérgio Pereira, exercida com emprego de um revólver calibre 38, marca taurus, com número de série raspado (auto de apreensão de fl. 16), subtraíram, para si, 01 (uma) moto Yamaha 125K, cor preta, ano 2003, Placa ALN-7367, devidamente apreendida (auto de apreensão de fl. 15) avaliada em R$ 4.000,00 (quatro mil reais – auto de avaliação de fl. 25) de propriedade da vítima acima referida (auto de entrega de fl. 28), enquanto os denunciados acima citados subjugavam a vítima, o denunciado *Jeferson Luiz Maciel* dava "cobertura" utilizando o veículo Chevette azul de placas ADJ-5207, de sua propriedade, para garantir a execução do delito, não consumando seus intentos criminosos por circunstâncias alheias às suas vontades, consistente no fato de a moto, objeto do crime, possuir um sistema de segurança que travou a mesma, impossibilitando a sua locomoção.

4. Averbo que as instâncias competentes entenderam provados os fatos narrados na inicial acusatória. Sendo certo que, ao julgar os apelos defensivos, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná consignou o seguinte:

> Na redução da pena pela modalidade tentada do terceiro fato, a Meritíssima Juíza diminuiu a reprimenda, pelo terceiro fato, em 1/3 (um terço), quando da aplicação da causa especial de diminuição, pelo reconhecimento da tentativa.
>
> Nesse ponto, estão certas as defesas, pois como disse a própria vítima *Paulo Sérgio*, a motocicleta tinha um dispositivo, que impedia que fosse em frente, sendo deixada no meio da quadra (fl. 142). Ademais, a ação estava sendo acompanhada pelas outras vítimas, Rodrigo e Elaine, visualizando o momento em que a própria moto não mais poderia ser acionada, apenas carregada ou empurrada.
>
> (...)
>
> Nesse aspecto, entendo que a ação delitiva ficou entre um extremo e outro, não podendo, assim, a sanção ficar no mínimo nem no máximo, mas num meio termo, da reprimenda.
>
> (Voto condutor do acórdão, fl. 41.)

5. À derradeira, anoto que a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Ultimado o relatório, passo ao voto. Fazendo-o, consigno, de saída, que a capitulação da conduta como crime tentado, ou como delito consumado, não está em jogo. O que se discute neste *habeas corpus* é, tão somente, o percentual de redução da pena.

8. Ora, nos termos do art. 14 do Código Penal o crime é tentado

> (...) quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.
>
> Parágrafo único. **Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.** (Grifei.)

9. Como se vê, no mais forte reconhecimento do clássico princípio da correlação entre o crime e a pena[1], o Código Penal estabelece que a reprimenda para os crimes tentados é menor do que aquela aplicável aos delitos consumados. Embasada neste mesmo vetor, a doutrina é firme no sentido de que a definição do percentual da redução da pena levará em conta "apenas e tão somente o *iter criminis* percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 180)

10. Tal maneira de equacionar a resposta punitiva do Estado aos delitos tentados, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli[2], foi assim desenvolvida por Francesco Carrara:

> (...) um princípio de adequação entre fato e pena, sendo esta uma tutela jurídica, deve estar de acordo com a gravidade da infração penal (...). Quanto menor for a série de atos que restarem por praticar, no afã de consumar o delito, tanto maior será a qualidade da tentativa, tanto maior terá sido o perigo e tanto maior deverá ser, por consequência, a imputação nesse sentido. A diminuição da imputação da tentativa caminha sempre numa relação proporcional à imputação que seria dada ao delito se perfeito fosse e em relação à qualidade e quantidade da própria tentativa.

---

[1] "Em nome do princípio da proporcionalidade, impõe-se, assim, que a pena, a ser cominada ou a ser imposta, guarde justa proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, objetivando orientar a criminalização de comportamentos pelo legislador, bem como a sua aplicação pelo juiz, quando da sentença (...)." (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 28).

[2] In: *Da tentativa*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 130.

11. Dito isso, averbo que a interpretação que melhor atende à ideia-força de proporcionalidade entre o crime e a pena é aquela desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Tribunal que, reafirmo, entendeu ser a redução de metade da pena a cabível no caso, pois "a ação delitiva ficou entre um extremo e outro, não podendo, assim, a sanção ficar no mínimo nem no máximo, mas num meio termo, da reprimenda" (fl. 41).

12. Pois bem, tenho que tal equacionamento da causa é o que mais se aproxima do quadro fático, assentado pelas instâncias competentes. Isso porque, logo após o emprego da grave ameaça e início do apossamento da moto, os agentes, contra sua vontade, foram impedidos de prosseguir na execução do crime. E o que impediu a consumação do crime? O dispositivo de segurança que cortou a transmissão de combustível, paralisando a moto, instantes depois do início da execução do delito. Tanto que a moto parou "no meio da quadra", sendo toda a ação acompanhada pelas vítimas. Vítimas que visualizaram "o momento em que a própria moto não mais poderia ser acionada, apenas carregada ou empurrada" (voto condutor do acórdão do TJPR, fl. 41).

13. Esse o quadro, concedo a ordem. O que faço para restabelecer o acórdão do TJPR.

14. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, vou pedir vênia a Vossa Excelência para divergir.

Essa hipótese, a meu sentir, não é diferente daquela outra que já julgamos aqui, em que houve a posse do bem furtado e, logo em seguida, essa posse foi obstada pela ação de policiais que logo perseguiram o agente do ato ilícito e devolveram o bem à vítima.

Não vejo nenhuma diferença, com a devida vênia de Vossa Excelência, entre essa hipótese e aquela outra que julgamos, ficando vencido, se não me falha a memória, o eminente Ministro **Marco Aurélio**, que sempre entendeu que, nesses casos, havia necessidade efetiva de que o bem fosse realmente subtraído da vítima. Tivemos uns três ou quatro casos.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente e Relator): Só lembro que o STJ manteve a tese da tentativa.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu sei. Estou dizendo a Vossa Excelência só que não estou vendo nenhuma diferença entre essa hipótese e aquela que julgamos aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A tentativa não está em jogo neste caso. É pacífica. Discute-se apenas a diminuição da pena.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente e Relator): Sim, só isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E o objeto não foi retirado do local.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente e Relator): Ou seja, a tentativa não está em jogo.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mesmo nessa circunstância, eu estou dizendo que não vejo nenhuma dessemelhança entre essa hipótese e aquela outra. Estou mantendo a decisão do STJ, ou seja, nos termos em que ele formulou, reformando a decisão do Tribunal do Paraná.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Menezes Direito.

Neste caso, como o que está em jogo não é a tentativa – aquela ideia que discutimos aqui, e os casos que discutimos em que isso alteraria –, a meu ver, não se põe essa questão. Coloca-se, realmente, no caso, a parte da verificação da pena, a diminuição.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Se Vossa Excelência me permitir, somente para esclarecer, lerei o trecho, pelo menos é o que está no parecer do Ministério Público, uma vez que não tive acesso aos autos. O Superior Tribunal de Justiça disse o seguinte:

> Quanto à diminuição da pena pela tentativa, deve-se considerar o *iter criminis* percorrido pelo agente. Eis o trecho da denúncia:
>
> "(...) não consumando seus intentos criminosos por circunstâncias alheias as suas vontades, consistente no fato da moto, objeto do crime, possuir um sistema de segurança que 'travou' a mesma impossibilitando a sua locomoção."
>
> Com efeito, os recorridos muito se aproximaram do ato final de seus intentos delitivos. O empecilho para tal foi unicamente o sistema de segurança do veículo. A propósito, vejam-se os seguintes precedentes (...)

Ou seja, essa hipótese é, exatamente, pelo menos na minha compreensão, a mesma hipótese dos outros casos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência entende que o Superior Tribunal de Justiça poderia, inclusive, ter afastado a tentativa?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Poderia ter afastado a tentativa.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente e Relator): Ir além e considerar consumado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas não foi; o que eu tenho é que não foi.

O Sr. Ministro Menezes Direito: E podia por quê? Porque o recurso foi do MP. O recurso é do Ministério Público. Em recurso do Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça iria examinar o recurso do Ministério Público e provê-lo integralmente. O que ele fez foi prover o recurso para manter a pena originalmente imposta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal de Justiça confirmou a sentença do Juízo quanto à redução pela metade.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Não, ele reduziu a pena.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal de Justiça não confirmou? Então percebi mal.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Não, o Juiz condenou para oito anos e dez anos. Aí subiu para o Tribunal do Paraná, e o Tribunal reduziu. Houve recurso do Ministério Público ao Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça proveu o recurso do Ministério Público entendendo que, realmente, havia a consumação, ou seja, não caberia a redução da pena pela tentativa.

O que estou manifestando, aliás, como sempre faço, seguindo Vossa Excelência na coerência, é que eu votei, em hipótese assemelhada, exatamente nessa direção.

Lembro-me que Vossa Excelência até fez uma observação, naquele instante, extremamente forte e procedente, no sentido da tese que Vossa Excelência defendia e que essa circunstância de ter sido impedida a continuação ou a posse definitiva do bem que foi subtraído da vítima não configurava o crime consumado, porque precisava haver a subtração. O fato de ser sido apreendido logo em seguida não dava ensanchas a se entender que havia consumação. Aí Vossa Excelência aplicou; o que é uma tese extremamente forte.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Assalto em um farol com subtração de um telefone celular e perseguição imediata.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Isso, foi exatamente isso; perseguição imediata.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Só não concordo com Vossa Excelência em um dado: a argumentação não foi forte, senão teria convencido meus Pares!

O Sr. Ministro Menezes Direito: Só para dizer a Vossa Excelência que é forte porque foi substantiva, é uma posição muito substantiva. Não estou conseguindo visualizar, com todo o respeito, a diferença neste caso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, Vossa Excelência mantém a redução.

O Sr. Ministro Menezes Direito: No caso, quem impediu foi a circunstância de a moto ter o selo de segurança. No outro caso, quem impediu foi o policial que estava presente e, logo em seguida, obteve.

Como o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não cabia a aplicação da pena em razão da tentativa, porque havia já prosseguido no feito até quase a sua consumação, o impedimento é semelhante àquele outro impedimento da polícia, que, numa perseguição imediata, conseguiu reaver o roubado.

Por esse motivo, estou mantendo a decisão do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que, até como Vossa Excelência objetou tão bem, poderia o Tribunal, se tivesse havido o recurso nessa parte, ter até agravado.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente e Relator): É, poderia. A minha dificuldade é que se assentou a tentativa no STJ.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se lá estivesse, não com o meu voto!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: No caso, assentou a tentativa.

O Sr. Ministro Menezes Direito: É só para justificar. Peço perdão à Ministra **Cármen Lúcia**; é só para poder justificar a fundamentação do meu voto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, por favor, de modo algum; Vossa Excelência traz sempre ótimos subsídios. Ao contrário, eu até agradeço.

No entanto, mantenho o meu entendimento porque, como o Superior Tribunal assentou a tentativa, eu estaria inclusive, creio, neste caso, piorando a situação do paciente aqui. Apesar de o Superior Tribunal de Justiça não ter, neste caso, entrado na questão, mas assentou dessa forma, não é isso, Ministro Presidente?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente e Relator): Seria um *habeas corpus* contra o paciente, sem dúvida.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, por essa razão, peço vênia ao Ministro Menezes Direito para acompanhar, neste caso, o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência, por razões que eu explicitarei em brevíssimas palavras.

Em primeiro lugar, eu tenho dúvidas se é possível avaliar-se o quanto o roubador percorreu do *iter criminis* no *habeas corpus*, porque, de certa maneira, estar-se-ia revolvendo fatos e provas. Esse é um primeiro aspecto.

Segundo: eu entendo que a variação do percurso feito pelo roubador é eminentemente subjetiva. É difícil se precisar se percorreu até a metade ou se percorreu dois terços do *iter criminis*.

No entanto, como tenho defendido, aqui, a tese de que, no roubo, a simples inversão da posse da *res* já caracteriza o roubo consumado, neste caso, peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar a decisão do STJ e entender que a redução de um terço é a adequada.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Antes de o Ministro Marco Aurélio votar, se me permitir, apenas quero afirmar as razões do meu voto: também considero que a inversão da posse determina a consumação. Porém, parto de que o Superior Tribunal não entrou nessa questão e não posso mais entrar.

Por isso acompanho o Relator, sem mudar de posição, ainda. Posso até vir a mudar, convencendo-me disso.

Apenas quis registrar a coerência nessa questão.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente e Relator): Também penso dessa forma e assim tenho decidido.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a exacerbação da pena ocorreu em sede extraordinária. Só esse dado, para mim, gera presunção de erronia, no que se conheceu do especial e se proveu esse especial, quando a derradeira instância ordinária, apreciando os fatos, assentou que a diminuição correta entre um terço e dois terços seria da ordem da metade. E já diziam os antigos que a virtude está no meio-termo.

Acompanho Vossa Excelência no voto proferido.

EXTRATO DA ATA

HC 95.960/PR — Relator: Ministro Carlos Britto. Pacientes: Everson Oreley da Silva ou Everson Orley da Silva e outros e Jeferson Luiz Maciel. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator; vencidos os Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 14 de abril de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 96.011 — RS

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Paciente: Maria de Fátima Bordin Zílio — Impetrante: Walter Mendes Mucha — Coatora: Relatora do Recurso Especial 1028982 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Tráfico de drogas praticado na vigência da Lei 6.368/1976. Substituição da pena privativa de liberdade. Possibilidade. Análise dos respectivos requisitos. Competência do Tribunal de Justiça de origem, e não do Superior Tribunal de Justiça. Ordem parcialmente concedida. Concessão, ademais, de *habeas corpus* de ofício.**

A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no caso de tráfico de drogas praticado sob a vigência da Lei 6.368/1976, há muito foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (HC 89.976, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJE* de 24-4-2009; HC 91.600, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJE* de 6-9-2007; HC 84.715, de minha relatoria, *DJE* de 29-6-2007; e HC 85.894, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 28-9-2007, entre outros).

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça não se limitou a reconhecer tal possibilidade, chegando a analisar os próprios requisitos subjetivos para a substituição da pena (CP, art. 44, III), para ao final concluir que a paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Nesse contexto, impõe-se a concessão parcial da ordem, para anular a decisão impugnada, não por inteiro, mas apenas na parte em que apreciou os requisitos subjetivos do benefício pretendido, já que a Corte Superior não poderia ter examinado tais requisitos (previstos no inciso III do art. 44 do Código Penal), mas apenas ter-se limitado à análise da possibilidade ou não de, no caso, ser a pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos (HC 91.760, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 29-2-2008).

Impõe-se, ainda, a concessão de *habeas corpus* de ofício, para determinar (em conformidade com a orientação firmada no HC 91.600, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJE* de 6-9-2007, e no HC 85.894, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 28-9-2007) ao Tribunal de Justiça de origem que aprecie, como entender de direito, a satisfação ou não dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, bem como para confirmar a liminar deferida, a fim de que a paciente possa aguardar, em liberdade, a conclusão do seu julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de agosto de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Conforme resumi na decisão em que deferi o pedido de liminar,

> Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Maria de Fátima Bordin Zílio de decisão da Relatora do Recurso Especial 1.028.982, interposto ao Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa segue transcrita:
>
> "*Entorpecentes. Crime equiparado à hediondo. Inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990 declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Cabimento. Recorrente cumprindo pena de 4 anos de reclusão. Não preenchimento dos requisitos do art. 44, do Código Penal. Recurso a que se nega seguimento*."
>
> A paciente foi condenada por tráfico de entorpecentes (arts. 12 e 18, III, da Lei 6.368/1976) à pena de quatro anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais cinquenta dias-multa (fls. 29-31). A sentença, embora tenha apreciado as circunstâncias judiciais, nada mencionou quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
>
> Dessa condenação, a ré apelou, sem êxito, ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 33-56).
>
> Como o julgamento do TJRS não foi unânime, a acusada interpôs embargos infringentes, que foram improvidos. Nessa oportunidade, o TJRS apenas afirmou ser incabível, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade, sem, contudo, examinar os requisitos exigidos para tanto (fls. 58-62).
>
> Na sequência, interpôs-se recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, cujo seguimento foi negado pela Relatora, que entendeu haver "circunstância suficientemente desfavorável para inviabilizar a substituição pleiteada" (fls. 68-71). Segundo informa a inicial, tal decisão transitou em julgado, o que ensejou a prisão da condenada (fl. 15).
>
> Daí o presente *habeas corpus*, no qual se pede, liminarmente, a soltura da paciente. No mérito, busca-se a nulidade da decisão da Relatora do Recurso Especial 1.028.982, bem como o reconhecimento do direito de a condenada ter sua pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos, atribuindo-se ao juízo da execução penal a análise dos respectivos requisitos.
>
> Para tanto, argumenta-se, em síntese, que a decisão combatida é nula porque (1) proferida por desembargadora convocada, e não por ministro do STJ; (2) analisou os requisitos da substituição da pena privativa de liberdade, o que não foi objeto

do recurso especial, que discutiu somente o cabimento ou não da substituição; e (3) apreciou matéria de fato.
(Fls. 75-76.)

Depois disso, prestaram-se informações (fls. 97, 104-105 e 129-131) e o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, "apenas para reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (fls. 137-140).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no caso de tráfico de drogas praticado sob a vigência da Lei 6.368/1976, há muito foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica, por exemplo, no HC 89.976 (Rel. Min. Ellen Gracie, *DJE* de 24-4-2009), no HC 91.600 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJE* de 6-9-2007), no HC 84.715 (de minha relatoria, *DJE* de 29-6-2007) e no HC 85.894 (Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 28-9-2007), sendo o primeiro e o último julgados pelo Pleno.

Todavia, no caso, o STJ não se limitou a reconhecer a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direito. Embora a autoridade apontada como coatora tenha negado seguimento ao Recurso Especial 1.028.982, a decisão atacada foi além, chegando a analisar os próprios requisitos subjetivos da substituição da pena (CP, art. 44, III), para ao final concluir que, ante a existência de "circunstância suficientemente desfavorável para inviabilizar a substituição pleiteada (...), a recorrente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal" (fl. 102).

A questão relativa à possibilidade, ou não, de o STJ analisar os requisitos subjetivos contidos no art. 44, III, do Código Penal já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 91.760 (Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 29-2-2008). Ali ficou consignado que

> A discussão quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos surgiu apenas no momento em que o Superior Tribunal de Justiça afastou a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, e, em consequência, diminuiu para quatro anos a pena do paciente.
>
> Deveria o Superior Tribunal de Justiça, portanto, ter determinado que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região analisasse o preenchimento, ou não, dos requisitos subjetivos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.
>
> (...)
>
> **13**. Cumpre assinalar que, **mesmo se tivesse pedido expresso**, seria impertinente, no caso, a análise dos requisitos subjetivos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.
>
> (...)

Constitui análise reservada exclusivamente às instâncias de mérito afirmar, concretamente, se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias" indicam ser suficiente, ou não, a substituição da pena (Código Penal, art. 44, inciso III, do Código Penal).

(...)

Se as instâncias de mérito, entretanto, deixam de se manifestar especificamente quanto à substituição, outras, à primeira vista, seriam as possibilidades.

Pode-se, por exemplo, deferir a ordem, a fim de que as instâncias de mérito supram a omissão (Entre outros, o HC 83.092, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 29-8-2003), ou, na hipótese de ter sido a pena privativa de liberdade fixada no mínimo legal, se reconhecer, desde logo, o direito à substituição da pena (Nesse sentido, o HC 81.875, Rel. Min. Pertence, *DJ* de 13-9-2002, no qual esta Primeira Turma decidiu que "(...) impõe-se, de logo, a substituição da pena de detenção pela de multa, pois a fixação da privação da liberdade no mínimo da cominação legal implica reputar inexistentes os óbices legais ao seu deferimento, que, se existentes, teriam determinado a sua exacerbação").

Mas, se as instâncias de mérito, como no caso dos autos, apresentam qualquer fundamento que, em tese, pode impedir a substituição – embora sobre a questão não se manifeste expressamente –, parece-me que, somente por meio da ponderação em concreto daquelas circunstâncias, poder-se-ia afirmar descabido o benefício, o que ultrapassa os limites estreitos do *habeas corpus*. E a solução, nessa hipótese, somente poderia ser pela determinação de que as instâncias de mérito analisem, como entender de direito, a possibilidade, ou não, de ser a pena privativa de liberdade substituída.

14. Aqui, como visto, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região somente deixou de analisar a questão quanto à possibilidade de substituição da pena porque, mediante o acórdão que substituiu a sentença, entendera correta a incidência da agravante posteriormente afastada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Deve-se, pois, determinar que, **mantida a condenação**, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região prossiga no julgamento da apelação, para analisar, como entender de direito, se estão preenchidos os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade (...).

(...)

17. Pelo exposto, **encaminho a votação pelo conhecimento parcial do *habeas corpus*, e, na parte conhecida, pelo deferimento parcial da ordem, para, sem anular a condenação imposta ao paciente, determinar que o Tribunal Regional da 1ª Região prossiga no julgamento da apelação interposta pelo paciente (Apelação Criminal 1999.01.00.009342-2/PI), a fim de que analise a presença dos requisitos subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como entender de direito.**

E, considerando os efeitos dessa decisão, também **defiro a ordem para assegurar ao paciente – como o fez sentença condenatória sem que, no ponto, tenha recorrido o Ministério Público – o direito de ficar ele em liberdade até o trânsito em julgado final causa, se por outro motivo o paciente não estiver ou vier a ser preso.**

Noutras palavras, o Superior Tribunal de Justiça não poderia ter examinado os requisitos subjetivos previstos no inciso III do art. 44 do Código Penal, mas apenas ter-se limitado à análise da possibilidade ou não de, no caso, ser a pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos.

Como tal limite não foi observado pela Corte Superior, impõe-se a **concessão parcial da ordem**, para anular a decisão impugnada, não por inteiro, mas apenas na parte em que apreciou os requisitos subjetivos do benefício pretendido.

Afastado o óbice quanto à possibilidade, em tese, de substituição da pena no caso, impõe-se, ainda, a concessão de ***habeas corpus*** **de ofício, para**

(1) **determinar ao TJRS que aprecie**, como entender de direito, **a satisfação ou não dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal**, sendo oportuno observar que tal análise, no caso, deve ser feita pelo Tribunal de Justiça de origem, e não pelo magistrado de primeiro grau, porque – além de a Corte estadual tratar-se de instância ordinária, com competência para reexaminar fatos e provas – o acórdão por ela proferido substituiu a sentença prolatada pelo juiz de primeira instância (nesse sentido, cito, por exemplo, o HC 91.600, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJE* de 6-9-2007; e o HC 85.894, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 28-9-2007);

(2) **confirmar a liminar deferida** (fls. 75-80), para que a paciente possa aguardar, em liberdade, a conclusão do seu julgamento, nos termos aqui estabelecidos (lembrando que essa providência não consta do pedido do impetrante relativo ao mérito), seja porque há a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos, seja porque a prisão da condenada somente ocorreu após a decisão impugnada (fls. 15 e 71).

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 96.011/RS — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Maria de Fátima Bordin Zílio. Impetrante: Walter Mendes Mucha. Coatora: Relatora do Recurso Especial 1028982 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Concedida parcialmente a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 10 de agosto de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 96.772 — SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Paciente: João Marcos Bachega — Impetrante: João Marcos Bachega — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus* – Prisão civil – Depositário judicial – Revogação da Súmula 619/STF – A questão da infidelidade depositária – Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 7º, n. 7) – Natureza constitucional ou caráter de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos? – Pedido deferido.**

Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel, ainda que se cuide de depositário judicial.

– Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF.

Tratados internacionais de direitos humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica.

– A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

– Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e § 2º e § 3º). Precedentes.

– Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? – Entendimento do Relator, Ministro Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição.

– A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição.

A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e

quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário.

– Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

– O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

– Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 9 de junho de 2009 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. WAGNER GONÇALVES, **assim resumiu** a presente impetração (**fls. 139/145**):

*"**HABEAS CORPUS**". **PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECENTES DECISÕES DO STF. CONCESSÃO.***

***1. Em se tratando** de impugnação à decisão de Relator, que indeferiu pedido de liminar, não se pode, à guisa de flexibilização da Súmula 691/STF, dar margem a verdadeiros julgamentos "per saltum". Do contrário, estará essa Suprema Corte apreciando diretamente decisão da Corte Estadual, em notória supressão de instância e desrespeito às regras constitucionais de competência.*

***2. A ordem**, contudo, deve ser concedida, considerando-se o recente posicionamento dessa Corte Suprema, no sentido de que: "o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do 'responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (...) o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. (...)' (HC 94013/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 12-3-2009).*

***3. Parecer pela concessão da ordem**.*

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO RELATOR

***1. Trata-se de "habeas corpus"**, com pedido liminar, impetrado em favor de João Marcos Bachega, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem nos autos do RHC n. 21.122/SP, assim ementado:*

> *"**RECURSO EM 'HABEAS CORPUS'. DEPOSITÁRIO INFIEL. EXECUÇÃO FISCAL. LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CIVIL.***
>
> ***1. A Constituição da República**, em seu art. 5º, dispõe: 'LXVIII – conceder-se-á 'habeas corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;' Já o inciso LXVII do referido artigo prescreve que 'não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel' (...). Nos termos dos arts. 139, 148 e 150 do Código de Processo Civil, as atribuições do depositário se traduzem na guarda e conservação de bens penhorados, respondendo esse auxiliar do juízo pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte. A Lei 6.830/80, em seu art. 37, acrescenta: 'O auxiliar de justiça que, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, prejudicar a execução, será responsabilizado, civil, penal e administrativamente.' O atual Código Civil, em seu art. 652, de modo semelhante ao art. 1.287 do Código Civil de 1916, prevê a prisão do depositário que, quando exigido, não restitui o depósito. A Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, veio positivar a orientação jurisprudencial há tempos consolidada na Súmula 619/STF, acrescentando o § 3º ao art. 666 do Código de Processo Civil, do seguinte teor: 'A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito.'*
>
> ***2. A restituição**, pelo depositário, da quantia equivalente em dinheiro, quando houver deterioração dos bens penhorados, refere-se ao valor desses bens à época da penhora, corrigido monetariamente, sob pena de enriqueci-*

mento ilícito. Nesse sentido: STF – RE 96.931/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Décio Miranda, RTJ, vol. 112-01, p. 288.

***3. O encargo atribuído** ao depositário judicial deve ser fielmente exercido como um múnus público, sob pena de decretação da prisão civil do infiel, sendo irrelevante a discussão a respeito da fungibilidade dos bens penhorados. A Primeira Turma deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do HC 47.927/SP (DJ de 6-3-2006, p. 161), em que o eminente Ministro Teori Albino Zavascki foi designado para lavrar o acórdão, reafirmou o entendimento no sentido de que o regime de depósito de bens fungíveis não se aplica ao depositário judicial. Precedentes deste STJ e do STF.*

***4. Consoante já proclamou** a Quarta Turma desta Corte, ao julgar caso análogo, é 'inviável a aplicação analógica do art. 44 do Código Penal, que possibilita a substituição das penas restritivas de liberdade pelas restritivas de direitos, tão somente se decorrentes de condenação penal, instituto distinto da prisão civil, a qual objetiva compelir o inadimplente a cumprir determinada obrigação e não segregar pessoa perigosa da sociedade para a sua recuperação' (RHC 16.184/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 20-6-2005, p. 287).*

***5. Na hipótese**, não tendo sido entregue ao juízo os bens penhorados, ou o equivalente em dinheiro, evidencia-se a legalidade da prisão civil do depositário, decretada nos próprios autos da execução.*

***6. Recurso ordinário desprovido**."*

***2. Consta dos autos** que o paciente foi nomeado depositário dos bens móveis penhorados nos autos da Execução Fiscal n. 114/1993, que tramita na 1ª Vara Cível da Comarca de Pindamonhangaba/SP em desfavor da empresa Bachega Carazzatto e Santos SC Ltda.*

***3. Neste "writ"**, a defesa informa que o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Pindamonhangaba/SP decretou a prisão civil do paciente, considerando-o depositário infiel, muito embora os bens tenham se deteriorado naturalmente, "em razão de ferrugem, corrosão, amolecimento de madeiras e outros fatores naturais" (fl. 3).*

***4. Alega que o paciente** depositou em juízo os referidos bens e solicitou a nomeação de outro depositário, mas os pedidos não foram apreciados pelo Juízo de 1º Grau. Assim, impetrou "habeas corpus" perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde a ordem foi denegada, "sob argumento de que não provou a existência efetiva dos bens que depositou em juízo e tampouco que são equivalentes aos bens inicialmente penhorados" (fl. 4).*

***5. Inconformada**, interpôs recurso ordinário em "habeas corpus" no Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento, nos termos da ementa já transcrita.*

***6. Perante essa Suprema** Corte, a defesa requer, liminarmente, a expedição de salvo-conduto e, no mérito, a revogação do mandado de prisão expedido contra o paciente, tendo em vista a violação ao art. 5º, "caput' e inciso LXVIII, da Constituição Federal.*

***7. A liminar foi deferida** pelo i. Min. Celso de Mello "para, até final julgamento desta ação de 'habeas corpus', suspender, cautelarmente, a eficácia da ordem de prisão civil expedida, contra o ora paciente, nos autos do Processo n. 114-93 – Execução Fiscal (fl. 23), ora em curso perante o Juízo de direito da 1ª Vara Cível de Pindamonhangaba/SP" (fl. 52).*

***8. Solicitadas informações**, o Juízo de 1º Grau esclareceu que "não há nenhuma ordem de prisão expedida contra o executado" (fl. 71), o que ensejou a notificação do*

paciente pelo STF, para "juntar aos autos o decreto de prisão a que se refere a presente ação de 'habeas corpus', sob pena de extinção deste processo" (fl. 79).

***9. Em petição juntada** às fls. 119/121, a defesa esclareceu que foram expedidos dois mandados de prisão contra o paciente: em 22 de junho de 1999, com validade de 2 anos; em 9 de outubro de 2002, com validade até 7 de outubro de 2004. Argumentou que "o mandado prisional apenas deixou de ser novamente emitido a partir de 2004, quando o paciente passou a tentar obter a revogação do decreto prisional: primeiro perante o próprio Juízo de Primeira Instância; depois perante o TRF da 3ª Região e perante o STJ" (fl. 120). Por fim, ressaltou que "o 'habeas corpus' impetrado perante o STF é preventivo, face à concreta possibilidade de se expedir novo mandado de prisão contra o paciente pelo mesmo motivo: depositário infiel" (fl. 121).*

***10. Vieram os autos** à Procuradoria Geral da República.*

***É o relatório**.*

***11. Como visto**, a presente impetração voltava-se, originariamente, contra decreto de prisão preventiva expedido em desfavor do paciente. Com as informações juntadas aos autos noticiando a inexistência de mandado de prisão, o "mandamus" ganhou caráter preventivo, para evitar futura prisão do depositário infiel nos autos do Processo de Execução Fiscal nº 114-93, que ainda está em andamento (fls. 71 e 89/90).*

***12. Nesse prisma**, contudo, a ordem deve ser concedida, tendo em vista o recente e firme posicionamento dessa Excelsa Corte sobre da matéria em questão.*

***13. Com efeito**, as recentes decisões dessa Corte Suprema são no sentido da impossibilidade de prisão do depositário judicial infiel. Tal entendimento considera, especialmente, a necessidade de reconhecimento da supralegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, não submetidos ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.*

***14. Conforme decisão** proferida em 10 de fevereiro de 2009, "o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do 'responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia' (...) O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil – Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º –, a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. (...)" (HC 94.013/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 12-3-2009).*

***15. No mesmo sentido** é a decisão proferida no autos do HC 88.240/SP, de relatoria da Ministra Ellen Gracie (DJ de 23-10-2008):*

> *"**DIREITO PROCESSUAL. 'HABEAS CORPUS'. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM**.*
>
> ***1. A matéria** em julgamento neste 'habeas corpus' envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento*

jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.

***2. O julgamento** impugnado via o presente 'habeas corpus' encampou orientação jurisprudencial pacificada, inclusive no STF, no sentido da existência de depósito irregular de bens fungíveis, seja por origem voluntária (contratual) ou por fonte judicial (decisão que nomeia depositário de bens penhorados).*

Esta Corte já considerou que 'o depositário de bens penhorados, ainda que fungíveis, responde pela guarda e se sujeita a ação de depósito' (HC 73.058/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 10-5-1996). Neste mesmo sentido: HC 71.097/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ de 29-3-1996).

***3. Há o caráter especial** do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.*

***4. Na atualidade** a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no 'caput' do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.*

***5. 'Habeas corpus' concedido**." (...).*

***16. "Ex positis", opina a Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem**.*

(**Grifei.**)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Trata-se de** "***habeas corpus***" **impetrado** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, restou **consubstanciada** em acórdão assim ementado (fl. 41):

RECURSO EM "HABEAS CORPUS". DEPOSITÁRIO INFIEL. EXECUÇÃO FISCAL. LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CIVIL.

***1. A Constituição da República**, em seu art. 5º, dispõe: "LXVIII – conceder-se-á 'habeas corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de*

poder;" Já o inciso LXVII do referido artigo prescreve que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel" (...). Nos termos dos arts. 139, 148 e 150 do Código de Processo Civil, as atribuições do depositário se traduzem na guarda e conservação de bens penhorados, respondendo esse auxiliar do juízo pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte. A Lei 6.830/80, em seu art. 37, acrescenta: "O auxiliar de justiça que, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, prejudicar a execução, será responsabilizado, civil, penal e administrativamente." O atual Código Civil, em seu art. 652, de modo semelhante ao art. 1.287 do Código Civil de 1916, prevê a prisão do depositário que, quando exigido, não restitui o depósito. A Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, veio positivar a orientação jurisprudencial há tempos consolidada na Súmula 619/STF, acrescentando o § 3º ao art. 666 do Código de Processo Civil, do seguinte teor: "A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito."

***2. A restituição**, pelo depositário, da quantia equivalente em dinheiro, quando houver deterioração dos bens penhorados, refere-se ao valor desses bens à época da penhora, corrigido monetariamente, sob pena de enriquecimento ilícito. Nesse sentido: STF – RE 96.931/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Décio Miranda, RTJ, vol. 112-01, p. 288.*

***3. O encargo atribuído** ao depositário judicial deve ser fielmente exercido como um múnus público, sob pena de decretação da prisão civil do infiel, sendo irrelevante a discussão a respeito da fungibilidade dos bens penhorados. A Primeira Turma deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do HC 47.927/SP (DJ de 6-3-2006, p. 161), em que o eminente Ministro Teori Albino Zavascki foi designado para lavrar o acórdão, reafirmou o entendimento no sentido de que o regime de depósito de bens fungíveis não se aplica ao depositário judicial. Precedentes deste STJ e do STF.*

***4. Consoante já proclamou** a Quarta Turma desta Corte, ao julgar caso análogo, é "inviável a aplicação analógica do art. 44 do Código Penal, que possibilita a substituição das penas restritivas de liberdade pelas restritivas de direitos, tão somente se decorrentes de condenação penal, instituto distinto da prisão civil, a qual objetiva compelir o inadimplente a cumprir determinada obrigação e não segregar pessoa perigosa da sociedade para a sua recuperação" (RHC 16.184/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 20-6-2005, p. 287).*

***5. Na hipótese**, não tendo sido entregue ao juízo os bens penhorados, ou o equivalente em dinheiro, evidencia-se a legalidade da prisão civil do depositário, decretada nos próprios autos da execução.*

***6. Recurso ordinário desprovido**.*

(**RHC 21.122/SP**, Rel. Min. DENISE ARRUDA – **Grifei.**)

Pretende-se, nesta sede processual, **a concessão** da ordem de "habeas corpus", **para invalidar**, ante a sua suposta ilegalidade, **o decreto de prisão civil** do ora paciente.

Com efeito, **o Plenário** desta Suprema Corte, **no julgamento conjunto do RE 349.703/RS**, Rel. p/ o ac. Min. GILMAR MENDES, **do RE 466.343/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **do HC 87.585/TO**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO **e do HC 92.566/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **firmou** o entendimento **de que**

não mais subsiste, em nosso sistema constitucional, **a possibilidade jurídica** de decretação da prisão civil do depositário infiel, **inclusive** a do depositário judicial.

Nos julgamentos mencionados, o Supremo Tribunal Federal, ao assim decidir, **teve presente o que dispõem**, na matéria, **a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos/**Pacto de São José** da Costa Rica (Artigo 7º, § 7º) **e o Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (**Artigo** 11).

Em consequência de tais decisões plenárias, esta Suprema Corte, **no julgamento** do HC 92.566/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **declarou expressamente revogada a Súmula 619/STF**, que autorizava a decretação **da prisão civil** do depositário judicial **no próprio processo** em que se constituiu o encargo, **independentemente** do prévio ajuizamento da ação de depósito.

Vê-se, daí, **que a decretação** da prisão civil do depositário infiel, **inclusive** a do depositário judicial, **constitui** ato arbitrário, **sem** qualquer suporte em nosso ordenamento positivo, **porque absolutamente incompatível** com o sistema de direitos **e** garantias **consagrado** na Constituição da República **e** nos tratados internacionais de direitos humanos (**HC 89.634/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 94.523/SP**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **HC 94.695/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 96.234/MS**, Rel. Min. MENEZES DIREITO, ***v.g.***):

> *"**HABEAS CORPUS" – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO JUDICIAL – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA – CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS** (ARTIGO 7º, n. 7) – **HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS** – **PEDIDO DEFERIDO**.*
>
> ***ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL**.*
>
> ***– Não mais subsiste**, no sistema normativo brasileiro, **a prisão civil** por infidelidade depositária, **independentemente** da modalidade de depósito, **trate-se** de depósito voluntário (convencional) **ou cuide-se** de depósito necessário, **como** o é o depósito judicial. **Precedentes**.*
>
> ***TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA**.*
>
> *– **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Art. 7º, n. 7). **Caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos **e o sistema de proteção** dos direitos básicos da pessoa humana.*
>
> *– **Relações** entre o direito interno brasileiro **e** as convenções internacionais de direitos humanos (**CF**, art. 5º **e** § 2º **e** § 3º). **Precedentes**.*
>
> *– **Posição hierárquica** dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil**: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade?** – **Entendimento do Relator**, Min. CELSO DE MELLO, **que atribui hierarquia constitucional** às convenções internacionais **em matéria** de direitos humanos.*
>
> ***A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO**.*
>
> *– **A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel** do Poder Judiciário: **a interpretação judicial como instrumento** juridicamente idôneo **de mudança informal** da Constituição.*

A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

*– Os magistrados e Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.*

*– O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.*

– Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

(**HC 90.450/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

É importante ressaltar que a diretriz jurisprudencial mencionada **prevalece**, sem maiores disceptações, **na jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal, **como resulta claro** de decisão desta Suprema Corte, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

***PRISÃO CIVIL. Inadmissibilidade. Depósito judicial. Depositário infiel. Infidelidade. Ilicitude reconhecida pelo Plenário, que cancelou** a Súmula 619 (**RE** 349.703 **e RE** 466.343, **e HC** 87.585 **e HC** 92.566). **Constrangimento ilegal tipificado. HC concedido** de ofício. **É ilícita a prisão civil de depositário infiel**, qualquer que seja a modalidade do depósito.*

(**HC 94.307/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **Grifei.**)

Cabe destacar, neste ponto, por relevante, **que essa orientação tem o beneplácito** de autorizado magistério doutrinário, **que sustenta a insubsistência**, em nosso sistema de direito positivo, **da prisão civil** do depositário infiel, **valendo referir**, dentre **outros** eminentes autores, **as lições** de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**", 2002, Forense), de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO **e** PAULO GUSTAVO GONET BRANCO ("**Curso de Direito Constitucional**", p. 737/755, **item** n. 9.4.4, 4.ed., 2009, IDP/Saraiva), de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE ("**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**", 2.ed., 2003, Fabris),

de FLÁVIA PIOVESAN ("**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**", 2006, Saraiva), de CELSO LAFER ("**A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição**, **Racismo e Relações Internacionais**", 2005, Manole), de LUIZ FLÁVIO GOMES ("**Direito Penal**", vol. 4/45-64, 2008, RT, **obra escrita em conjunto** com VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI), de GUILHERME ALBERGE REIS **e** RODRIGO CÉSAR NASSER VIDAL ("**A Prisão do Depositário Infiel à Luz da Constituição Federal de 1988**", "*in*" "**Direito em Movimento**", vol. III/307-321, **coordenação** de MÁJEDA D. MOHD POPP **e** ANASSÍLVIA SANTOS ANTUNES, 2008, Juruá), de LUIZ ALBERTO PEREIRA RIBEIRO ("**A Ilegalidade da Prisão Civil por Dívida do Depositário Infiel na Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Móvel face aos Direitos Humanos**", "*in*" "**Direito Internacional dos Direitos Humanos**", p. 277/285, 1.ed./3ª tir., **coordenação** de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO **e** VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, 2006, Juruá), de MAURÍCIO CORDEIRO ("**Prisão Civil por Dívida e sua Proscrição Definitiva**", 2008, Factash Editora) **e** de ODETE NOVAIS CARNEIRO QUEIROZ ("**Prisão Civil e os Direitos Humanos**", 2004, RT).

Cumpre assinalar, ainda, que, **na data de hoje** (9-6-2009), **proferi** decisão **concessiva** de medida cautelar, **em sede** de "habeas corpus", **que versava o mesmo** tema ora discutido **na presente** sede processual:

> *"**HABEAS CORPUS**". **PRISÃO CIVIL**. **DEPOSITÁRIO JUDICIAL**. **A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA**. **TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**. **A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL**. **MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA**.*
>
> *– **Não mais subsiste**, no modelo normativo brasileiro, **a prisão civil** por infidelidade depositária, **independentemente** da modalidade de depósito, **trate-se** de depósito voluntário (convencional) **ou cuide-se** de depósito necessário, **como o é o depósito judicial**. **Incabível**, desse modo, no sistema constitucional **vigente** no Brasil, **a decretação** de prisão civil do depositário infiel. **Doutrina**. **Precedentes**.*
> (**HC 98.893-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Em suma: a análise dos fundamentos **em que se apoia** a presente impetração **leva-me a concluir** que a decisão judicial **de primeira** instância, **mantida** pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região **e** pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **não pode prevalecer**, **eis que frontalmente contrária** à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos **e** à Constituição da República, **considerada**, no ponto, **a jurisprudência** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em causa, **no sentido** de que **não mais subsiste**, em nosso ordenamento positivo, **a prisão civil** do depositário infiel, **inclusive** a do depositário judicial.

Evidente, desse modo, a situação **de injusto** constrangimento **imposta** ao ora paciente.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de "*habeas corpus*", **para invalidar** a ordem judicial de prisão civil **decretada** contra o ora paciente, **nos autos da Execução Fiscal** 114/1993 – 1ª Vara Cível da comarca de Pindamonhangaba/SP (atual Processo 79/2007 – fl. 89), **por não mais cabível**, em nosso ordenamento doméstico, **a prisão civil** do depositário infiel, **qualquer** que seja a modalidade de depósito (depósito voluntário **ou** depósito necessário, **de que** o depósito judicial **constitui** espécie).

É o meu voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): É preocupante como os juízes ainda continuam decretando a prisão civil de depositários infiéis, **não obstante** a clara posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal em referida matéria.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas nós já estamos autorizados por aquela decisão do Plenário – e eu tenho adotado esse expediente – a deferir liminar e definitivamente.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Essa delegação**, concedida **pelo Plenário** desta Suprema Corte aos juízes que a compõem, **viabiliza** o exame final, **por decisão monocrática**, do pleito **deduzido** na impetração **que verse** o tema **da prisão civil** nos casos de infidelidade depositária.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, eu estou escrevendo sobre esse assunto em um trabalho que vou apresentar fora do País. É a grandiosidade do Brasil. Essas decisões não chegam a todo mundo; demoram.

O Sr. Ministro Eros Grau: O chefe da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo entrou com uma ação civil pública com relação a essas prisões de depositários.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas nós temos, inclusive, uma proposta de súmula, a súmula vinculante.

O Sr. Ministro Eros Grau: Aqui no Supremo, ação civil pública. Acabou de chegar. Parece que chegou no meu gabinete.

O Sr. Ministro Eros Grau: Contra o governo do Estado, porque estaria ainda a insistir, apesar da nossa jurisprudência, a decretar a prisão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O governo do Espírito Santo? O governo anda decretando prisão, agora?

O Sr. Ministro Eros Grau: A ideia parece que é essa. Mas isso fica como **obiter dictum.**

EXTRATO DA ATA

HC 96.772/SP — Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: João Marcos Bachega. Impetrante: João Marcos Bachega (Advogada: Maria Daniela Bachega Feijó Rosa). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie. Presidiu este julgamento o Ministro Celso de Mello.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau.

Brasília, 9 de junho de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 97.511 — SP

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Paulo Salim Maluf — Impetrante: José Roberto Leal de Carvalho — Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Carta rogatória. *Exequatur*. Paciente brasileiro nato e domiciliado no Brasil. Inexistência de risco à liberdade de locomoção. *Habeas corpus* não conhecido.

I – A concessão de *exequatur* em rogatória que vise a obter provas relativas à investigação criminal, levada a efeito em país estrangeiro, não representa risco à liberdade de locomoção do paciente que, além de brasileiro nato, encontra-se domiciliado no Brasil, em face da impossibilidade de extradição.

II – *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 10 de agosto de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por *José Roberto Leal de Carvalho* em favor de *Paulo Salim Maluf* contra decisão proferida pelo Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu *exequatur* à Carta Rogatória 1.457, expedida pelo Tribunal de Grande Instância de Paris.

Na inicial são trazidos, em resumo, os seguintes argumentos (fls. 2-17):

(i) o *exequatur* combatido "não se harmoniza com a ordem constitucional brasileira e, por isso, atenta contra a soberania e ordem pública nacionais" (fl. 4);

(ii) a rogatória expedida pelo Poder Judiciário francês tem origem em investigação de objeto idêntico à AP 461, em curso na Suprema Corte, o que implica litispendência entre os procedimentos, com violação do princípio do *ne bis in idem;*

(iii) a rogatória em testilha não se encontra instruída com cópia integral das peças do procedimento investigatório francês, sendo que as autoridades

francesas negaram vista dos autos ao advogado constituído pelo paciente, em menoscabo aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

(iv) assim, o paciente desconhece os fatos que envolvem as acusações que lhe são dirigidas na França, o que fere a soberania e a ordem jurídica nacional, uma vez que o nosso sistema legal veda "por manifesta inconstitucionalidade, as investigações secretas ou sigilosas, levadas a cabo sem o conhecimento do investigado ou de seus advogados" (fl. 8); e

(v) por conseguinte, o *exequatur* concedido também fere o art. 3º, item 1, do Acordo de Cooperação Judiciária celebrado entre o Brasil e a França, objeto do Decreto 3.324/1999, que condiciona a produção das provas requeridas pelo Estado rogante ao respeito da legislação local, o que não se operou.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 19-153.

A medida liminar pleiteada foi indeferida em 20 de janeiro de 2009, em sede de plantão, pelo à época Presidente da Corte Suprema, Ministro Gilmar Mendes (fls. 160-164), que não encontrou plasmado nos autos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, em face dos seguintes motivos:

(i) os documentos apresentados não demonstram desrespeito ao Acordo de Cooperação Judiciária celebrado entre o Brasil e a França;

(ii) não é relevante, para fins da concessão do *exequatur*, tenha ou não sido conferido acesso aos autos objeto da investigação na França; ainda que assim não fosse, há apenas afirmações nesse sentido, mas não provas concretas;

(iii) descabe analisar a existência de *bis in idem* em face da AP 461, na medida em que o procedimento francês é meramente investigatório;

(iv) ademais, a constatação de *bis in idem* se revelaria como obstáculo à extradição, medida que não se aplica ao paciente por ser brasileiro nato;

(v) o interrogatório do paciente não ofende a soberania ou a ordem jurídica nacional, eis que levado a efeito por juiz brasileiro e, ainda, em respeito à legislação processual em vigor, "devendo eventuais irregularidades, nulidades ou falta de substrato fático do procedimento em curso no país rogante ser debatidas pelo investigado junto à corte francesa" (fl. 164).

Nas informações, em síntese, o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça defendeu o ato praticado e noticiou a não interposição de recurso contra o *exequatur* conferido (fls. 175-179).

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação da ordem (fls. 182-185).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem analisados os autos, não entendo que o caso é de não conhecimento da impetração, segundo fundamento a seguir.

A rogatória em foco, a partir da notícia de que o paciente e membros de sua família estão sendo investigados na França por crimes de lavagem de capitais, solicita às autoridades brasileiras a realização de interrogatórios, a inquirição de testemunhas, o exame e a extração de cópias de documentos que constem de processos em curso no Brasil envolvendo os demandados, bem como a remessa de parte da respectiva movimentação bancária.

Objetiva-se, com efeito, a obtenção de provas a instruir procedimento em curso na França e nada mais do que isso. Trata-se, destarte, apenas de um pedido de auxílio judiciário.

No caso, à evidência, não há qualquer risco configurado à liberdade de locomoção do paciente, pois, encontrando-se ele no território nacional, não pode ser extraditado, na medida em que é brasileiro nato.

E, se assim ocorre, entendo que não é possível conhecer do presente *habeas corpus*. Nessa linha, há precedentes de ambas as Turmas da Corte, com os seguintes destaques:

> *Habeas corpus*. Condenação à pena de multa. *Ausência de constrangimento à liberdade de locomoção*. *Não conhecimento do pedido*. Precedentes: HC 81.480/SP (Min. Sydney Sanches) e HC 73.340/SP (Min. Maurício Corrêa).
> (Primeira Turma, HC 82.392, j. 15-10-2002, Rel. Min. Ellen Gracie, grifei.)

> Ementa: *Habeas corpus*. Militar. Condenação. Pena acessória. Exclusão das Forças Armadas. *Não conhecimento. Inexistência de risco ou dano à liberdade de locomoção*. Aplicação da Súmula 694. Agravo improvido. Não cabe *habeas corpus* contra imposição de pena de exclusão das Forças Armadas.
> (Segunda Turma, HC 89.198, j. 14-11-2006, Rel. Min. Cezar Peluso, grifei.)

Da minha relatoria, trago à baila o HC 90.567, julgado em 24-4-2007, que não foi conhecido pela Primeira Turma, em vista da inocorrência de risco à liberdade de locomoção do paciente. Na ocasião, fui acompanhado pelos eminentes Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Britto.

Mesmo que fosse o caso de adentrar-se no mérito, as alegações constantes da inicial não prosperam.

Consigno, de início, que para a concessão do *exequatur* das rogatórias não é preciso investigar em profundidade o mérito da causa originária, que, nesse caso, consubstancia-se na investigação em face do impetrante por suposto cometimento de crime de lavagem de dinheiro na França.

É que, dentre outros precedentes, segundo já decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 7-12-2000, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso: "Questões de mérito devem ser postas perante a Justiça estrangeira".

Portanto, não é relevante averiguar, para fins da concessão do *exequatur*, se ao advogado do impetrante foi ou não concedido acesso aos autos objeto da investigação na França. Tal medida, em verdade, extrapola o juízo de delibação próprio do *exequatur.*

Ademais, nesse assunto, não existem provas cabais quanto à alegada negativa de acesso aos indigitados autos, mas apenas afirmações do advogado contratado na França (fls. 150-151).

Com base no raciocínio ora engendrado, descabe considerar as alegações de litispendência entre a investigação francesa e a AP 461, em curso no Supremo Tribunal Federal, de minha relatoria.

Aliás, essa alegação resta enfraquecida se for considerado que na França a questão encontra-se em fase de investigação e não constitui um processo penal como é o caso da Ação 461.

Logo, o caso francês pode, eventualmente, nem evoluir para tornar-se um processo. Portanto, ainda que se pretendesse aprofundar o tema, parece-me que seria deveras prematuro reconhecer a aventada litispendência.

Não era, de outro lado, de rigor que a rogatória viesse instruída com todos os documentos relativos ao caso. Basta, com efeito, a narrativa razoável dos fatos envolvidos, o que, a meu juízo, foi plenamente observado, segundo é verificável pela leitura dos documentos de fls. 29-39.

Aliás, segundo precedente da Primeira Turma da Corte Suprema, no HC 90.567, de minha relatoria: "A peça acusatória estrangeira não é essencial para o *exequatur*, uma vez que a única exigência consiste em que a carta rogatória não atente contra a ordem pública ou a soberania nacional".[1]

Em adição, as diligências solicitadas pelas autoridades francesas, tais como interrogatório, cópia de processos em curso, quebra de sigilo bancário, também são previstas no ordenamento pátrio, o que faz cair por terra as alegações de ofensa à soberania ou à ordem interna.

Posto isso, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus.*

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, voto louvando o requinte do equacionamento técnico que Vossa Excelência deu à causa, louvando-se em Direito Penal, Processual Penal e Direito Constitucional.

Há previsão expressa na nossa Constituição de "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade", art. 4º, IX, notadamente em matéria de

[1] CR 9.194/República Argentina, j. 16-11-2000.

combate à criminalidade. Há previsão expressa de execução de *exequatur* sob a competência do Superior Tribunal de Justiça. E, tecnicamente, a solução é de não conhecimento do *habeas corpus* com base nos precedentes que Vossa Excelência citou, entre os quais me incluo honrosamente.

Acompanho Vossa Excelência pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, separo as matérias: a alusiva à preliminar da matéria de fundo, e somente irei a esta última, se ultrapassada a preliminar – suscitada por Vossa Excelência – de não conhecimento desta impetração.

Sabemos que o *habeas corpus* está voltado à proteção da liberdade de ir e vir, quer já alvo de um ato de constrição concreto, quer ameaçada, ou seja, na via direta ou indireta.

Na França, tem-se investigação criminal que poderá desaguar em uma sentença condenatória. Logo está latente a ameaça à liberdade de ir e vir do paciente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não no Brasil.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e Relator): Ele é brasileiro nato, não pode ser extraditado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pela impossibilidade de extradição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se puder prosseguir, direi por que assim o entendo. Volto ao que aprendi no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Para acompanhar-se o relator, basta a concordância – o de acordo –, mas, para divergir, até em respeito ao relator, há de se lançar as razões.

O que ocorrerá com o paciente Salim deste processo, se sobrevier uma sentença condenatória e ele resolver, como cidadão brasileiro, viajar à França? Terá ou não o direito de ir e vir alcançado? Está, ou não, envolvida a liberdade de ir e vir na via indireta, considerada a investigação criminal em curso na França?

Vossa Excelência citou um precedente meu e, nesses trinta e um anos, tenho procurado ser coerente no ofício judicante. Não acredito que, numa situação concreta, em que envolvida, mesmo na via indireta, a liberdade de ir e vir, tenha refutado a adequação do *habeas corpus*.

Peço vênia, Presidente, a Vossa Excelência para entender que, no caso, tem-se como pertinente o receio do paciente deste processo – que denominei como Salim – de sofrer futuramente ato de constrição, perdendo, se viajar à França, a liberdade.

Admito a impetração.

EXTRATO DA ATA

HC 97.511/SP — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Paulo Salim Maluf. Impetrante: José Roberto Leal de Carvalho. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 10 de agosto de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 98.732 — DF

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Agravante: E.R.S. — Agravado: Superior Tribunal de Justiça

Direito civil. Processo civil. Reconhecimento de paternidade. Recurso de apelação. Efeitos. Interesse do menor. Não cabimento de *habeas corpus*. Agravo regimental desprovido.

1. A Constituição Federal de 1988, ao cuidar de *habeas corpus,* pelo inciso LXVIII do art. 5º, autoriza o respectivo manejo "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção". Mas a Constituição não para por aí e arremata o seu discurso pela seguinte forma: "por ilegalidade ou abuso de poder". Saltando aos olhos que ilegalidade e abuso de poder não se presumem; pois, aí, a presunção é exatamente inversa.

2. No caso, o detido exame dos elementos acostados aos autos não sugere, nem mesmo indiretamente, indevido cerceio à liberdade de locomoção do paciente por ilegalidade ou abuso de poder. Retrata, em verdade, discussão jurídica sobre a paternidade do paciente, bem como a respectiva oferta de alimentos e regulamentação de visitas. O que escapa ao âmbito da tutela constitucional do *habeas corpus*.

3. Agravo regimental desprovido com recomendação de julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao agravo regimental no *habeas corpus*, com recomendação de julgamento com a maior brevidade possível, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 23 de junho de 2009 — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de agravo regimental, interposto contra a decisão que negou seguimento ao *habeas corpus*. Decisão cujo teor é o seguinte:

> Bem vistas as coisas, tenho que o pedido veiculado nestes autos não é de ser conhecido. Isso porque a ação constitucional do *habeas corpus* não é a via

processual adequada para examinar os efeitos em que se deu o recebimento de recurso de apelação, interposto no bojo de processo de investigação de paternidade. Noutras palavras: o *habeas corpus* não se presta para questionar a legalidade, ou não, do processamento de apelação cível acolhida tanto no efeito devolutivo quanto suspensivo. Colho da decisão de fls. 72/73 (apenso) uma síntese do quadro empírico da causa:

"(...)

Consoante relatado, insurge-se, o agravante, contra a decisão que contraria seus interesses de pai – pai registral e socioafetivo; aquele que convive com o menor desde o seu nascimento e cuja relação sequer restou abalada após o fim do casamento de seus genitores.

Seguindo essa linha de entendimento, assevera que essa situação não pode ser desconstituída em sede de tutela antecipada nos autos da ação de reconhecimento de paternidade, apenas em virtude de um resultado positivo de um exame de DNA.

Registro, inicialmente, que o reconhecimento de paternidade é direito indispensável e imprescindível, razão pela qual o fato de o primeiro agravado ter desistido da ação intentada em 2005, da qual desistiu em agosto deste ano, não obsta o seu direito de novamente buscar sua pretensão, ainda que apenas dois meses depois.

Entretanto, a documentação colacionada a estes autos autoriza a conclusão de que o menor, prestes a completar cinco anos de idade (em 22-1-2008), tem como única referência paterna o ora agravante.

Esse entendimento é corroborado pela petição pela mãe do menor, nos autos da ação de reconhecimento de paternidade ajuizada anteriormente, onde ela mesma destaca que a criança tem plena identificação e convivência com o pai socioafetivo, ora agravante, alertando, inclusive, que eventual modificação daquela situação poderá acarretar sérios traumas psicológicos que refletirão na formação do menor.

Afirma, ainda, que, nas visitas e atividades proporcionadas em companhia do agravante, o menor está sempre inserido em ambiente familiar, juntamente com a irmã mais nova e com o amparo de toda a família paterna – avô, tias e prima, ressaltando as qualidades do pai socioafetivo.

De outro giro, enfatiza que 'jamais houve qualquer tentativa de contato que justificasse a pretensão' do primeiro agravado (de ver reconhecida a paternidade), 'que em tempo algum demonstrou qualquer interesse em saber sobre a vida ou bem-estar do menor' (fls. 122/125, acompanhada dos documentos de fls. 126/130).

Em que pese não haver elementos nestes autos que permita a este Relator valorar os nobres motivos pelos quais a mãe do menor mudou a ideia em tão breve espaço de tempo, certo que é que não pode o menor ficar nessa gangorra de emoções – ora o pai reconhecê-lo, ora não; ora a mãe está de acordo, ora não.

A criança não pode ser tratada como um objeto, do qual se dispõe no momento em que bem se entende. Ela tem necessidades que são urgentes e dentre essas, a de maior relevo: a certeza do amor, da atenção e do carinho maternal e paternal.

Nesse contexto e dentro deste juízo estreito de deliberação, estou convicto de que o amor paternal reconhecido pela criança, que lhe dá o suporte

que precisa nesta fase de formação, não é proveniente do vínculo genético, *data venia*.

Cabe, outrossim, enfatizar que, ainda, que questionada a sua paternidade, o agravante nunca desistiu de lutar por sua condição paterna, demonstrando, claramente, a intenção de permanecer ao lado do infante, tanto no momento em que manejou a ação de busca e apreensão para valer o seu direito de visita à criança, garantido na ação de separação consensual, como agora, em que a paternidade do primeiro agravado revela-se como estreme de dúvida.

A meu ver, não pode o julgador ignorar essa situação fática que se descortina por detrás dos aspectos da lei, uma vez que acima de tudo está o bem maior que precisa ser tutelado: a criança.

Contrapondo-se o direito de ambos os pais – biológico e registral, não há como afirmar que o direito do primeiro prevalece sobre o segundo, apenas porque os alelos obrigatórios paternos estão presentes no material genético do menor.

(...)"

2. Daqui se segue a constatação de que não há nenhuma violência ou ameaça de violência à liberdade de locomoção de quem quer que seja. A desautorizar, portanto, o manejo desse verdadeiro pronto-socorro jurídico em que a ação constitucional do *habeas corpus* consiste.

3. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, ao cuidar de *habeas corpus*, pelo inciso LXVIII do art. 5º, autoriza o respectivo manejo "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção". Mas a Constituição não para por aí e arremata o seu discurso pela seguinte forma: "por ilegalidade ou abuso de poder". Saltando aos olhos que ilegalidade e abuso de poder não se presumem; pois, aí, a presunção é exatamente inversa. E, nesse caso, ou os autos dão conta de uma vistosa violência indevida, de um cerceio absolutamente antijurídico por abuso de poder ou por ilegalidade, ou, do *habeas corpus* não se pode socorrer o paciente. Sendo certo que ilegalidade e abuso de poder não se presumem; pelo contrário, a presunção é exatamente inversa. Requisitos, esses, que não sobressaem da leitura das peças que instruem estes autos. É falar: o detido exame dos elementos acostados aos autos não sugere, nem mesmo indiretamente, indevido cerceio à liberdade de locomoção do paciente por ilegalidade ou abuso de poder. Retrata, em verdade, simplesmente discussão jurídica sobre a paternidade do paciente, bem como a respectiva oferta de alimentos e regulamentação de visitas. O que escapa ao âmbito da tutela constitucional do *habeas corpus*.

4. Presente essa moldura, nego seguimento ao pedido e determino o arquivamento dos autos. O que faço com apoio no art. 38 da Lei 8.038/1990.

2. Pois bem, o recorrente insiste na tese de que o recurso de apelação, interposto contra a sentença que reconheceu a paternidade do menor E.R.S. e assegurou ao pai biológico o direito a visitas periódicas, era de ser recebido tão somente sob o efeito devolutivo. Sendo que, na concreta situação dos autos, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios conferiu ao apelo, também, o efeito suspensivo. Efeito, esse, diz o recorrente, que violaria o direito de ir e vir do paciente, pois o afastaria "da convivência familiar com seu verdadeiro pai e seus irmãos" (fl. 78). Tudo a autorizar o conhecimento do pedido e deferimento da ordem. Nas palavras do recorrente:

> (...) o caso concreto não desautoriza ou deforma o manejo do *habeas corpus*, eis que o requerimento do remédio constitucional pauta-se nos dispositivos legais que preveem e permitem o seu uso, quais sejam: art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e arts. 647 e 648, inciso III, do CPP.
>
> Vale ressaltar que nestes dispositivos, o *habeas corpus* é tratado, sempre, como medida contra a violência ou coação ao direito de liberdade de locomoção do indivíduo, sem descrever requisitos acerca da espécie de liberdade de locomoção. Esta, portanto, deve ser interpretada conforme seu próprio sentido.
> (Fl. 77.)

3. Já me encaminhando para o final deste relato, anoto o parecer da Procuradoria-Geral da República. Parecer pelo desprovimento do agravo regimental e de cujo teor reproduzo o trecho seguinte:

> No caso *sub examine*, as razões da impetração, em face do acórdão proferido pelo Eg. STJ na MC n. 15.124/DF, estão relacionadas aos efeitos da apelação cível, às regras processuais das medidas cautelares e ao direito da convivência do paciente com o seu genitor.
>
> Verifica-se, portanto, que a *quaestio juris* se encontra devidamente submetida ao foro cível competente, em sede de apelação, sem que se possa vislumbrar no ato apontado como coator qualquer ameaça ao direito de ir e vir do paciente.
> (Fls. 84/85.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Feito o relatório, passo ao voto. Fazendo-o, consigno, de saída, a competência desta Primeira Turma para o julgamento do agravo. Competência que extraio do inciso I do art. 8º do RISTF.

6. Dito isso, acentuo que a Constituição Federal de 1988, ao cuidar de *habeas corpus*, no inciso LXVIII do art. 5º, autoriza o respectivo manejo "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção". Mas a Constituição não para por aí e arremata o seu discurso pela seguinte forma: "por ilegalidade ou abuso de poder". Saltando aos olhos que ilegalidade e abuso de poder não se presumem, pois, aí, a presunção é exatamente inversa.

7. Dito isto, a questão é saber se ação constitucional do *habeas corpus* é a via processual adequada para examinar os efeitos em que se deu o recebimento de recurso de apelação, interposto no bojo de processo de investigação de paternidade. **Penso que não**. Em primeiro lugar, porque o voto condutor do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, aqui impugnado, assentou o seguinte:

> A demanda foi julgada procedente para reconhecer a paternidade do requerente em relação ao menor, anular o registro de nascimento, condenar ao pagamento de pensão alimentícia e estabelecer direito de visitas.

> Recebida a apelação de (...) em seu efeito devolutivo e suspensivo, foi interposto agravo de instrumento por (...), com pedido liminar.
>
> O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios defere, em parte o pedido, para que o apelo, no tocante à insurgência quanto à parte condenatória da sentença, seja recebida apenas no efeito devolutivo.
>
> Após apresentação de contrarrazões, o Relator acolhe o pedido de reconsideração e, por decisão monocrática, restabelece o duplo efeito conferido ao recurso de apelação (fls. 97/100).
>
> Em face desta decisão, (...) requer medida cautelar com o objetivo de afastar o efeito suspensivo.
>
> **Neste contexto, verifica-se que a presente medida trata de pedido autônomo, não atrelado a nenhum recurso de índole extraordinária.**
>
> **Desta forma, ao Superior Tribunal de Justiça não é dado conhecer de pleito desta natureza, sem que, pelo menos, provocada sua jurisdição pelo processo principal.**
>
> Entender de modo contrário é transmudar esta Corte, pura e simplesmente, em terceira instância, desvirtuando a sua vocação precípua, qual seja, a uniformização do direito federal.
>
> (Grifei, fls. 40/41.)

8. Não é só: a decisão do TJDFT que imprimiu o duplo efeito ao apelo do pai socioafetivo do menor E.R.S (apenso 2, fls. 97/100) apoiou-se nos fundamentos lançados na oportunidade do julgamento do Agravo de Instrumento 20070020143329/TJDFT. Fundamentos que transcrevo a seguir:

> A criança não pode ser tratada como um objeto, do qual se dispõe no momento em que bem se entende. Ela tem necessidades que são urgentes e dentre essas, a de maior relevo: a certeza do amor, da atenção e do carinho maternal e paternal.
>
> Nesse contexto e dentro deste juízo estreito de deliberação, estou convicto de que o amor paternal reconhecido pela criança, que lhe dá o suporte que precisa nesta fase de formação, não é proveniente do vínculo genético, *data venia*.
>
> Cabe, outrosim, enfatizar que, ainda, que questionada a sua paternidade, o agravante nunca desistiu de lutar por sua condição paterna, demonstrando, claramente, a intenção de permanecer ao lado do infante, tanto no momento em que manejou a ação de busca e apreensão para valer o seu direito de visita à criança, garantido na ação de separação consensual, como agora, em que a paternidade do primeiro agravado revela-se como estreme de dúvida.
>
> A meu ver, não pode o julgador ignorar essa situação fática que se descortina por detrás dos aspectos da lei, uma vez que acima de tudo está o bem maior que precisa ser tutelado: a criança.
>
> Contrapondo-se o direito de ambos os pais – biológico e registral, não há como afirmar que o direito do primeiro prevalece sobre o segundo, apenas porque os alelos obrigatórios paternos estão presentes no material genético do menor.

9. De logo avulta, portanto, o fato de o efeito suspensivo conferido ao recurso de apelação decorrer do entendimento do órgão judicante competente de que assim melhor se preservariam os interesses do menor. Mais: as decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça estão devidamente fundamentadas e não se revelam teratológicas ou desprovidas de

conteúdo juridicamente válido. Pelo que o exame dos elementos acostados aos autos não sugere, nem mesmo indiretamente, indevido cerceio à liberdade de locomoção do paciente por ilegalidade ou abuso de poder. Retrata, em verdade, simplesmente discussão jurídica sobre a paternidade do paciente, bem como a respectiva oferta de alimentos e regulamentação de visitas. O que escapa ao âmbito da tutela constitucional do *habeas corpus*.

10. Esse o quadro, nego provimento ao agravo regimental.

Por outra volta, de olhos no que dispõe o art. 227 da Constituição Federal ("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"), penso que o caso nos autoriza a expedir ofício ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios recomendando o julgamento, com a maior brevidade possível, do apelo interposto no bojo do Processo 2007.01.1.102371-7.

11. É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 98.732-AgR/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Agravante: E.R.S. (Advogado: Alessandro Martins Menezes). Agravado: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no *habeas corpus*, com recomendação de julgamento com a maior brevidade possível, nos termos do voto do Relator. Unânime. 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. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 23 de junho de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 99.141 — SP

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Paciente: Wagner de Almeida Oliveira — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal e processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Roubo qualificado. Progressão de regime. Requisitos. Art. 112 da Lei de Execuções Penais (LEP). Situação processual indefinida. Existência de outra ação penal em curso contra o paciente. Negativa do benefício. Impossibilidade. Antecipação de juízo condenatório. Vedação. Princípio da presunção da inocência. Ordem parcialmente concedida.

1. A progressão do regime da pena imposta; *in casu*, fechado reclama o preenchimento dos requisitos elencados no art. 112 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984); a saber: a) cumprimento de 1/6 da pena (requisito objetivo); b) bom comportamento carcerário (requisito subjetivo).

2. Os requisitos da progressão de regime são cumulativos, razão pela qual atestado o preenchimento do requisito objetivo reconhecido pelo Juiz da Execução, não se revela lícito negar a progressão de regime com fundamento apenas na "situação processual indefinida" do réu porquanto a isso corresponde antecipar o juízo condenatório de ação penal em curso (Precedente: HC 79.497/RJ, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 29-9-2000).

3. O ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunções ou em meras suspeitas, consagrando o princípio da presunção da inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da CF, segundo o qual todo acusado é presumido inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado.

4. É cediço em sede doutrinária que "A concessão ou a denegação da transferência para regime menos severo é medida jurisdicional, já que pode importar a modificação da forma de execução da pena. Por isso, determina a lei que a decisão deve ser motivada (art. 112, § 1º). Reconhecendo satisfeitos os requisitos temporal e subjetivos, com a compatibilidade do condenado ao novo regime, não pode o juiz negar a progressão sob a alegação de que o réu é reincidente ou porque um dia evadiu-se do presídio, porque há recomendação no laudo de acompanhamento psicológico, por estar o condenado respondendo a outro processo com indefinida situação processual, etc." (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11. ed.

– Revista e atualizada – 7ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2007, p. 434 – Sem grifos no original).

5. Negar a progressão de regime com fundamento apenas na "situação processual indefinida" do réu implica antecipação de juízo condenatório. É certo, todavia, que o ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunção ou em meras suspeitas, consagrando o princípio da presunção da inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

6. A origem desse princípio "remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado "Iluminismo", ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marquês de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e das torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que "a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige" (*Dos delitos e das penas*, São Paulo: Atena, 1954, p. 106). Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram na referida Declaração que: "*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement reprimée par la loi*" (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei)." (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 12. ed., Atual – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31/32).

7. Sob esse ângulo, a doutrina do tema assevera:

> **"A presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. Essa garantia já era prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789 (Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado). (...)**

Dessa forma, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação, inexistindo as necessárias provas.

O princípio da presunção da inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).”

(MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional,* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 390.)

8. Ordem parcialmente concedida a fim de determinar ao Juiz da Execução que verifique se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão para o regime semiaberto, ficando afastado o óbice da existência de outra ação penal em curso.

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, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de março de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela *Defensoria Pública da União* em favor de *Wagner Almeida de Oliveira* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

Habeas corpus. Execução penal. Réu condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. Roubo circunstanciado. Pedido de progressão para o regime semiaberto indeferido pelo juiz da VEC e pelo Tribunal a quo, em razão do não preenchimento do requisito subjetivo. Matéria fática inviável de ser revista na via célere do mandamus. Precedentes. Parecer ministerial pela concessão da ordem. Ordem denegada, porém.

1. Esta Corte, em diversas oportunidades, frisou a inexistência de direito subjetivo do condenado à imediata progressão de regime prisional. Esta pode ser negada, em decisão devidamente fundamentada, se o Magistrado entender ausente qualquer requisito subjetivo.

2. *In casu*, a negativa fundada na existência de outra ação penal em curso pelo mesmo crime por que condenado o paciente não representa constrangimento ilegal.

3. Denegado o pedido de progressão de regime prisional por meio de decisão suficientemente motivada, em que se apontou o não preenchimento, pelo apenado, do requisito subjetivo indispensável à fruição do benefício, a revisão desse entendimento, por implicar dilação probatória, é inviável em *habeas corpus*, que possui rito célere e exige prova pré-constituída do direito alegado.

4. Ordem denegada, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.

O paciente foi condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, *verbis*:

> Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
>
> Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
>
> (...)
>
> § 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:
>
> I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

Iniciou o cumprimento da pena em 21-2-2006 e, em 19-6-2006, requereu a progressão para o regime semiaberto. O Juiz da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Bauru/SP indeferiu a concessão do benefício, nos seguintes termos:

> Embora presentes os requisitos objetivos para a progressão do regime, carece o sentenciado do requisito subjetivo.
>
> O sentenciado possui situação processual indefinida. Responde a outro processo pela prática de roubo qualificado, o que recomenda sua mantença no regime atual.
>
> (Fl. 12 do apenso.)

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O *writ* não foi conhecido, sob o fundamento de que "a ação constitucional de *habeas corpus*, cujo procedimento caracteriza-se pela sumariedade, não constitui o instrumento jurídico-processual adequado à análise do pedido de progressão de regime prisional, máxime pela impossibilidade de melhor exame dos requisitos objetivo e subjetivo, nem tampouco se presta para substituir o recurso de agravo em execução" (fl. 48 do apenso).

Sobreveio novo *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, indeferido.

Daí esta impetração, na qual a Defensoria Pública da União alega violação do princípio da presunção da inocência, haja vista que "a situação processual indefinida, em razão da ausência de decisão definitiva transitada em julgado, não pode servir de justificativa para o indeferimento da progressão de regime com base na ausência de requisito subjetivo, eis que, diferentemente do alegado, não constitui provimento jurisdicional calcado em razoável certeza – esta sim inerente aos provimentos definitivos –, mas sim em um juízo provisório de pro-

babilidade sobre os fatos da acusação, em tese, passível de modificação pelo grau superior" (fl. 5).

Ressalta que, em que pese o paciente ter sido condenado em primeiro grau de jurisdição, ainda pende de julgamento apelação da defesa, de modo que inexiste título judicial condenatório definitivo.

Requer a concessão de medida liminar a fim de que seja assegurado ao paciente o direito à progressão ao regime semiaberto. No mérito, pleiteia a confirmação da cautelar.

A medida liminar foi indeferida.

O Ministério Público Federal manifesta-se pela concessão parcial da ordem. Leio na ementa do parecer ministerial (fl. 37):

> *Processo penal. Habeas corpus. Progressão de regime. Art. 112 da LEP. Requisitos objetivo e subjetivo. Paciente que responde a outra ação penal. Hipótese não prevista em lei. Concessão parcial*.
>
> 1. A concessão da progressão de regime prisional está condicionada ao preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, a serem aferidos pelo Juízo das Execuções.
>
> 2. O fato de o paciente responder a outra ação penal, mesmo que já tenha sido condenado em 1º grau (aguardando julgamento de recurso), não inviabiliza, por si só, a concessão do benefício da progressão de regime, mormente quando o crime a que se refere o processo em andamento foi praticado em data anterior ao delito objeto da execução.
>
> 3. Não é possível apurar, nessa Augusta Instância, se o paciente preenche os demais requisitos objetivos e subjetivos à concessão do benefício, observando-se, em especial, a ausência de informações sobre seu comportamento carcerário.
>
> 4. Pela concessão parcial da ordem, apenas para que o r. Juízo das Execuções Penais verifique se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão de regime, observando, quanto ao aspecto subjetivo, o art. 112 da LEP.

É o relatório.

VOTO

Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo qualificado. Progressão de regime. Requisitos. Art. 112 da Lei de Execuções Penais (LEP). Situação processual indefinida. Existência de outra ação penal em curso contra o paciente. Negativa do benefício. Impossibilidade. Antecipação de juízo condenatório. Vedação. Princípio da presunção da inocência. Ordem parcialmente concedida.

1. A progressão do regime da pena imposta; *in casu*, fechado reclama o preenchimento dos requisitos elencados no art. 112 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984); a saber: a) cumprimento de 1/6 da pena (requisito objetivo); b) bom comportamento carcerário (requisito subjetivo).

2. Os requisitos da progressão de regime são cumulativos, razão pela qual atestado o preenchimento do requisito objetivo reconhecido pelo Juiz da

Execução, não se revela lícito negar a progressão de regime com fundamento apenas na "situação processual indefinida" do réu porquanto a isso corresponde antecipar o juízo condenatório de ação penal em curso (Precedente: HC 79.497-RJ, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 29-9-2000).

3. O ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunções ou em meras suspeitas, consagrando o princípio da presunção da inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da CF, segundo o qual todo acusado é presumido inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado.

4. É cediço em sede doutrinária que "A concessão ou a denegação da transferência para regime menos severo é medida jurisdicional, já que pode importar a modificação da forma de execução da pena. Por isso, determina a lei que a decisão deve ser motivada (art. 112, § 1º). Reconhecendo satisfeitos os requisitos temporal e subjetivos, com a compatibilidade do condenado ao novo regime, não pode o juiz negar a progressão sob a alegação de que o réu é reincidente ou porque um dia evadiu-se do presídio, porque há recomendação no laudo de acompanhamento psicológico, por estar o condenado respondendo a outro processo com indefinida situação processual, etc." (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. revista e atualizada, 7ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2007, p. 434 – Sem grifos no original).

5. Negar a progressão de regime com fundamento apenas na "situação processual indefinida" do réu implica antecipação de juízo condenatório. É certo, todavia, que o ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunção ou em meras suspeitas, consagrando o princípio da presunção da inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

6. A origem desse princípio "remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado "Iluminismo", ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marquês de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e das torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que "a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige" (*Dos delitos e das penas*, São Paulo: Atena, 1954, p. 106). Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram na referida Declaração que: "*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement*

reprimée par la loi" (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei)." (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 12. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31/32).

7. Sob esse ângulo, a doutrina do tema assevera:

"A presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. Essa garantia já era prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789 (Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado). (...)

Dessa forma, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação, inexistindo as necessárias provas.

O princípio da presunção da inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)" (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 390).

8. Ordem parcialmente concedida a fim de determinar ao Juiz da Execução que verifique se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão para o regime semiaberto, ficando afastado o óbice da existência de outra ação penal em curso.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Discute-se neste *habeas corpus* se a circunstância de estar o paciente respondendo a outra ação penal ainda em curso, por si só, obsta a concessão do benefício da progressão de regime.

Após iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fixado na sentença, o condenado pode, em razão do sistema progressivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ser transferido para outro regime menos rigoroso, desde que preencha os requisitos elencados no art. 112 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), *verbis*:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Observa-se, portanto, que dois são os requisitos necessários para a progressão de regime: cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior

(requisito objetivo) e bom comportamento carcerário (requisito subjetivo). Com relação ao primeiro, o próprio Juiz da Execução reconhece o seu preenchimento, consoante destacado na decisão que indeferiu o benefício (fl. 12 do apenso):

> Embora presentes os requisitos objetivos para a progressão do regime (...).

Entretanto, no que se refere ao requisito subjetivo, aquele Magistrado decidiu que a "situação processual indefinida" do ora paciente, decorrente do fato de responder a outra ação penal pela prática do crime de roubo qualificado, impede a progressão de regime.

Sobre o tema, Julio Fabbrini Mirabete leciona que "A concessão ou a denegação da transferência para regime menos severo é medida jurisdicional, já que pode importar a modificação da forma de execução da pena. Por isso, determina a lei que a decisão deve ser motivada (art. 112, § 1º). Reconhecendo satisfeitos os requisitos temporal e subjetivos, com a compatibilidade do condenado ao novo regime, não pode o juiz negar a progressão sob a alegação de que o réu é reincidente ou porque um dia evadiu-se do presídio, porque há recomendação no laudo de acompanhamento psicológico, **por estar o condenado respondendo a outro processo com indefinida situação processual**, etc." (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11. ed., revista e atualizada, 7ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2007, p. 434 – Sem grifos no original).

Negar a progressão de regime com fundamento apenas na "situação processual indefinida" do réu implica antecipação de juízo condenatório. É certo, todavia, que o ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunção ou em meras suspeitas, consagrando o princípio da presunção da inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

A origem desse princípio "remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado 'Iluminismo', ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marquês de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e das torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que 'a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige' (*Dos delitos e das penas*, São Paulo: Atena, 1954, p. 106). Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram na referida Declaração que: '*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement reprimée par la loi*' (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para

assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei).” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 12. ed. Atual - São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31/32).

Pois bem, segundo o princípio da presunção de inocência, também conhecido como estado de inocência ou da não culpabilidade, todo acusado é presumidamente inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado.

Segundo Alexandre de Moraes:

> A presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. Essa garantia já era prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789 (“Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado”).
>
> (...)
>
> Dessa forma, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação, inexistindo as necessárias provas.
>
> O princípio da presunção da inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).
>
> (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 390.)

A Segunda Turma desta Suprema Corte, no julgamento do HC 79.497-RJ, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 29-9-2000, decidiu que a existência de inquérito policial não obsta, por si só, o direito à progressão de regime. Eis a ementa do julgado:

> *Ementa: Habeas corpus. Progressão de regime prisional: Requisitos objetivos e subjetivos*. 1. Paciente condenado à pena de cinquenta anos, dois meses e vinte dias de reclusão por diversas infrações, tendo cumprido mais de dezesseis anos em regime fechado. Atendimento do requisito objetivo para progressão do regime pelo cumprimento de 1/6 das penas (art. 112, *caput*, da LEP, Lei 7.210/1984). 2. Exame Criminológico e Parecer da Comissão Técnica de Classificação favoráveis à progressão do regime prisional, restando atendidos, em parte, os requisitos subjetivos (art. 112, *caput*, *in fine*, e parágrafo único, da LEP). Óbice suscitado pelo Ministério Público para a concessão da progressão, por estar o paciente respondendo a inquérito como suspeito de ser o mandante da morte de colega de cárcere, acolhido pelo Juiz das Execuções Penais. 3. **O paciente não está sujeito a aguardar indefinidamente as conclusões do procedimento administrativo para obter o benefício da progressão do regime prisional, o qual, entretanto, poderá ser a qualquer momento objeto de regressão (art. 118, *caput*, da LEP**). 4. A concessão do benefício não pode levar em conta o que ocorreu no passado, mas, apenas, se estão reunidos os requisitos necessários. 5. *Habeas corpus* conhecido e deferido, por maioria, para assegurar ao paciente a progressão do regime prisional.

(Sem grifos no original.)

Em que pese o aludido julgamento referir-se a inquérito policial, a tese nele sustentada pode ser estendida a ações penais em curso, haja vista que, em ambas as hipóteses, a condenação não é certa porquanto inexistente título penal condenatório definitivamente constituído. Inclusive, o Ministro Celso de Mello, acompanhando o Ministro Maurício Corrêa, Relator para o acórdão, faz em seu voto referência à existência de ações penais em curso. Leio, no que interessa, o referido voto:

> No sistema jurídico brasileiro, não existe qualquer possibilidade de o Poder Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer, em sede penal, a culpa de alguém.
>
> Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção e nem responsabilidade criminal por mera suspeita.
>
> Entendo, por isso mesmo, na linha de diversas decisões que já proferi no Supremo Tribunal Federal (*RT* 690/390 – *RT* 698/452-454), que a sujeição de alguém a simples investigações policiais ou administrativas – **ou, ainda, a persecuções criminais instauradas em juízo** – não basta, por si só, ante a inexistência de condenação penal transitada em julgado, para justificar a afirmação de que o réu não possui bons antecedentes ou que não dispõe de condições subjetivas para progredir no regime de execução penal.
>
> A simples existência de **situações processuais ainda não definidas** revela-se insuficiente para legitimar a recusa jurisdicional a determinados benefícios legais que só podem ser negados àqueles que já sofreram condenação penal irrecorrível.
>
> O magistério doutrinário (*Damásio E. de Jesus*. *Código Penal anotado*, p. 151, 4. ed., 1994, Saraiva; *Celso Delmanto. Código Penal comentado*, p. 89, 3. ed., 1991, Renovar, *v.g.*) – atento à presunção constitucional de não culpabilidade proclamada pelo art. 5º, LVII, da Carta Política – adverte, com apoio na jurisprudência dos Tribunais (*RT* 418/286 – *RT* 422/307 – *RT* 572/391 – *RT* 586/338), que **processos penais em curso, inquéritos policiais em andamento e, até mesmo, condenações criminais ainda sujeitas a recurso não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento judicial absolutório, como elementos evidenciadores dos maus antecedentes ou caracterizadores de obstáculo que impeça o acesso do condenado a benefícios legais estabelecidos em tema de execução progressiva da pena.**
>
> (Sem grifos no original.)

Logo, a circunstância de o ora paciente estar respondendo a outra ação penal pela suposta prática do delito de roubo não tem, por si só, o condão de obstaculizar, por simples conjecturas ou meras suspeitas, a concessão da progressão no regime de cumprimento da pena.

A Procuradoria-Geral da República perfilha o entendimento supradelineado, consoante se extrai do seguinte trecho de seu parecer (fls. 40/41):

> 10. Ocorre que o argumento apresentado pelo Juízo da Execução para indeferir o benefício ao paciente não encontra qualquer amparo legal, não podendo

ser relacionado ao "bom comportamento carcerário", posto que esse, nitidamente, refere-se à conduta do paciente durante o cumprimento da própria pena.

11. Assim, o fato de o paciente responder a outra ação penal, mesmo que já tenha sido condenado em 1º grau (aguardando julgamento de recurso), não inviabiliza, por si só, a concessão do benefício da progressão de regime, mormente quando o crime a que se refere o processo em andamento foi praticado em data anterior ao delito objeto da execução.

12. Na presente hipótese, a pena em execução refere-se a fato ocorrido em 30 de junho de 2005 (fl. 17), sendo que a ação penal originária da 18ª Vara Criminal diz respeito a crime praticado em 26-6-2005 (fl. 26).

13. Todavia, cumpre ressaltar que não é possível apurar, nessa Augusta Instância, se o paciente preenche os demais requisitos objetivos e subjetivos à concessão do benefício da progressão, observando-se, em especial, a ausência de informações sobre o comportamento carcerário. Conforme considerações do e. Ministro Celso de Mello, no HC 88.231-5/SP (*DJ* de 5-5-2006), "caberá, ao próprio Juízo da Execução, avaliar, criteriosamente, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso, ou não, do sentenciado em regime penal menos gravoso".

14. *Ex positis*, o parecer é pela concessão parcial da ordem, apenas para que o r. Juízo das Execuções Penais, afastando o óbice da existência de outra ação penal, verifique, novamente, se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão de regime, observando, quanto ao aspecto subjetivo, o art. 112 da LEP.

In casu, o juiz da execução, competente para a análise do preenchimento, ou não, dos requisitos necessários para a progressão de regime (previstos no art. 112 da Lei 7.210/1984), indeferiu o benefício com respaldo apenas na existência de outra ação penal em curso contra o paciente, não fazendo qualquer referência ao comportamento ou ao mérito do condenado.

Acolhendo o parecer ministerial, concedo parcialmente a ordem a fim de determinar ao juiz da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Bauru/SP que verifique se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão para o regime semiaberto, ficando afastado o óbice da existência de outra ação penal em curso.

EXTRATO DA ATA

HC 99.141/SP — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Wagner de Almeida Oliveira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma concedeu, em parte, 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. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 29 de março de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 99.717 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Luis Otávio Moreno Pinheiro — Impetrantes: Sérgio Soares Estillac Gomez e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processual penal. *Habeas corpus.* Tráfico de drogas. Liminar que concede a liberdade provisória e posteriormente é cassada. Prisão determinada no julgamento de mérito do *writ* impetrado na Corte local. Ausência de fundamentação hábil a justificar a segregação. Vedação da execução provisória da pena. Precedentes. Ordem concedida.

I – Não obstante a jurisprudência majoritária desta Corte ser no sentido de que no crime de tráfico de entorpecentes não cabe liberdade provisória, o caso dos autos revela excepcionalidade a justificar tal hipótese.

II – Paciente que teve liberdade provisória concedida em razão de liminar deferida em *habeas corpus*, sendo a prisão preventiva determinada no julgamento de mérito da impetração, sem qualquer dos fundamentos elencados no art. 312 do CPP.

III – O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes.

IV – Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 9 de novembro de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Sérgio Soares Estillac Gomez em favor de *Luis Otávio Moreno Pinheiro*, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu parcialmente a ordem no HC 99.447/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, mas manteve a prisão cautelar do paciente.

Infere-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 13-12-2007, com mais outras nove pessoas, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006 por ter sido encontrado em sua residência uma balança e quatrocentos gramas da substância entorpecente denominada "*haxixe*", além de, supostamente, estar associado a um grupo de traficantes.

O impetrante alega, inicialmente, que o paciente não é traficante, mas um mero usuário de drogas, e que essa situação foi verificada pelo Desembargador Corregedor João de Assis Mariosi, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o qual deferiu medida liminar em 24-12-2007, para conceder a liberdade provisória ao paciente.

Aduz, mais, que no julgamento de mérito do *writ*, o TJDFT denegou a ordem e restabeleceu a prisão do paciente.

Inconformada, a defesa manejou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, concedeu parcialmente a ordem para determinar a anulação do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*, mantendo, porém, a prisão do paciente.

Diz, ainda, que foi prolatada sentença em desfavor do paciente, que o condenou à pena de sete anos e dois meses de reclusão em regime inicial fechado, sendo-lhe vedado o direito de apelar em liberdade.

É contra o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que se insurge o impetrante.

Sustenta, em suma, que o STJ manteve a prisão do paciente sem a necessária fundamentação, uma vez que a decisão não atende aos motivos e pré-requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Pondera, também, que, quando em liberdade, o paciente nunca desobedeceu ao termo de compromisso firmado, comparecendo sempre que convocado para qualquer ato processual, e que não se justifica a medida, uma vez que não há trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assevera, outrossim, que, não se justifica "a prisão de quem, solto, em nada prejudicou a instrução criminal" (...) "sem que a necessidade e a imperiosidade de tal ato tenha sido demonstrada nos autos" (fl. 6).

Requer, ao final, o deferimento de medida liminar para determinar a soltura do paciente até decisão final deste *writ*. No mérito, postula a concessão da ordem com o fim de garantir a liberdade do paciente até o trânsito em julgado do decreto condenatório.

Em 1º-7-2009, deferi a medida liminar para que o paciente aguardasse em liberdade até o julgamento de mérito deste *writ*, bem como determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 28-31).

Às fls. 49-51, o corréu Fabiano Morais Neves requereu a extensão da medida cautelar deferida ao ora paciente.

Em 23-7-2009, o Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência desta Corte (RISTF, art. 13, VIII), solicitou informações ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios quanto ao corréu Fabiano Morais Neves (fl. 85).

As informações foram prestadas às fls. 91-92.

Às fls. 357-358, indeferi o pedido de extensão em virtude de constatar que a situação jurídico-processual do paciente e de Fabiano eram diferentes, não havendo razão para a extensão da medida cautelar deferida.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 339-347).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Tenho que o caso é de concessão da ordem.

A ementa do acórdão ora questionado, no que importa, tem o seguinte teor:

> *Liberdade provisória. Tráfico de substância entorpecente. Prisão em flagrante. Vedação legal. Sentença condenatória. Negado o direito de recorrer solto. Inexistência de constrangimento ilegal. Manutenção da segregação na oportunidade que se impõe.*
>
> 1. Não caracteriza constrangimento ilegal a negativa de recorrer solto a paciente condenado pelo delito de tráfico de substância entorpecente praticado na vigência da Lei 11.343/2006, haja vista o disposto no art. 44 da Lei Especial, que expressamente proíbe a liberdade provisória.
>
> 2. Ordem concedida para anular o julgamento do *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal de Origem, determinando-se que outro seja realizado, por Turma composta majoritariamente por desembargadores titulares; mantida, na oportunidade, a prisão do paciente.
>
> (Fl. 164 – Apenso.)

Conforme relatado, o paciente foi preso em flagrante pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, da Lei 11.343/2006, em 13-12-2007.

Contudo, no curso do processo teve medida liminar deferida em *habeas corpus* impetrado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que permitiu ao paciente o direito de responder à ação penal em liberdade. Tal medida foi cassada no julgamento de mérito da referida impetração, sendo determinado o restabelecimento de sua prisão.

Com efeito, observo que o TJDFT, ao denegar a ordem de *habeas corpus* lá impetrada, determinou a expedição de mandado de prisão, sem, contudo, indicar nenhum dos fundamentos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal. O Desembargador relator lastreou seu voto apenas na vedação prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, nestes termos:

> Por ora, deve permanecer a prisão do paciente, ante a inexistência de vícios e especialmente porque deste Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a Lei 11.343/2006 veda a concessão de liberdade provisória para as hipóteses de crimes hediondos, em face da sua inafiançabilidade. Desse modo, a existência da vedação legal já é suficiente para fundamentar o indeferimento da liberdade provisória.
> (Fl. 133 – Apenso.)

Na mesma linha foi decisão da Quinta Turma do STJ, ao justificar a manutenção do mandado de prisão.

Além disso, a superveniente sentença condenatória manteve o decreto prisional do paciente sem também apresentar a devida fundamentação, conforme trecho abaixo transcrito:

> O réu encontra-se preso, e deve manter-se nesta condição, pois não verifico motivos supervenientes para que, neste momento processual seja posto em liberdade. Sendo assim, nego-lhe o direito de apelar em liberdade. Recomendo-o na prisão em que se encontra.
> (Fl. 307.)

Pois bem. Não obstante a atual jurisprudência desta Casa, ao menos nesta Primeira Turma, ser firme no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de drogas, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/2006, o caso dos autos revela excepcionalidade a justificar tal hipótese.

Na espécie, conforme já ressaltado, o paciente obteve o benefício da liberdade provisória por meio de decisão liminar, concedida pelo Relator do *writ* ajuizado no TJDFT, e nessa situação permaneceu por certo tempo, até o julgamento de mérito do *mandamus* pela Corte local.

Desse modo, embora o paciente tenha sido preso em flagrante, foi colocado em liberdade no curso da ação penal. Assim, a decisão que restabeleceu sua prisão preventiva deveria estar pautada em um dos fundamentos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nos termos da firme jurisprudência deste Tribunal, o decreto de prisão preventiva há que se fundamentar em elementos fáticos concretos suficientes a demonstrar a necessidade da medida constritiva.

Como se sabe, a custódia cautelar deve ser decretada, segundo o prudente arbítrio do magistrado, pressupondo a presença da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria para a sua decretação. Deve, contudo, guardar relação direta com os elementos fáticos da ação penal no bojo da qual é decretada.

A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta o ato excepcional de privação cautelar da liberdade (HC 97.976/MG, Rel. Min. Celso de Mello).

Dessa forma, verifico que o decreto prisional emanado pelo TJDFT, e mantido pelo STJ, está lastreado, exclusivamente, na vedação prevista na Lei de Tóxicos, desprovido, portanto, de fundamentação e de demonstração da necessidade da medida constritiva.

Ademais, de acordo com os documentos acostados pelo impetrante, o paciente, em liberdade, está trabalhando e estudando, não havendo indícios sobre a necessidade de sua custódia antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Aliás, o Plenário desta Corte, ao julgar o HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, firmou orientação no sentido de que 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 Código de Processo Penal.

Ante esse quadro, concedo a ordem para que seja determinada a expedição do competente contramandado de prisão, garantindo ao paciente o direito de aguardar em liberdade o curso da ação penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada, contudo, a possibilidade do Juiz do processo decretá-la, de forma fundamentada.

EXTRATO DA ATA

HC 99.717/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Luis Otávio Moreno Pinheiro. Impetrantes: Sérgio Soares Estillac Gomez e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio. 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 sessão o Ministro Joaquim Barbosa para julgar processos a ele vinculados. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 9 de novembro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 102.936 — RS

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Paciente: Rudgero Alvim Groderes Roque — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal Militar

Penal e processo penal militar. *Habeas corpus*. Violência contra superior hierárquico. Art. 157 do Código Penal Militar. Requerimento de incidente de insanidade mental. Incidente suscitado somente em fase recursal e com base na notícia de internação. Indeferimento. Inocorrência de dúvida razoável. Não caracterizada a ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Inadmissibilidade de reexame de prova na via estreita do *habeas corpus*. Arbitrariedade. Não configurada. Precedentes. Ordem denegada.

1. O incidente de insanidade mental não pode ser objeto de determinação de instauração na via estreita do *habeas corpus*, salvo manifesta arbitrariedade na denegação da realização da perícia. (Precedente: RHC 80.546/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 28-11-2000, *DJE* de 16-2-2001).

2. A insanidade mental que legitima o deferimento da instauração do incidente reclama comprovação que induza à dúvida a respeito da imputabilidade pessoal do acusado, na forma do art. 156 do CPP, *verbis*: "Art. 156. Quando, em virtude de doença ou deficiência mental, houver dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, será ele submetido a perícia médica."

3. A doutrina do tema assenta, *verbis*: "(...) o exame não deve ser deferido apenas porque foi requerido, se não há elemento algum que revele dúvida razoável quanto à sanidade mental do acusado, não constituindo motivo suficiente a aparente insuficiência de motivo, a forma brutal do crime, atestado médico genérico, simples alegações da família etc., quando despidas de qualquer comprovação (...)" (in: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*, Atlas, 11. ed., p. 442).

4. A instância *a quo* com ampla cognição fática assentou que "(...) a defesa suscitou preliminar de incidência de insanidade mental com base tão somente na notícia, em fase recursal, de que o apelante havia sido internado em uma clínica psiquiátrica por autoagressão. A incapacidade do apelante não foi alegada em nenhuma fase do processo, não requerendo em tempo hábil o exame de sanidade mental. Portanto, não deve prosperar. (...) Ademais, apenas a informação de que o apelante se encontra em tratamento psicoterápico e o simples requerimento da defesa não são suficientes para motivar a instauração do incidente de insanidade

mental. É necessário comprovar a doença por meio de laudo pericial. (...) Vê-se, então, que os autos não apresentam dados substanciais que possam justificar razoável dúvida sobre a higidez do apelante no momento do crime. Ao contrário, constam do feito elementos contundentes demonstrando que o apelante tinha, à época dos fatos, potencial consciência do ilícito cometido (...)".

5. Deveras, é cediço na Corte: "Ementa: *Habeas corpus*: questão de fato: incidente de insanidade mental: salvo manifesta arbitrariedade, não é o *habeas corpus* a via adequada a aferir da existência de motivos para a dúvida do juízo da causa sobre a higidez mental do acusado e consequente instauração do incidente pericial para a sua apuração" (RHC 80.546/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 28-11-2000, *DJE* de 16-2-2001); "Ementa: Ação penal. Incidente de insanidade mental aduzido em sede recursal. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Inexistência. Inocorrência de dúvida razoável. Reexame de prova. Inadmissibilidade em *habeas corpus*. Precedentes. *Habeas corpus* denegado. Não se caracteriza cerceamento de defesa no indeferimento de prova tida por desnecessária pelo juízo processante" (HC 88.177/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 15-12-2009, *DJE* de 11-2-2010.)

6. Consectariamente, a instauração do incidente de insanidade mental exige: a) a presença de dúvida razoável a respeito da imputabilidade penal do acusado em virtude de doença ou deficiência mental; b) faz-se mister a comprovação da doença, não sendo suficiente a mera informação de que o paciente se encontra sujeito a tratamento; c) o mero requerimento do exame não é suficiente para seu deferimento.

7. *In casu*, o paciente, ex-soldado do exército, foi denunciado por ter desrespeitado o superior hierárquico, desferindo-lhe um chute na região do abdômen, além de ter proferido palavras de baixo calão na frente de outros militares, fatos ocorridos em 14-3-2006 (fl. 10).

8. Parecer do *Parquet* pela denegação da ordem.

Ordem denegada.

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 denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela *Defensoria Pública da União*, em favor de *Rudgero Alvim Groderes Roque*, contra acórdão do Superior Tribunal Militar que rejeitou os embargos infringentes (fls. 34/39), mantendo o acórdão da apelação (fls. 15/30), assim ementado (fl. 35):

> *Ementa: violência contra superior*. Exame de insanidade. Preliminar de suspensão do processo rejeitada.
>
> Apenas a informação de que o paciente se encontra em tratamento psicoterápico não é suficiente para motivar a instauração de incidente de insanidade mental.
>
> Necessidade de comprovação da doença através de laudo pericial.
>
> É de se manter, na íntegra, o Acórdão Embargado.
>
> Decisão unânime.

O paciente, ex-soldado do Exército, foi denunciado por ter desrespeitado o Tenente Guilherme Vieira Goulart, desferindo-lhe um chute na região do abdômen, além de ter proferido palavras de baixo calão na frente de outros militares, fatos ocorridos em 14-3-2006 (fl. 10).

A impetrante assevera que o paciente foi condenado à pena de um ano pela prática do crime previsto no art. 157 do Código Penal Militar, *verbis* (fls. 10/13):

> Art. 157. Praticar violência contra superior:
>
> Pena – detenção, de três meses a dois anos.

A Defensoria Pública da União interpôs o recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, a necessidade de instauração de incidente de insanidade mental em razão da internação do paciente em clínica psiquiátrica em 20-4-2007 (fl. 14).

O Superior Tribunal Militar, em sessão de 08 de novembro de 2007, rejeitou, por maioria, a preliminar suscitada (fl. 27).

Tendo em vista a existência de voto divergente, foram interpostos os embargos infringentes, os quais foram rejeitados, mantendo-se íntegro o acórdão da apelação (fls. 34/39).

A impetrante aduz que o indeferimento da instauração do incidente de insanidade mental acarretou ofensa ao art. 156, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, o qual permite, em caso de dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, a instauração da perícia em qualquer fase do processo, *verbis*:

> Art. 156. Quando, em virtude de doença ou deficiência mental, houver dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, será ele submetido a perícia médica.
>
> § 1º A perícia poderá ser ordenada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, ou do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do acusado, em qualquer fase do processo.

Ao final, requer a concessão da ordem para que seja determinada a realização do exame no paciente.

O Ministério Público Federal opina no sentido da denegação do *writ* (fl. 50):

Habeas corpus. Cerceamento de defesa. Inexistência. Incidente de insanidade mental aduzido em sede recursal. Indeferimento. Inviabilidade do pedido na via eleita.

Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Penal e processo penal militar. Habeas corpus. Violência contra superior hierárquico. Art. 157 do Código Penal Militar. Requerimento de incidente de insanidade mental. Incidente suscitado somente em fase recursal e com base na notícia de internação. Indeferimento. Inocorrência de dúvida razoável. Não caracterizada a ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Inadmissibilidade de reexame de prova na via estreita do habeas corpus. Arbitrariedade. Não configurada. Precedentes. Ordem denegada.

1. O incidente de insanidade mental não pode ser objeto de determinação de instauração na via estreita do *habeas corpus*, salvo manifesta arbitrariedade na denegação da realização da perícia. (Precedente: RHC 80.546/DF, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *Primeira Turma*, julgado em 28-11-2000, *DJE* de 16-2-2001.)

2. A insanidade mental que legitima o deferimento da instauração do incidente reclama comprovação que induza à dúvida a respeito da imputabilidade pessoal do acusado, na forma do art. 156 do CPP, *verbis*: "Art. 156. Quando, em virtude de doença ou deficiência mental, houver dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, será ele submetido a perícia médica."

3. A doutrina do tema assenta, *verbis*: "(...) o exame não deve ser deferido apenas porque foi requerido, se não há elemento algum que revele dúvida razoável quanto à sanidade mental do acusado, não constituindo motivo suficiente a aparente insuficiência de motivo, a forma brutal do crime, atestado médico genérico, simples alegações da família etc., quando despidas de qualquer comprovação (...)" (in: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*, Atlas, 11. ed., p. 442).

4. A instância *a quo* com ampla cognição fática assentou que "(...) a defesa suscitou preliminar de incidência de insanidade mental com base tão somente na notícia, em fase recursal, de que o apelante havia sido internado em uma clínica psiquiátrica por autoagressão. A incapacidade do apelante não foi alegada em nenhuma fase do processo, não requerendo em tempo hábil o exame de sanidade mental. Portanto, não deve prosperar. (...) Ademais, apenas a informação de que o apelante se encontra em tratamento psicoterápico e o simples requerimento da defesa não são suficientes para motivar a instauração do incidente de insanidade mental. É necessário comprovar a doença por meio de laudo pericial. (...) Vê-se, então, que os autos

não apresentam dados substanciais que possam justificar razoável dúvida sobre a higidez do apelante no momento do crime. Ao contrário, constam do feito elementos contundentes demonstrando que o apelante tinha, à época dos fatos, potencial consciência do ilícito cometido (...)".

5. Deveras, é cediço na Corte: "*Ementa*: *Habeas corpus*: questão de fato: incidente de insanidade mental: salvo manifesta arbitrariedade, não é o *habeas corpus* a via adequada a aferir da existência de motivos para a dúvida do juízo da causa sobre a higidez mental do acusado e consequente instauração do incidente pericial para a sua apuração" (RHC 80.546/DF, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence, Primeira Turma*, julgado em 28-11-2000, *DJE* de 16-2-2001); "*Ementa*: *Ação penal*. Incidente de insanidade mental aduzido em sede recursal. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Inexistência. Inocorrência de dúvida razoável. Reexame de prova. Inadmissibilidade em *habeas corpus*. Precedentes. *Habeas corpus* denegado. Não se caracteriza cerceamento de defesa no indeferimento de prova tida por desnecessária pelo juízo processante" (HC 88.177/RJ, Rel. Min. *Cezar Peluso, Segunda Turma*, julgado em 15-12-2009, *DJE* de 11-2-2010.)

6. Consectariamente, a instauração do incidente de insanidade mental exige: a) a presença de dúvida razoável a respeito da imputabilidade penal do acusado em virtude de doença ou deficiência mental; b) faz-se mister a comprovação da doença, não sendo suficiente a mera informação de que o paciente se encontra sujeito a tratamento; c) o mero requerimento do exame não é suficiente para seu deferimento.

7. *In casu*, o paciente, ex-soldado do Exército, foi denunciado por ter desrespeitado o superior hierárquico, desferindo-lhe um chute na região do abdômen, além de ter proferido palavras de baixo calão na frente de outros militares, fatos ocorridos em 14-3-2006 (fl. 10).

8. Parecer do *Parquet* pela denegação da ordem.

Ordem denegada.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não assiste razão à impetrante.

O que se pretende neste *writ* é a concessão da ordem para que seja determinada a realização do exame de insanidade mental do paciente.

Alega a impetrante que o indeferimento da instauração do incidente de insanidade mental acarretou ofensa ao art. 156, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, o qual permite, em caso de dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, a instauração da perícia em qualquer fase do processo.

Cinge-se a controvérsia à ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder no indeferimento do pedido de instauração do incidente de insanidade mental do acusado.

O dispositivo que disciplina a matéria é o art. 156, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal Militar, *verbis*:

> Art. 156. Quando, em virtude de doença ou deficiência mental, houver dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, será ele submetido a perícia médica.
>
> §1º A perícia poderá ser ordenada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, ou do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do acusado, em qualquer fase do processo.

Assim, por força do texto legal, o reconhecimento ao direito de instauração do incidente de insanidade mental exige a presença de dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, em virtude de doença ou deficiência mental. Ocorre que a dúvida deve se revelar razoável. Para tanto, necessária se faz a comprovação da doença, não sendo suficiente a mera informação de que o paciente se encontra sujeito a tratamento.

Nesse sentido, a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete (in: *Código de Processo Penal interpretado*, Atlas, 11. ed., p. 442):

> (...) o exame não deve ser deferido apenas porque foi requerido, se não há elemento algum que revele dúvida razoável quanto à sanidade mental do acusado, não constituindo motivo suficiente a aparente insuficiência de motivo, a forma brutal do crime, atestado médico genérico, simples alegações da família etc., quando despidas de qualquer comprovação (...).

In casu, o indeferimento do pedido de instauração do incidente de insanidade mental deu-se nestes termos:

> *Ementa: violência contra superior*. Exame de insanidade. Preliminar de suspensão do processo rejeitada.
>
> Apenas a informação de que o paciente se encontra em tratamento psicoterápico não é suficiente para motivar a instauração de incidente de insanidade mental.
>
> Necessidade de comprovação da doença através de laudo pericial.
>
> É de se manter, na íntegra, o Acórdão Embargado.
>
> Decisão unânime.

No caso em tela, resta inocorrente a alegada ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, já que a prova pericial é fundamental à defesa do paciente. Além disso, a defesa não alegou no curso do processo a possibilidade de o paciente apresentar problemas mentais. Isso é corroborado pelo Superior Tribunal Militar, ao rejeitar a instauração do incidente de insanidade mental:

> A Defesa alega que o processo deve transformar-se em diligência para que seja efetuado o exame de sanidade mental no acusado. É de frisar-se que em nenhum momento anterior foi alegado pela defesa a possibilidade do réu ter problemas mentais quando do cometimento do delito e que a dúvida sobre a sanidade mental do acusado veio à tona somente após sua internação, por motivos alheios ao processo.
>
> No mérito, não há qualquer dúvida quanto à autoria e materialidade, em face da confissão do apelante, que encontrou harmonia com as demais provas acostadas aos autos.

> Não merece reforma o acórdão ora embargado, em face de minuciosa análise da questão pelo eminente Ministro Alte Esqu José Alfredo Lourenço dos Santos, Relator da Apelação n. 2007.01.050583-0 RS, que às fls. 287/292 destaca-se:
>
> (...)
>
> Ressalte-se que a defesa suscitou preliminar de incidência de insanidade mental com base tão somente na notícia, em fase recursal, de que o apelante havia sido internado em uma clínica psiquiátrica por autoagressão. A incapacidade do apelante não foi alegada em nenhuma fase do processo, não requerendo em tempo hábil o exame de sanidade mental. Portanto, não deve prosperar.
>
> (...)
>
> Ademais, apenas a informação de que o apelante se encontra em tratamento psicoterápico e o simples requerimento da defesa não são suficiente para motivar a instauração do incidente de insanidade mental. É necessário comprovar a doença por meio de laudo pericial.
>
> (...)
>
> Vê-se, então, que os autos não apresentam dados substanciais que possam justificar razoável dúvida sobre a higidez do apelante no momento do crime. Ao contrário, constam do feito elementos contundentes demonstrando que o apelante tinha, à época dos fatos, potencial consciência do ilícito cometido.
>
> (...)
>
> Frise-se que em nenhum momento, durante a ação penal, a defesa suscitou que o apelante não detinha discernimento do caráter ilícito dos seus atos.
>
> Veja-se, por último, que o crime em colação ocorreu em 14-mar-06, a prisão em flagrante delito efetuada pela Polícia Civil/RS, por tráfico de drogas, em 19-fev-07 e a internação na Clínica Psiquiátrica Pinel em 20-abr-07, ou seja, mais de um (01) ano após o fato.

O Ministério Público Federal manifestou-se, nestes termos, pela denegação da ordem (fl. 50):

> *Habeas corpus*. Cerceamento de defesa. Inexistência. Incidente de insanidade mental aduzido em sede recursal. Indeferimento. Inviabilidade do pedido na via eleita.
>
> – Parecer pela denegação da ordem.

Por outro lado, o incidente de insanidade mental não pode ser objeto de determinação de internação na via estreita do *habeas corpus*, salvo manifesta arbitrariedade na denegação da realização da perícia, o que não restou configurado no caso concreto. Destaque-se o seguinte precedente da Colenda Primeira Turma desta Corte, *verbis*:

> *Ementa*: *Habeas corpus*: questão de fato: incidente de insanidade mental: salvo manifesta arbitrariedade, não é *o habeas corpus* a via adequada a aferir da existência de motivos para a dúvida do juízo da causa sobre a higidez mental do acusado e consequente instauração do incidente pericial para a sua apuração.
> (RHC 80.546/DF. Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *Primeira Turma*, julgado em 28-11-2000, *DJE* de 16-2-2001.)

No mesmo sentido, a Colenda Segunda Turma, *verbis*:

Ementa: Ação penal. Incidente de insanidade mental aduzido em sede recursal. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Inexistência. Inocorrência de dúvida razoável. Reexame de prova. Inadmissibilidade em *habeas corpus*. Precedentes. *Habeas corpus* denegado. Não se caracteriza cerceamento de defesa no indeferimento de prova tida por desnecessária pelo juízo processante.
(HC 88.177/RJ. Rel. Min. *Cezar Peluso*, *Segunda Turma*, julgado em 15-12-2009, *DJE* de 11-2-2010.)

Por esses fundamentos, voto no sentido de *denegar a ordem* pleiteada.

EXTRATO DA ATA

HC 102.936/RS — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Rudgero Alvim Groderes Roque. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma denegou 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. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 103.805 — SP

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Paciente: Thiago Scartezini Rodrigues — Impetrante: Marcos Rogério Ferreira — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Júri. Crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, V). Paciente absolvido. Apelação do Ministério Público sob o fundamento de que a absolvição é manifestamente contrária à prova dos autos. Recurso provido para determinar a realização de novo julgamento pelo tribunal popular. Respeitada a soberania dos veredictos. Inexistência de excesso de linguagem. Ordem denegada.

1. O princípio constitucional da soberania dos veredictos, quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, não é violado pela determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri. (Precedentes: HC 104.301/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 4-3-2011; HC 76.994/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, *DJ* de 26-6-1998; HC 102.004/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 8-2-2011; e HC 94.052/PR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 14-8-2009).

2. A fundamentação do acórdão com fulcro no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, não implica o vício de excesso de linguagem.

3. A doutrina do tema assenta, *verbis*: "(...) a simples existência de apelação voltando ao questionamento da decisão dos jurados não constitui, por si só, ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos; ao contrário, harmonizam-se os princípios, consagrando-se na hipótese o duplo grau de jurisdição. Além do mais, a Constituição menciona haver soberania dos veredictos, não querendo dizer que exista um só. A isso, devemos acrescentar que os jurados, como seres humanos que são, podem errar e nada impede que o tribunal reveja a decisão, impondo a necessidade de se fazer um novo julgamento. Isto não significa que o juiz togado substituirá o jurado na tarefa de dar a última palavra quanto ao crime doloso contra a vida que lhe for apresentado para julgamento. Por isso, dando provimento ao recurso, por ter o júri decidido contra a prova dos autos, cabe ao Tribunal Popular proferir uma outra decisão. Esta, sim, torna-se soberana." (in: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal, *Revista dos Tribunais*, 3. ed., p. 833).

4. *In casu*, a instância *a quo* assentou que a anulação se impunha em razão do julgamento contrário às evidências dos

autos, no concernente ao crime de homicídio consumado, por isso que, não obstante a ausência de provas concludentes de que o acusado efetivamente disparara arma de fogo contra a vítima, o fato é que o recorrente, na visão do juízo *a quo*, organizou e participou de toda a ação criminosa, devendo responder por todos os delitos perpetuados.

5. Deveras, é cediço na Corte que: "1. Ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça procura demonstrar, nos limites do comedimento na apreciação da prova, não existir nos autos material probatório a corroborar a tese defensiva acolhida pelos jurados. Dever constitucional de fundamentar todas as decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da Constituição da República). Inexistência de excesso de linguagem. 2. A determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos veredictos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. 3. *Habeas corpus* denegado." (HC 104.301/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 4-3-2011.)

6. O *habeas corpus* não é meio hábil à análise da existência de material probatório que corrobore a tese sustentada pela defesa e acatada pelos jurados, posto implicar o revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do *habeas corpus*. É que, ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça procurou demonstrar, nos limites do comedimento na apreciação da prova, que não existe nos autos material probatório a corroborar a tese defensiva que foi acolhida pelos jurados. (Precedente: HC 102.004/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 8-2-2011.)

7. Deveras, o eventual excesso de linguagem, que visa dar fundamento à decisão judicial, salvo regra expressa quanto à pronúncia, não gera a anulação do julgamento. (Precedente: HC 94.731/MT, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJE* de 12-2-2010).

8. *In casu*, o paciente foi absolvido, por insuficiência de prova, da imputação referente ao art. 121, § 2º, V, c/c o art. 29 do Código Penal.

9. Parecer do *Parquet* pela denegação da ordem.

Ordem denegada.

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 denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por *Marcos Rogério Ferreira*, em favor de *Thiago Scartezini Rodrigues*, contra acórdão do Superior Tribunal Justiça, assim ementado (fl. 14):

> *Habeas corpus. Processual penal. Participação no crime de homicídio qualificado. Paciente absolvido. Apelação do Ministério Público. Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Recurso provido. Soberania dos veredictos respeitada. Excesso de linguagem. Inexistência. Fundamentação nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Ordem denegada.*
>
> 1. É firme o entendimento desta Corte e do Excelso Pretório que a submissão do acusado a novo julgamento não viola o princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.
>
> 2. A Corte *a quo*, ao reconhecer que o veredicto dos jurados está completamente dissociado do conjunto probatório dos autos, apenas explicitou de forma suficiente os elementos constantes dos autos que fundamentam a decisão, em observância ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.
>
> 3. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.
>
> 4. Ordem denegada.

O paciente foi denunciado pela prática dos crimes de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V), tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V, c/c art. 14, II), roubo duplamente qualificado (art. 157, § 2º, I e II), dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III) e resistência (art. 329), todos do Código Penal, e porte de arma de fogo de uso restrito e com numeração raspada (art. 10, § 2º e § 3º, I, da Lei 9.437/1997 – revogada pela Lei 10.826/2003), todos na forma dos arts. 29 e 69 do Código Penal, *verbis*:

> Art. 121. Matar alguém:
> Pena – reclusão, de seis a vinte anos.
> (...)
> § 2º Se o homicídio é cometido:
> (...)
> V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:
> Pena – reclusão, de doze a trinta anos.
>
> Art. 14. Diz-se o crime:
> (...)

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único. Se o crime é cometido:

(...)

III – contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena – detenção, de dois meses a dois anos.

Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena – detenção de um a dois anos e multa.

(...)

§ 2º A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.

§ 3º Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Acolhida parcialmente a sentença de pronúncia, o paciente foi condenado à pena de 17 (dezessete) anos de reclusão em regime inicial fechado e ao cumprimento de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, tendo sido absolvido, por insuficiência de prova, da imputação referente ao art. 121, § 2º, V, c/c o art. 29 do Código Penal.

Ambas as partes recorreram da sentença. O Ministério Público apelou alegando que a absolvição quanto ao crime de homicídio qualificado se dera contrariamente à prova dos autos, requerendo a submissão do réu a novo julgamento pelo júri popular. O apelo do réu pretendeu a diminuição da pena e o reconhecimento da continuidade delitiva.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou o recurso da defesa e deu provimento ao apelo ministerial, exclusivamente em relação aos crimes dolosos contra a vida, mantida a sentença em relação aos crimes conexos (fls. 19/42).

O paciente impetrou *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça em face do acórdão proferido em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido denegada a ordem (fls. 13/18).

Ao final, requereu a concessão da ordem para "decretar a nulidade absoluta das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça, com a consequente cassação de seus efeitos, determinando-se que outro seja proferido" (fl. 12). Defende o impetrante a ilegalidade do acórdão que deu provimento ao recurso do Ministério Público por ter incorrido em excesso de linguagem.

O Ministério Público Federal opina no sentido da denegação da ordem, uma vez que "não se verificou excesso de fundamentação capaz de influenciar negativamente os jurados" (fl. 53).

É o relatório.

VOTO

Ementa: *Penal e processo penal. Habeas corpus. Júri. Crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, V). Paciente absolvido. Apelação do Ministério Público sob o fundamento de que a absolvição é manifestamente contrária à prova dos autos. Recurso provido para determinar a realização de novo julgamento pelo tribunal popular. Respeitada a soberania dos veredictos. Inexistência de excesso de linguagem. Ordem denegada.*

1. O princípio constitucional da soberania dos veredictos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos não é violado pela determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri. (Precedentes: HC 104.301/ES, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, *Primeira Turma*, *DJE* de 4-3-2011; HC 76.994/RJ, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, *Segunda Turma*, *DJ* de 26-6-1998; HC 102.004/ES, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, *Primeira Turma*, *DJE* de 8-2-2011; e HC 94.052/PR, Rel. Min. *Eros Grau*, *Segunda Turma*, *DJE* de 14-8-2009.)

2. A fundamentação do acórdão com fulcro no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, não implica o vício de excesso de linguagem.

3. A doutrina do tema assenta, *verbis*: "(...) a simples existência de apelação voltando ao questionamento da decisão dos jurados não constitui, por si só, ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos;

ao contrário, harmonizam-se os princípios, consagrando-se na hipótese o duplo grau de jurisdição. Além do mais, a Constituição menciona haver soberania dos veredictos, não querendo dizer que exista um só. A isso, devemos acrescentar que os jurados, como seres humanos que são, podem errar e nada impede que o tribunal reveja a decisão, impondo a necessidade de se fazer um novo julgamento. Isto não significa que o juiz togado substituirá o jurado na tarefa de dar a última palavra quanto ao crime doloso contra a vida que lhe for apresentado para julgamento. Por isso, dando provimento ao recurso, por ter o júri decidido contra a prova dos autos, cabe ao Tribunal Popular proferir uma outra decisão. Esta, sim, torna-se soberana." (in: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal, *Revista dos Tribunais*, 3. ed., p. 833.)

4. *In casu*, a instância *a quo* assentou que a anulação se impunha em razão do julgamento contrário às evidências dos autos, no concernente ao crime de homicídio consumado, por isso que, não obstante a ausência de provas concludentes de que o acusado efetivamente disparara arma de fogo contra a vítima, o fato é que o recorrente, na visão do juízo *a quo*, organizou e participou de toda a ação criminosa, devendo responder por todos os delitos perpetuados.

5. Deveras, é cediço na Corte que: "1. Ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça procura demonstrar, nos limites do comedimento na apreciação da prova, não existir nos autos material probatório a corroborar a tese defensiva acolhida pelos jurados. Dever constitucional de fundamentar todas as decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da Constituição da República). Inexistência de excesso de linguagem. 2. A determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos veredictos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. 3. *Habeas corpus* denegado." (HC 104.301/ES, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, *Primeira Turma*, *DJE* de 4-3-2011.)

6. O *habeas corpus* não é meio hábil à análise da existência de material probatório que corrobore a tese sustentada pela defesa e acatada pelos jurados, posto implicar o revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do *habeas corpus.* É que ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça procurou demonstrar, nos limites do comedimento na apreciação da prova, que não existe nos autos material probatório a corroborar a tese defensiva que foi acolhida pelos jurados. (Precedente: HC 102.004/ES, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, *Primeira Turma*, *DJE* de 8-2-2011).

7. Deveras, o eventual excesso de linguagem, que visa dar fundamento à decisão judicial, salvo regra expressa quanto à pronúncia, não gera a anulação do julgamento. (Precedente: HC 94.731/MT, Rel. Min. *Dias Toffoli*, *Primeira Turma*, *DJE* de 12-2-2010.)

8. *In casu*, o paciente foi absolvido, por insuficiência de prova, da imputação referente ao art. 121, § 2º, V, c/c o art. 29 do Código Penal.

9. Parecer do *Parquet* pela denegação da ordem.

Ordem denegada.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não assiste razão ao impetrante.

Cinge-se a controvérsia à ocorrência de ilegalidade por excesso de linguagem no acórdão do Tribunal que deu provimento ao apelo ministerial por ter incorrido em excesso de linguagem.

In casu, quanto à tese da defesa de excesso de linguagem, destaca-se o trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou a realização de novo julgamento pelo júri popular (fls. 32/33):

> A anulação é necessária, porque proferido julgamento contrário às evidências dos autos, no que diz ao crime de homicídio consumado.
>
> Dês que e pelo menos, não obstante não haja provas concludentes de que fora o acusado **Thiago** que efetivamente disparou arma de fogo contra a vítima fatal Valdir, o fato é que o réu organizou e participou de toda a ação criminosa que objetiva o resgate do preso Wander e, desse modo, responde por todos os delitos perpetuados pelo bando, derivados daquele resgate e que visaram assegurar a impunidade do grupo.
>
> Isso porque para esses delitos, incluso aí o homicídio qualificado, o acusado verdadeiramente teria concorrido – e no mínimo com dolo eventual, vez que, com sua participação no resgate do preso, e posterior fuga em conluio com os demais, assumiu os riscos das condutas de seus comparsas.
>
> Trata-se de situação típica de concurso de agentes, retratada no art. 29, *caput*, do Cód. Penal, ao estabelecer que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominada, na medida de sua cumpabilidade". (...)
>
> Daí que imperiosa a anulação do julgamento do E. Conselho de Sentença.

Resta evidenciado que não foi apontado no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo qualquer elemento probatório que não fosse necessário para justificar a necessidade de realização de um novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela inexistência de excesso de linguagem, tendo o acórdão do Tribunal de Justiça apenas explicitado de forma suficiente os elementos constantes dos autos que fundamentam a decisão, não havendo que se falar em ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, *verbis*:

> *Habeas corpus. Processual penal. Participação no crime de homicídio qualificado. Paciente absolvido. Apelação do Ministério Público. Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Recurso provido. Soberania dos veredictos respeitada. Excesso de linguagem. Inexistência. Fundamentação nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Ordem denegada.*
>
> 1. É firme o entendimento desta Corte e do Excelso Pretório que a submissão do acusado a novo julgamento não viola o princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.
>
> 2. A Corte *a quo*, ao reconhecer que o veredicto dos jurados está completamente dissociado do conjunto probatório dos autos, apenas explicitou de forma

suficiente os elementos constantes dos autos que fundamentam a decisão, em observância ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

3. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem denegada.

No caso em tela, resta inocorrente a alegada ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus*, uma vez que não se verificou excesso de fundamentação capaz de influenciar negativamente os jurados.

O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Destaquem-se os seguintes precedentes, *verbis*:

1. Ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça procurou demonstrar, nos limites do comedimento na apreciação da prova, não existir nos autos material probatório a corroborar a tese defensiva acolhida pelos jurados. Dever constitucional de fundamentar todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da Constituição da República). Inexistência de excesso de linguagem.

2. A determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos veredictos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 104.301/ES, Rel. Min. *Cármen Lúcia, Primeira Turma*, *DJE* de 4-3-2011.)

2. O acórdão que anula decisão do júri por ser manifestamente contrária à prova dos autos e que, para tanto, afirma que a prova incriminatória é exuberante e segura, não incide no vício de excesso de fundamentação.

3. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido.

(HC 76.994/RJ, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, *Segunda Turma*, *DJ* de 26-6-1998.)

Ementa: Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Tribunal do Júri. Determinação de novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Alegação de contrariedade ao princípio constitucional da soberania do veredicto: improcedência. Necessidade de reexame de fatos e provas impróprio na via eleita. Alegação de excesso de linguagem: inexistência. 1. A determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos veredictos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos.

2. A análise da existência de material probatório que corrobore a tese sustentada pela defesa e acatada pelos jurados impõe, na espécie vertente, revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do *habeas corpus.*

3. Ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça procurou demonstrar, nos limites do comedimento na apreciação da prova, que não existe nos autos material probatório a corroborar a tese defensiva que foi acolhida pelos jurados. Dever constitucional de fundamentar todas as decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da Constituição da República). Inexistência de excesso de linguagem.

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC 102.004/ES, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, *Primeira Turma*, *DJE* de 8-2-2011.)

Ressalte-se ainda que o acórdão que acolhe a alegação de que a absolvição contraria a prova dos autos traduz juízo de cassação e não de reforma, de modo a possibilitar que o Tribunal do Júri decida soberanamente. Daí a improcedência do argumento de que a soberania foi violada. Nesse sentido:

> *Ementa: Habeas corpus. Constitucional. Art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição de 1988. Violação da soberania dos veredictos júri. Não ocorrência. Decisão sujeita a controle do Tribunal ad quem. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Anulação. Juízo de cassação, não de reforma. Identificação do cadáver. Matéria fático-probatória.*
>
> 1. A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, não sendo absoluta, está sujeita a controle do juízo *ad quem*, nos termos do que prevê o art. 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal. Resulta daí que o Tribunal de Justiça do Paraná não violou o disposto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da Constituição do Brasil ao anular a decisão do Júri sob o fundamento de ter contrariado as provas coligidas nos autos. Precedentes.
>
> 2. O Tribunal local proferiu juízo de cassação, não de reforma, reservando ao Tribunal do Júri, juízo natural da causa, novo julgamento.
>
> 3. A controvérsia a respeito da identidade da vítima demanda, para seu deslinde, aprofundado reexame de fatos e provas, inviável em *habeas corpus*.
>
> Ordem denegada.
>
> (HC 94.052/PR, Rel. Min. *Eros Grau*, *Segunda Turma*, *DJE* de 14-8-2009.)

Nesse sentido, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci (in: Manual de processo penal e execução penal, *Revista dos Tribunais*, 3. ed., p. 833):

> (...) a simples existência de apelação voltando ao questionamento da decisão dos jurados não constitui, por si só, ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos; ao contrário, harmonizam-se os princípios, consagrando-se na hipótese o duplo grau de jurisdição. Além do mais, a Constituição menciona haver soberania dos veredictos, não querendo dizer que exista um só. A isso, devemos acrescentar que os jurados, como seres humanos que são, podem errar e nada impede que o tribunal reveja a decisão, impondo a necessidade de se fazer um novo julgamento. Isto não significa que o juiz togado substituirá o jurado na tarefa de dar a última palavra quanto ao crime doloso contra a vida que lhe for apresentado para julgamento. Por isso, dando provimento ao recurso, por ter o júri decidido contra a prova dos autos, cabe ao Tribunal Popular proferir uma outra decisão. Esta, sim, torna-se soberana.

Por outro lado, nem mesmo se faz necessária a anulação do julgamento, ainda que viesse a ser admitida a tese do excesso de linguagem. Nesse sentido:

> *Habeas corpus*. Processual penal. Crime de competência do Tribunal do Júri. Excesso de linguagem reconhecido. Desnecessidade de anulação do julgamento, sendo suficiente o desentranhamento do acórdão no qual foram proferidas as expressões extravagantes. Precedente.
>
> 1. O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao conceder parcialmente a ordem para reconhecer o excesso de linguagem e vedar sua utilização na sessão de julgamento, não divergiu da orientação desta Suprema Corte, firmada no sentido de que, (...) *dada a necessidade de comprovação de prejuízo concreto*

(...), *não há nulidade, sequer em tese, a ser declarada* (HC 89.088/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 1º-12-2006), se os jurados não tiverem acesso à pronúncia ou ao acórdão que a confirmou.

2. *Habeas corpus* denegado.

(HC 94.731/MT, Rel. Min. *Dias Toffoli*, *Primeira Turma*, *DJE* de 12-2-2010.)

O Ministério Público Federal opina no sentido da denegação da ordem por ausência de excesso de fundamentação capaz de influenciar negativamente os jurados (fl. 54):

> Com efeito, o tribunal de origem, sem incorrer no excesso de que se queixa a impetração, apenas cuidou de demonstrar o frontal descompasso entre a prova dos autos e a tese defensiva acolhida pelos jurados (do contrário haveria falta de fundamentação). É válido o provimento que não contém "*linguagem ou raciocínio capaz de influir indevidamente no ânimo dos jurados*" (HC 69.990/MS, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 16-4-1993).

Portanto, ao determinar a realização de um novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não incorreu em excesso capaz de influenciar no ânimo dos jurados. Apenas procurou demonstrar as razões de seu convencimento a respeito da materialidade do crime e dos indícios da participação do acusado no crime, fazendo-o em estrita observância ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais, inserto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Por esses fundamentos, voto no sentido de *denegar* a ordem pleiteada.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Presidente, acompanho o eminente Relator. O próprio parecer do Ministério Público, subscrito por quem foi, pela denegação da ordem já me levaria a denegá-la. Por isso, acompanho o eminente Relator, Senhora Presidente.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há excesso de linguagem?

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não, não há excesso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Não, o Ministro Luiz Fux afirma que ele foi comedido.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Foi um pronunciamento formal. A anulação é necessária porque proferido julgamento contrário às provas dos autos e que dizem respeito a homicídio consumado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Fica difícil reformar uma sentença absolutória, assentando-se que seria manifestamente contrária à prova dos autos sem tecer alguma consideração sobre a espécie.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Exatamente, porque o excesso não pode, mas a insuficiência também não.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): É o dever de motivar a decisão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): A insuficiência como o excesso podem levar realmente.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Se fala muito, não pode. Se fala pouco, anula. Então, o meio-termo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A virtude está no meio-termo, já diziam os antigos.

EXTRATO DA ATA

HC 103.805/SP — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Thiago Scartezini Rodrigues. Impetrante: Marcos Rogério Ferreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou 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. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 104.459 — ES

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Pacientes: Carlos Alberto Corcino de Freitas e João Roberto Corcino de Freitas — Impetrantes: Fabrício de Oliveira Campos e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus.* Processual penal. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e da instrução criminal. Superveniência de sentença condenatória. Manutenção da prisão sem qualquer fundamento novo. Ausência de prejudicialidade da impetração. Insuficiência dos motivos que ensejaram a decretação. Ordem concedida.**

I – A superveniência da sentença penal condenatória, na espécie, não prejudica este *habeas corpus,* tendo em vista que o juízo sentenciante limitou-se a afirmar que mantinha a prisão, sem fazer qualquer acréscimo de fundamentos, além daqueles já expostos na decisão que decretou a medida cautelar. Precedentes.

II – O decreto prisional expedido contra os pacientes, embora relate fatos de extrema gravidade, não se sustenta pelos seus fundamentos, ainda mais com a prolação de sentença penal condenatória.

III – Fica enfraquecida a prisão cautelar com base na garantia da ordem pública ou da instrução criminal, pois, afastada a autoria dos pacientes quanto aos crimes relacionados aos cargos que ocupavam (estelionato, prevaricação e falsidade ideológica), não é crível a afirmação de que, soltos, continuariam a praticá-los.

IV – Os pacientes restaram condenados à pena de dois anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado, e à perda do cargo público que ocupavam, unicamente pelo crime de formação de quadrilha, sendo mantida a prisão cautelar sem qualquer novo fundamento.

V – *Habeas corpus* concedido para revogar o decreto de prisão cautelar, mantido na sentença condenatória, e determinar a imediata soltura dos pacientes, salvo se por outro motivo estiverem presos.

VI – A soltura dos pacientes não implica no retorno às funções públicas antes exercidas, especialmente porque decretada sua perda na sentença condenatória.

VII – Determinação ao juízo de origem para que investigue o uso indevido de algemas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, com determinação.

Brasília, 14 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 por Fabrício de Oliveira Campos, Conceição Aparecida Giori e Luciana Christina Guimarães Lóssio em favor de Carlos Alberto Corcino de Freitas e João Roberto Corcino de Freitas, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 166.530/ES, Rel. Min. Laurita Vaz.

Consta dos autos, em suma, que os pacientes, denunciados pela suposta prática dos crimes previstos no art. 288 (formação de quadrilha) e no art. 317 (corrupção passiva), ambos do Código Penal, tiveram, ainda durante as investigações, em 9-2-2010, as suas prisões preventivas decretadas pelo Juízo da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo, com fundamento na garantia da ordem pública e da instrução penal.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 2ª Região e, posteriormente, outro no Superior Tribunal de Justiça, sendo denegada a ordem em ambas as impetrações.

É contra a decisão do STJ que se insurgem os impetrantes.

Sustentam, em síntese, a ausência de fundamentos concretos que justifiquem os requisitos autorizadores da segregação cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Afirmam, ainda, que, encerradas as investigações e realizada a busca e apreensão no local de trabalho dos pacientes, a defesa postulou a revogação da prisão preventiva, sendo o pleito indeferido pelo magistrado de primeiro grau, o qual, embora tenha reconhecido a insubsistência do fundamento relativo à conveniência da instrução criminal, manteve a custódia com fulcro na garantia da ordem pública.

Anotam, em seguida, a deficiência na fundamentação quanto à necessidade da mantença da custódia preventiva, lastreada apenas na gravidade em abstrato do delito e no fundamento de que, em liberdade, os pacientes voltariam a delinquir.

Asseveram, outrossim, que, mesmo diante de parecer favorável do Ministério Publico Federal, o Superior Tribunal de Justiça manteve a prisão dos pacientes por três votos a dois.

Dizem, mais, que o TRF da 2ª Região e a Corte Superior invocaram argumentos alheios ao próprio decreto prisional.

Aduzem, assim, que a manutenção da custódia preventiva "agride os preceitos mais elementares da necessidade da segregação cautelar e insulta a presunção de não culpabilidade" (fl. 8).

Requerem, ao final, o deferimento de medida liminar para suspender os efeitos do decreto de prisão e, no mérito, pedem a concessão da ordem para revogar, definitivamente, a prisão preventiva dos pacientes.

Em 17-6-2010, indeferi o pedido de medida liminar, solicitei informações e, na sequência, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 325-327).

A autoridade impetrada prestou as informações de fl. 347 e encaminhou os documentos de fls. 348-366.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, opinou pela denegação da ordem (fls. 370-377). Juntou, ainda, os documentos de fls. 378-394.

Às fls. 396-399, os impetrantes reiteram os termos da impetração e pedem que o feito seja incluído em pauta na próxima sessão, com intimação para sustentação oral.

Em 31-8-2010, por meio da petição de fls. 415-418, os impetrantes noticiam a prolação de sentença penal condenatória pelo juízo de primeiro grau, na qual foi mantida a prisão cautelar dos pacientes.

Pedem, em seguida, que o *writ* não seja julgado prejudicado, pois a custódia foi mantida sem qualquer acréscimo de fundamento. Juntam, ainda, cópia da parte dispositiva do decreto condenatório (fls. 419-420).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de concessão da ordem.

A ementa do acórdão ora questionado foi assim redigida:

> *Habeas corpus. Processual penal. Crimes de formação de quadrilha, estelionato continuado, corrupção passiva e prevaricação. Tese de incompetência do juízo processante e de nulidade das escutas telefônicas. Questões não apreciadas pela corte de origem. Supressão de instância. Prisão preventiva. Decisão fundamentada. Garantia da ordem pública. Reiteração de condutas delituosas. Fundamento suficiente por si só. Constrangimento ilegal não evidenciado.*

1. Tendo em vista que as teses de incompetência do juízo processante e de nulidade das escutas telefônicas, que teriam fundamentado a custódia preventiva, não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem, não há como ser conhecida, no particular, a impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea *a*, da Constituição da República) para apreciar originariamente as questões, sob pena de supressão de instância.

2. Na espécie, a manutenção da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada no decreto prisional em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a periculosidade dos agentes, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, fundamento suficiente, por si só, para justificar a prisão preventiva, em se considerando, sobretudo, fortes indicativos de que a atividade criminosa era reiterada, o que demonstra, com clareza, a perniciosidade da ação ao meio social. Precedentes.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.

(Fl. 359.)

Consta dos autos que a Polícia Federal no Estado do Espírito Santo inciou investigação criminal para apurar possíveis crimes contra o patrimônio do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), consubstanciado na obtenção fraudulenta de benefícios assistenciais a idosos, praticado por uma organização criminosa com atuação na região metropolitana da Grande Vitória e em alguns Municípios do interior.

Com base nas investigações, inclusive por meio de interceptações telefônicas autorizadas pela Justiça, chegou-se à autoria de diversas pessoas, entre elas, os ora pacientes, os quais, segundo a peça acusatória, na condição de tabeliães do Cartório Leandro, situado no Município de Vila Velha/ES, teriam emitido tardiamente certidões de nascimento falsas, e outros documentos, para serem utilizados por outros integrantes da quadrilha, com a finalidade de viabilizar o recebimento indevido de benefícios previdenciários (fls. 115-166).

Os pacientes foram, então, denunciados pelos crimes de quadrilha, estelionato, prevaricação, falsidade ideológica e corrupção passiva (fls. 163-164), sendo a denúncia recebida apenas pelos crimes de quadrilha e corrupção passiva (fls. 290-306).

Os impetrantes trazem, agora, a notícia da prolação de sentença de mérito na qual os pacientes restaram condenados a dois anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado, além da perda do cargo público que ocupavam, pela prática do delito previsto no art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando). Ressaltam, ainda, que o decreto condenatório manteve a segregação cautelar.

Neste *writ*, questionam, tão somente, os fundamentos do decreto prisional.

Assiste razão aos impetrantes.

Preliminarmente, entendo que a superveniência da sentença penal condenatória, na espécie, não prejudica este *habeas corpus*, tendo em vista que o juízo sentenciante limitou-se a manter a prisão, sem fazer qualquer acréscimo de fundamentos, além daqueles já expostos na decisão que decretou a medida cautelar.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Primeira Turma:

> *Habeas corpus*. Penal e processual penal. Impetração contra decisão que decretou prisão preventiva. Superveniência de sentença de pronúncia. Prejudicialidade. Precedentes da Corte.
>
> 1. O julgamento do *habeas corpus* impetrado contra decisão que decretou a prisão preventiva não fica prejudicado pela superveniência de sentença de pronúncia na hipótese em que esta simplesmente repetir os fundamentos declinados na ordem de segregação cautelar anterior.
>
> 2. A sentença de pronúncia que traz fundamentos novos ou complementares constitui, ao contrário, título de prisão cautelar autônomo que, por isso, deve ser atacado em via própria, cumprindo assim reconhecer prejudicado o *writ* anteriormente impetrado.
>
> (...)
>
> 6. *Habeas corpus* denegado.

(HC 91.205/DF, Rel. Min. Menezes Direito – Grifos meus e no original.)

Naquela oportunidade, o saudoso Ministro Menezes Direito ressaltou os seguintes aspectos, fazendo, inclusive, referência a diversos precedentes da Corte:

> (...)
>
> A orientação prevalecente, no entanto, é a de que a sentença de pronúncia, quando repete os fundamentos do decreto preventivo anterior e, com maior razão, quando é omissa sobre os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, pode estar contaminada pelos mesmos vícios que maculavam o decreto preventivo, daí persistir o interesse no julgamento do *writ* impetrado originariamente. Esse raciocínio está assentado na premissa de que, reconhecida a nulidade da ordem de prisão preventiva, estará automaticamente reconhecida a invalidez da sentença de pronúncia na parte relativa à segregação do réu, já que os fundamentos de ambas as decisões são, nessas hipóteses específicas, os mesmos.
>
> Perfilhando essa orientação: HC 83.777/MG, Tribunal Pleno, Rel. p/ ac. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 6-10-2006; HC 90.064/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 22-6-2007; HC 86.522/4, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 16-6-2006; HC 86.019/RS, Primeira Turma, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 7-4-2006.

(Grifos no original.)

Passo, então, a analisar os fundamentos da preventiva.

O Magistrado da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo, em 5-2-2010, ao decretar a medida cautelar, expôs os seguintes fundamentos:

> Quanto à materialidade dos crimes, faço remissão à decisão anterior, *in verbis*:
>
> **"Os crimes em investigação são punidos com reclusão, havendo consistente apuração de estelionatos diversos para obtenção fraudulenta de benefícios assistenciais, falsificações de documentos públicos e falsidades ideológicas diversas (certidões de nascimento, carteiras de trabalho,**

cartões de CPF, títulos de eleitor), cuja potencialidade lesiva parece não se esgotar com a prática dos estelionatos. Segundo descreve o MPF:

> Denota-se dos elementos colacionados aos presentes autos, aos do IPL 458/2009 e aos do Proc. N. 2009.50.01.009867-6, minuciosamente sistematizados na representação da autoridade policial, às fls. 3/68, que desde o início das interceptações telefônicas, iniciadas em agosto/2009, a atividade criminosa dos membros da quadrilha é constante, os quais se articulam dia após dia para fraudar a Previdência Social, chegando a lograr êxito em muitos casos.
>
> Lado outro, a gravidade dos crimes cometidos pela quadrilha não está apenas no desfalque proporcionado aos cofres da Previdência Social, consubstanciado na concessão de benefícios assistenciais a pessoas que não preenchem os requisitos legais ou que sequer existem fisicamente, fato que, por si só, é extremamente pernicioso ao sistema de seguridade social, mas também na enxurrada de documentos ideologicamente falsos (CTPS, CPF, título de eleitor e comprovantes de residência) que são emitidos a partir de certidões de nascimento maculadas dos mesmos vícios, o que causa extrema preocupação quanto à segurança das relações jurídicas quer seja entre particulares, quer seja com poder público, em especial o sistema de crédito e eleitoral, que podem ser extremamente abalados.
>
> (...)
>
> Consoante ressaltado no início desta peça, em março/2009 a Força-Tarefa previdenciária já havia identificado cerca de 80 (oitenta) benefícios assistenciais com as características das fraudes empregadas pela quadrilha, sendo que desse total, 60 (sessenta) estavam ativos, é dizer, continuavam a serem pagos indevidamente a pessoas que não preenchem os requisitos legais.
>
> Lado outro, o grupo compromete seriamente a fé pública ao proporcionar o assento de registros de nascimento falsos e a emissão de CTPS, CPF e títulos de eleitor ideologicamente falsos, atingindo, em última instância, a legitimidade do próprio sistema democrático, haja vista criarem 'eleitores fantasmas'.
>
> (Transcrição de fls. 81/82.)

A representação policial narra detalhadamente os indícios que fundamentaram o começo das investigações, com posterior interceptação telefônica cujos diálogos permitiram o delineamento das atividades de, pelo menos, cinco pessoas em visível associação. Então, dentre os crimes punidos com reclusão, inclui-se ainda o crime de quadrilha ou bando.

Pois bem, fatos apurados ainda antes da deflagração das prisões, em decorrência de investigação sobre fatos semelhantes levada a efeito pela Delegacia de Polícia Federal em Niterói, conduziram a descoberta fortuita de indícios de participação de outras pessoas na miríade de falsificações de documentos públicos.

Às cinco pessoas referidas na decisão anterior, a representação policial e a promoção ministerial agregam quatro outras:

> (...)
>
> **– João Roberto Corcino de Freitas**: oficial substituto do Cartório Leandro, teve sua participação evidenciada por contato telefônico com

Alair, às vésperas da decretação de sua prisão, e corroborado por *Juliano* e *Jardel*, cujos depoimentos revelam intenso e espúrio relacionamento com *Alair Nicolau da Silva*.

– Carlos Alberto Corcino de Freitas: oficial titular do Cartório Leandro, teve sua participação igualmente evidenciada por *Juliano* e *Jardel*, cujos depoimentos revelam intenso e espúrio relacionamento com *Alair Nicolou da Silva*.

Por certo, os depoimentos de *Juliano* e *Jardel* não surgem como evidências isoladas do contexto fático da investigação policial.

Tem inteira razão o Ministério Público Federal ao apontar que a repetição de certidões material ou ideologicamente falsas não pode resultar de mera coincidência: mais de 40 ocorrências em menos de um mês, sempre por intermédio de *Alair*, diversas delas com datas coincidentes e números sequenciais, sem qualquer suscitação de dúvida pelos tabeliães titular e substituto.

A quantidade e a frequência das falsificações induzem prática cotidiana e tornam enorme o risco para a ordem pública decorrente de permanecerem os requeridos em liberdade.

Quanto a eles, pode-se fazer juízo valorativo idêntico àquele que fundamentou a prisão dos demais: as atividades criminosas não representam momentos esporádicos na vida dos investigados, sendo verdadeiro meio ilegal de sustento. Certo é que Juliano, Jardel e, sobretudo, João Roberto e Carlos Roberto tiveram papel fundamental no funcionamento do esquema criminoso e de suas ações.

(...)

Por outro lado, quanto a *João Roberto* e *Carlos Alberto*, a decretação da prisão preventiva tem duplo fundamento. A par da necessidade de garantia da ordem pública, há marcante risco para a instrução processual penal em virtude de lhes ser possível ocultar ou destruir documentos de que tenham posse em função do cargo que ocupam."

(Fls. 104-106 – Grifos meus e no original.)

Já o decreto condenatório negou aos pacientes o direito de apelar em liberdade nos seguintes termos:

Este juízo decretou a prisão preventiva dos réus baseado em duas considerações.

Havia risco para a instrução penal, representado pela possibilidade de destruição da prova.

Esse risco desapareceu.

Havia risco para a ordem jurídica, decorrente da possibilidade de valerem-se os réus de idênticos expedientes e persistirem na prática criminosa.

(...)

Contudo, ao menos um elemento parece evidenciar que a decisão serviu ao propósito de garantir a ordem pública.

O "econômico" decreto prisional se escorava na probabilidade – haurida da observação cotidiana e não de meras "projeções mentais" – de que o simples afastamento dos réus de suas funções não os impediria "de continuar a violar a ordem pública por meio de ingerências na atividade cartorária cujos meandros conhecem profundamente".

E, conquanto presos, conseguiram-no.

Transcrevo abaixo um trecho da decisão proferida pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo, cuja cópia foi trazida aos autos pelo Ofício Gab n. 437/2010 (fl. 792 e seguintes, tendo sido transcrito excerto de fls. 795/796):

> Lado outro, no que tange o aspecto material do ato administrativo, isto é, quanto à suposta discricionariedade atribuída à Administração para designação de interventor da unidade cartorária, melhor sorte não assiste à Portaria n. 001/2010.
>
> As circunstâncias do caso concreto estão a revelar ser absolutamente inconveniente e inoportuna que durante a tramitação da ação penal impetrada em seu desfavor, por atos correlacionados com o exercício da delegação, o Sr. Carlos Alberto Corcino de Freitas indique pessoa de sua confiança para responder pela interinidade do Cartório Leandro.
>
> É de se ponderar o indubitável potencial lesivo de tal escolha na medida em que poderá acarretar inegável prejuízo à instrução criminal e à eficácia da norma penal repressora. Afinal, presume-se que o oficial interino indicado seja pessoa de confiança do oficial titular suspeito pela prática dos ilícitos denunciados pelo MPF.
>
> O risco persiste. Os funcionários do Cartório Leandro permanecem os mesmos que, também visto anteriormente, tinham *João Roberto* e *Carlos Alberto* como referências pessoais e se apressaram em defendê-los como pessoas honestas e caridosas.
>
> (...)
>
> A prisão cautelar será mantida.
>
> Permanecem os seus pressupostos e se agrega o fato de não mais se tratar apenas de uma prisão preventiva, mas de uma prisão cautelar subsidiada por um juízo acerca do mérito.
>
> (Fl. 432- 432v.)

Pois bem, entendo que o decreto prisional expedido contra os pacientes, embora relate fatos de extrema gravidade, não se sustenta pelos seus fundamentos, ainda mais, agora, com a prolação de sentença penal condenatória.

Imputavam-se aos pacientes fatos graves, inclusive fazendo a menção de que eram contumazes na falsificação de documentos públicos e falsidade ideológica, para obter a concessão de benefícios previdenciários fraudulentos, afirmando-se que seria imperiosa a tomada da medida excepcional como forma de evitar-se que o esquema criminoso tivesse continuidade.

Talvez no início das investigações se justificasse, como mencionado no decreto preventivo, a prisão dos pacientes apenas para mantê-los afastados dos seus locais de trabalho, como forma de evitar que documentos ou provas sob o seu poder fossem destruídos, atrapalhando o bom andamento das instrução criminal. Mas, neste momento, esse argumento não subsiste diante da prolação do decreto condenatório.

Ademais, conforme destacado pelos impetrantes, o paciente Carlos Alberto foi, cautelarmente, afastado do cargo de titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas do Distrito Judiciário de Ibes, Juízo de Vila Velha/ES, pela Corregedoria de Justiça do Estado do Espírito Santo (*DJE* de 29-7-2010). Ainda que esse afastamento seja apenas de índole cautelar, sem caráter

definitivo, é de se ter presente que a intervenção perdurará enquanto o durar o processo criminal. Vejam-se, nesse sentido, os documentos de fls. 411 e 413.

Aliás, uma das penas aplicadas aos pacientes na sentença condenatória é a perda dos cargos públicos que ocupavam. Com isso, dificilmente haverá o retorno deles às respectivas funções, o que ocorrerá somente se for decretada sua absolvição nas instâncias superiores, com trânsito em julgado. Enquanto isso, o afastamento será mantido.

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se pela denegação da ordem, ressaltou a existência de motivos concretos para a segregação, tendo em conta a garantia da ordem pública e da instrução criminal, nos seguintes termos:

> 15. Outrossim, entendo que a prisão cautelar, nesse momento, está baseada na garantia da ordem pública e da instrução criminal. Ao contrário do que alega a defesa, a leitura dos autos revela que o julgador em nenhum momento excluiu o segundo requisito (garantia da instrução criminal). Ao contrário, ao apreciar o pedido de revogação em 12 de fevereiro deste ano, o r. juízo afirmou: "estão amplamente preenchidos os requisitos da prisão preventiva dos requerentes. Os fundamentos invocados pela decisão que a decretou **permanecem integralmente válidos**" (fl. 216 – grifou-se).
>
> 16. Em suma, observo que a prisão está baseada não apenas na gravidade abstrata dos crimes, mas sobretudo na necessidade de resguardar a instrução criminal de interferências indevidas e na garantia da ordem pública, seriamente abalada pela reiterada prática criminosa.
>
> 17. "A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade" (HC 93.358/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* 145, publicado em 6-8-2010), como ocorre *in casu.*
>
> (Fl. 376 – Grifos no original.)

Contudo, todos os fatos graves mencionados no decreto preventivo e, depois, na denúncia, quanto aos pacientes, não se confirmaram em juízo. Primeiro, porque a exordial acusatória foi recebida somente quanto aos delitos de corrupção passiva e formação de quadrilha. Em seguida, na sentença condenatória, apenas o crime de formação de quadrilha se confirmou, sendo certo que os crimes de estelionato, prevaricação e falsidade ideológica foram afastados de início.

Desse modo, fica enfraquecida a prisão cautelar com base na garantia da ordem pública ou na conveniência da instrução criminal, pois, afastada a autoria dos pacientes quanto aos crimes relacionados aos cargos que ocupavam (estelionato, prevaricação e falsidade ideológica), não é crível a afirmação de que, soltos, continuariam a praticá-los.

Como dito, essa constatação se confirma, ainda mais, com a prolação de sentença penal condenatória, em que os pacientes restaram condenados à pena de dois anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado, e à perda dos cargos públicos que ocupavam, unicamente pelo crime de formação de quadrilha, sendo mantida a prisão cautelar sem qualquer novo fundamento (fls. 423-434).

Assim, não me parecem legítimos os fundamentos apresentados no decreto prisional, os quais não devem ser tidos como idôneos e suficientes para justificar a prisão cautelar dos pacientes.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para revogar o decreto de prisão cautelar, mantido na sentença condenatória, e determinar a imediata soltura dos pacientes, salvo se por outro motivo estiverem presos.

Ressalto, ainda, que a soltura dos pacientes não implica o retorno às funções públicas antes exercidas, especialmente porque sua perda foi decretada na sentença condenatória.

Por fim, são graves os relatos do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, sobre as péssimas condições de saúde do paciente Carlos Alberto Corcino de Freitas, que, segundo relatório elaborado por dois médicos contratados pela família deste, apresenta um "quadro de ansiedade, depressão, perda de peso (12 quilos nos últimos meses) e infecção. Destacam o iminente risco de o estado evoluir para septicemia **e o fato de terem encontrado o paciente 'com as mãos e pés algemados'** (v. Anexo)" (fl. 376 – grifos meus).

Além das condições de saúde do paciente, que, segundo o relatório apresentado me parecem extremamente graves, preocupa a notícia de que este tenha sido encontrado com algemas nas mãos e nos pés, sem a apresentação de qualquer justificativa para a tomada dessa medida extrema pelas autoridades responsáveis pela sua custódia.

O enunciado da Súmula Vinculante 11/STF assim dispõe sobre o tema:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.

Assim, determino que se oficie ao Juízo da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo para que tome todas as providências necessárias à apuração desses fatos graves, com a ciência do Ministério Público Federal para acompanhar o caso.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu só queria fazer uma referência rapidíssima, Senhor Presidente, que não quero deixar de registrar – imagino que Vossa Excelência a tenha registrado –, de que a circunstância que consta, que é gravíssima, do parecer, de que os médicos afirmaram, destacaram o iminente risco de evoluir para septicemia, o estado de um dos pacientes, porque estaria com as mãos e os pés algemados.

A própria Procuradoria, ainda que opinando no sentido da denegação, realmente diz que uma pessoa não pode estar presa preventivamente algemada nas

mãos e nos pés. Considerando a gravidade disso é que faço questão apenas de fazer esse registro, porque acho que é do Supremo Tribunal Federal, realmente, de todo jeito, realçar que esse tipo de "estar em ferros", como é chamado, é realmente muito grave, em que pese toda a gravidade do sistema penitenciário brasileiro, mas chega a nós com um registro desse, e, como Vossa Excelência mesmo está concedendo, não quero deixar de registrar o meu repúdio veemente a qualquer abuso cometido contra qualquer preso, porque acho que é do Supremo e há a história deste Supremo no sentido de repudiar tais comportamentos e garantir que eles não persistam.

EXTRATO DA ATA

HC 104.459/ES — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pacientes: Carlos Alberto Corcino de Freitas e João Roberto Corcino de Freitas. Impetrantes: Fabrício de Oliveira Campos e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, com determinação. Unânime. Falou a Dra. Aparecida Giore, pelo paciente. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 14 de setembro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 106.446 — SP

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Viviane dos Santos Pereira — Impetrante: Marco Antonio Arantes de Paiva — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. **Processual penal. Prática de ilícitos penais por organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), na região do ABC paulista. Paciente incumbida de receber e transmitir ordens, recados e informações de interesse da quadrilha, bem como auxiliar na arrecadação de valores. Sentença penal condenatória que vedou a possibilidade de recurso em liberdade. Pretendido acautelamento do meio social. Não ocorrência. Ausência dos requisitos justificadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP). Última *ratio* das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP – incluído pela Lei 12.403/2011). Medidas cautelares diversas: I – Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; e III – Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. (art. 319 do CPP – com a alteração da Lei 12.403/2011). Aplicabilidade à espécie, tendo em vista o critério da legalidade e proporcionalidade. Paciente que, ao contrário dos outros corréus, não foi presa em flagrante, não possui antecedentes criminais e estava em liberdade provisória quando da sentença condenatória. Substituição da prisão pelas medidas cautelares diversas (incisos I a III do art. 319 do CPP). Ordem parcialmente concedida.**

1. O art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, inseriu uma série de medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas: I – Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; e III – Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

2. Considerando que a prisão é a última *ratio* das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP – incluído pela Lei 12.403/2011), deve o juízo competente observar aplicabilidade, ao caso concreto, das medidas cautelares diversas elencadas no art. 319 do CPP, com a alteração da Lei 12.403/2011.

3. No caso, os argumentos do Juízo de origem para vedar à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade não demonstram que a sua liberdade poderia causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, a meu ver, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a ordem pública – acautelamento do meio social –, muito embora não desconheça a posição doutrinária de que não há definição precisa em nosso ordenamento jurídico para esse conceito. Tal expressão é uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial e doutrinária, cabendo ao magistrado a tarefa hermenêutica de explicitar o conceito de ordem pública e sua amplitude.

4. Na espécie, o objetivo que se quer levar a efeito – evitar que a paciente funcione como verdadeiro pombo-correio da organização criminosa, como o quer aquele Juízo de piso – pode ser alcançado com aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do CPP em sua nova redação.

5. Se levado em conta o critério da legalidade e da proporcionalidade e o fato de a paciente, ao contrário dos outros corréus, não ter sido presa em flagrante, não possuir antecedentes criminais e estar em liberdade provisória quando da sentença condenatória, aplicar as medidas cautelares diversas da prisão seria a providência mais coerente para o caso.

6. Ordem parcialmente concedida para que o juiz de origem substitua a segregação cautelar da paciente por aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do Código de Processo Penal.

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 empate na votação, em conceder, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 20 de setembro de 2011 — Dias Toffoli, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por *Marco Antônio Arantes de Paiva*, advogado, em favor de *Viviane dos Santos Pereira*, contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada no HC 156.994.

2. Segundo o impetrante, a paciente estava presa, aguardando o desfecho da ação penal na qual lhe foram imputados os crimes de formação de quadrilha armada, receptação e porte ilegal de arma de uso restrito.

3. No HC 112.262, após identificar excesso de prazo na prolação da sentença (os autos permaneceram conclusos durante mais de dez meses), o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem, determinando a expedição de alvará de soltura.

4. Posteriormente, sobreveio a sentença no primeiro grau, condenando a paciente a vinte anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de quarenta dias-multa.

Segundo o impetrante, a juíza sentenciante negou à paciente o direito de recorrer em liberdade, utilizando-se dos mesmos argumentos que inspiraram o decreto de prisão preventiva.

5. Impetrou-se, então, novo *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (Proc. 156.994), que denegou a ordem, nos termos seguintes:

> *Habeas corpus*. *Quadrilha armada. Receptação. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Prisão preventiva. Soltura por excesso de prazo. Superveniente condenação. Vedação do apelo em liberdade. Motivação idônea. Gravidade concreta do delito. Periculosidade do agente. Custódia mantida a bem da ordem pública. Constrangimento não verificado.*
>
> 1. A paciente, presa preventivamente pela suposta prática dos crimes de quadrilha armada, receptação e porte de arma de uso restrito, porquanto integraria facção criminosa altamente estruturada e organizada, munida dos mais avançados aparatos bélicos e tecnológicos, voltada à prática delitiva de distintas espécies, em vasto território nacional, teve sua liberdade concedida em razão do excesso de prazo na formação da culpa.
>
> 2. Sobrevindo, no entanto, a sentença condenatória, o juízo singular vislumbrou a presença dos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, negando-se-lhe o direito de apelar em liberdade e determinando a expedição do competente mandado de prisão, como forma de se acautelar a ordem pública, sobretudo em razão da periculosidade dos agentes e do concreto receio de que, soltos, retomem o comando das empreitadas ilícitas –, preenchendo assim hipótese que justifica a imposição da medida (precedentes).
>
> 3. Não se pode falar em constrangimento ilegal decorrente da constrição processual da ré, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, quando se mostra indispensável ao acautelamento do meio social, que se viu abalado com a prática delitiva por ela cometida.
>
> 4. Ordem denegada.
>
> (Fl. 1 da instrução 5.)

6. Daí o presente *habeas corpus,* no qual o impetrante alega que "não basta dizer que a situação pessoal da paciente é de perigo à ordem pública, mas em que consiste o perigo e qual a forma que se expressa na fundamentação" (fl. 4 da petição inicial). Afirma que inexiste periculosidade da paciente nem risco à ordem pública, mormente porque a paciente é ré primária e com bons antecedentes.

Sustenta que as visitas realizadas pela paciente ao companheiro em unidade prisional não a tornam suspeita, nem tampouco culpada, especialmente quando "nenhum fato nesse sentido lhe fora atribuído dentro dos autos, ou após sua soltura". Alega que "os fundamentos da renovação da prisão não se encontram devidamente justificados, porque além de se rejulgar a paciente pelo mesmo fato, se utiliza de mera suspeita para justificar a violação da garantia da ordem pública com a liberdade da paciente" (fl. 6 da petição inicial).

Assinala que "o decreto prisional vem alijado da demonstração do comportamento da paciente frente aos fatos que se quer prevenir, levando-a 'de roldão' com uma organização criminosa à qual não aderiu, mas simplesmente é amásia de um dos acusados. O decreto prisional é a mais alta e repugnante aplicação da teoria objetiva material, procurando lançar o tipo penal à paciente, pelo simples fato de ser 'companheira' de um dos acusados" (fl. 7 da petição inicial).

7. Este o teor dos pedidos:

> (...) [R]equer que se digne em conhecer do presente *writ*, com provimento de liminar, por estarem presentes os pressupostos autorizadores, determinando a sustação do cumprimento do mandado de prisão expedido contra a paciente nos autos do processo crime que tramita perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, quer pelo direito de recorrer em liberdade, pois assim se encontrava quando da decisão, quer porque os fatos apontados que sustentariam o decreto prisional não são suficientes para a cautela e quer porque os fatos se encontram protraídos no tempo, e que após vista do Ministério Público, seja concedida a ordem, para revogar a r. decisão que determinou novo recolhimento à prisão de Viviane dos Santos Pereira, até trânsito em julgado da sentença condenatória.
> (Fl. 18 da petição inicial.)

8. Em 6-12-2010, indeferi a liminar e determinei a manifestação da Procuradoria-Geral da República, que, em 4-1-2011, opinou pelo indeferimento da ordem, em parecer assim ementado:

> *Processual penal. Habeas corpus. Prisão cautelar. Prática de ilícitos (tráfico de drogas, homicídios, latrocínios, extorsão mediante sequestro, dentre outros de idêntica gravidade) por organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), na região do ABC paulista. Acusada, ora paciente, incumbida de receber e transmitir ordens, recados e informações de interesse da quadrilha, bem como auxiliar na arrecadação de valores. Custódia preventiva. Alegada ausência de fundamentação idônea da medida de força. Constrangimento ilegal não evidenciado. Constrição devidamente motivada. Sentença condenatória. Imposição de elevada reprimenda corporal. Negativa do recurso em liberdade, acautelamento do meio social. Fortes indicativos da necessidade e adequação da medida. Circunstâncias dos delitos e modus operandi. Periculosidade dos agentes.*

Neutralização da ação delitiva. Garantia da ordem pública. Observância dos requisitos do art. 312 do CPP e art. 9º da Lei 9.034/1995. Presença de consições pessoais indicadas como favoráveis. Irrelevância.

– Parecer pelo indeferimento da ordem.

(Fl. 1 do parecer.)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Razão jurídica não assiste ao impetrante.

2. Ao conceder a ordem no HC 112.262, o Superior Tribunal de Justiça pautou-se, exclusivamente, no atraso injustificado do processo.

No entanto, no HC 156.994, razões diversas fundamentaram a denegação da ordem. Trata-se, portanto, de novo título, que não se vincula à ordem antes concedida, como bem asseverou o Ministro Jorge Mussi, no voto condutor do acórdão recorrido, *verbis:*

> (...) Inicialmente, cumpre mencionar, apesar desta Quinta Turma, nos autos do HC n. 112.262/SP, haver reconhecido o excesso de prazo na formação da culpa, determinando a soltura da paciente, não se pode falar, no caso, em descumprimento da decisão colegiada, uma vez que, sobrevinda a sentença condenatória, resta superado eventual constrangimento detectado no decorrer da instrução, porquanto entregue a respectiva prestação jurisdicional (...).
>
> (Fl. 5 da instrução 5.)

Em casos análogos, ambos de minha relatoria (HC 99.791 e 98.702), este Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que:

> *Prisão preventiva. Alegação de excesso de prazo.* **Superveniência da sentença** *condenatória, que constitui novo título da* **prisão**. **Fundamentação cautelar idônea para a manutenção da prisão preventiva**. *Habeas corpus prejudicado.* 1. A superveniência da sentença condenatória, que constitui novo título da prisão, prejudica a alegação de excesso de prazo da prisão preventiva. 2. **Necessidade da custódia cautelar evidenciada pela periculosidade do paciente e pelo uso de identidade falsa no momento da abordagem policial**. **Fundamentos idôneos e suficientes para a manutenção da prisão preventiva**. 3. *Habeas corpus* prejudicado.
>
> (Grifos nossos.); e

> *Habeas corpus. Penal. Indeferida no Superior de Justiça. Julgamento definitivo do habeas impetrado no Superior Tribunal de Justiça: prejuízo do presente habeas corpus. Superveniência de sentença de pronúncia. Prisão mantida por novo fundamento.* **Novo título prisional**. *Alegação de excesso de prazo. Advento da sentença de pronúncia. Ordem denegada.* 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite o conhecimento de *habeas corpus*, por entender incabível o exame de fundamentos ainda não apreciados definitivamente pelo órgão judiciário apontado como coator, mormente quando o objeto foi prejudicado pelo julgamento definitivo do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça.

2. Superveniência de decisão em *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. 3. **Ademais, a superveniência de sentença de pronúncia com novo e fundamento para a manutenção da prisão cautelar constitui novo título prisional, portanto, diverso da prisão preventiva. 4. A alegação de excesso de prazo da instrução criminal fica superada pelo advento da sentença de pronúncia.** 5. *Habeas corpus* denegado.
(Grifos nossos.)

3. Portanto, a revogação da prisão preventiva, por excesso de prazo, não impede a sua decretação por outras razões, ou até pelas mesmas, se persistirem, desde que presentes os requisitos previstos em lei.

Nesse sentido são os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

> Por ser permitida a prisão preventiva desde o início da persecução (fase de investigação) até após a prolação de sentença (art. 387 e art. 492, I, d, CPP), as hipóteses de decretação de prisão preventiva contemplam praticamente todas as circunstâncias e/ou situações da realidade, em que o legislador vislumbra a possibilidade de risco ao processo.
>
> (...)
>
> Como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos: a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316).
>
> (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 450.)

4. Verifica-se, na sentença penal condenatória, que o Juízo da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo esclareceu as circunstâncias do crime perpetrado pela paciente, reiterando a necessidade da custódia cautelar, nos termos seguintes:

> (...) [R]estou demonstrado que Viviane participa ativamente da organização criminosa.
>
> E, como bem resumiu a Dra, Promotora de Justiça em suas alegações finais,
>
> "no caso de Viviane, por sua vez, de se ver que a ela não foram atribuídas, especificamente, as condutas descritas na denúncia, sendo que foi ela incluída na presente ação penal por ter contribuído, de qualquer forma, para as práticas ilícitas.
>
> E, por tudo quanto o apurado, em especial pelos depoimentos das testemunhas ouvidas nos autos, e das escutas telefônicas, observa que a ela efetivamente competia receber e transmitir ordens, recados e informações de interesse da quadrilha, bem como ajudar na organização da 'caixinha' do PCC desta região, de modo que claramente a ré fornecia auxílio moral e material às atividades do amásio e demais réus.
>
> Ressalte-se, também, que demonstrado que ela permitia que sua conta bancária fosse usada para movimentações financeiras no mínimo suspeitas, quer por parte do amásio, que por parte de terceiros, sendo certo que os documentos juntados aos autos indicam movimentações não condizentes com as de uma suposta dona de casa, sem renda própria.

> E, por fim, não se pode esquecer a conduta da acusada da prisão de Emivaldo – tendo ela tentado, por suas vezes, conseguir a liberação irregular do amásio, utilizando-se para tanto de seu relacionamento com um policial militar, sendo que das conversas verifica-se que ela sabia quem o companheiro era e qual a importância dele – e nos momentos imediatamente posteriores – pois não apenas ligou para outro indivíduo que comprovadamente faz parte do PCC, justamente para avisar que Emivaldo tinha sido preso, como claramente a ré se escondeu, não sendo achada no endereço declinado em delegacia ou de conhecidos que a polícia tinha notícia, sendo que, novamente, somente por interceptações telefônicas bem sucedidas se logrou de achá-la e detê-la.
>
> Não se trata, assim, de afirmar que a acusada tem envolvimento com o PCC apenas porque seu marido pertence à tal organização criminosa. Porém, no caso dela, é certo que demonstrado que a ré não era, apenas, uma observadora passiva dos atos ilícitos do amásio, ou que somente se beneficiava destes – o que obviamente fazia, haja vista os veículos, imóveis, etc. –, mas comprovado que efetivamente auxiliava o companheiro e os demais membros da organização, moral e materialmente, tendo pleno conhecimento do que fazia. E, ao assim agir, concorreu de qualquer forma para os atos praticados pelo PCC, especialmente para as condutas realizadas no interregno das investigações e interceptações, quando as ações da ré também foram monitoradas."

Ora, anoto, ainda, que numa das ligações feitas ao telefone n. 7653-6055, que era usado normalmente pela acusada Viviane, o tal de Jota, um dos torres do PCC, que está custodiado, teria ligado para Emivaldo, dizendo que pretendia lhe passar uma "Salve", ou seja, uma ordem geral do Comando. Porém, Emivaldo afirmou a Jota que passaria a ligação para Viviane, pois estava tentando descobrir se era realmente verdade que Boy teria sido preso. Na sequência, Viviane atende o telefone e passa a anotar o tal Salve, que deveria ser transmitido a todos os Pilotos das quebradas (...).

(...) Portanto, como se vê, não há dúvidas também que Viviane integrava a dita organização criminosa, contribuindo para que (sic) existência de qualquer forma.

(Fls. 8-10 da instrução 2.)

Especificamente sobre a impossibilidade de recorrer em liberdade, afirma, *verbis*:

> Por outro lado, ainda permanecem inalterados os motivos que determinaram as prisões preventivas de Anco Márcio, Emivaldo, Edilson e Viviane. (...) Certamente os réus, se colocados em liberdade, voltarão a praticar delitos em prol de dita organização criminosa, até porque, sabidamente, os crimes são e continuam sendo praticados por aqueles que integram tal facção, mesmo de dentro dos presídios.
>
> Outrossim, é certo que o art. 9º da Lei n. 9.034/95 não permite que os réus, envolvidos com organização criminosa, venham a se beneficiar do direito de recorrerem em liberdade.
>
> Observo, também, que a organização criminosa em questão se vale de verdadeiros "pombos-correios" para se manter em plena atividade. Assim, a custódia de Viviane se faz necessária para a garantia da ordem pública e para que se evite que continue a receber ordens dos superiores para serem difundidas entre os membros da organização criminosa, como vinha fazendo até então.
>
> (Fls. 20-21 da instrução 10.)

5. A sentença penal condenatória manteve a prisão cautelar da paciente com base em elementos concretos devidamente comprovados nos autos, expondo de forma clara e bem motivada todos os elementos de convicção que levaram à manutenção da prisão da paciente, o que afasta a alegação de não observância das regras de fundamentação.

6. Ademais, os julgados proferidos nas instâncias antecedentes estão em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que firmou o entendimento no sentido de considerar a participação em organização criminosa e a possibilidade de reiteração delituosa como motivações idôneas para a decretação da custódia cautelar. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> *Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Excesso de prazo. Ausência de elementos que possibilitem apurar a responsabilidade pela mora processual.* 1. Prisão preventiva visando à garantia da ordem pública. Decisão que, apesar de sucinta, demonstra o *periculum libertatis* evidenciado na circunstância de a paciente integrar a organização criminosa "PCC". Homicídio de policial, motivado pela prisão de membro da facção criminosa, a expressar a periculosidade da paciente. 2. A Ausência de elementos que possibilitem apurar a responsabilidade pela mora processual impossibilita o exame da alegação de excesso de prazo da instrução criminal. Ordem denegada.
> (HC 97.260, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 17-2-2009.)

> *Ementa: Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Organização criminosa voltada para o tráfico internacional de drogas. Súmula 691/STF. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Aplicação da lei penal. Excesso de prazo na formação da culpa. Complexidade do processo. Improvimento.* 1. O presente recurso pretende afastar a incidência da Súmula 691/STF, sob a alegação de que o agravante estaria sofrendo grave constrangimento ilegal. 2. Contudo, *in casu*, não vislumbro a presença de qualquer dos pressupostos que autorizam o afastamento da orientação contida na Súmula 691/STF, já que inexistente o alegado constrangimento ilegal. 3. A decisão que decretou a prisão preventiva do agravante está suficientemente fundamentada, já que, diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a custódia cautelar se justifica para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. **4. A custódia cautelar também foi decretada para garantia da ordem pública, visto que, segundo as investigações, o agravante exercia função de chefia na organização criminosa e praticava com habitualidade o tráfico internacional de entorpecentes.** 5. A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos. 6. Há elementos, nos autos, indicativos da complexidade do processo, que apura a existência de organização criminosa dedicada ao tráfico internacional de entorpecentes, com a existência de nove denunciados, sendo três de nacionalidade búlgara, sem defensores comuns e presos em comarcas diversas, e, ainda, com necessidade de tradução da denúncia para o idioma búlgaro e de expedição de várias cartas precatórias, o que justifica a demora na formação da culpa. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (HC 98.818, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 18-9-2009 – Grifos nossos.)

E ainda:

Habeas corpus. Penal e processual penal. Prisão preventiva. Fundamentos. Existência. Condições pessoais não impeditivas da prisão cautelar. 1. A decisão que decretou a prisão preventiva não é genérica. A atuação do paciente na organização criminosa está satisfatoriamente explicitada. 2. **A custódia está concretamente fundamentada na circunstância de o paciente integrar organização criminosa habituada ao tráfico de entorpecentes, o que é suficiente à restrição excepcional da liberdade para garantia da ordem pública, considerada a real possibilidade de reiteração em crimes da espécie.** Precedentes. 3. Condições pessoais (primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos) não impedem a decretação da prisão preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Precedentes. Ordem indeferida.

(HC 101.854, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 30-4-2010 – Grifos nossos.)

Habeas corpus. Crime de roubo. Alegação de ausência de fundamentação idônea para a prisão preventiva. Gravidade do delito. Ofensa à ordem pública. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a mera citação do art. 312 do CPP não é suficiente para configurar a ameaça à ordem pública. Exige-se, para tanto, a indicação de elementos empíricos que levem à conclusão da necessidade da custódia cautela. *In casu*, **fundamenta-se a prisão preventiva na necessidade de preservação da ordem pública ante o risco de cometimento de mais delitos. Isto a partir de informações de que o paciente integra quadrilha voltada à prática de crimes da mesma natureza, de maneira reiterada em diversas localidades, utilizando-se dessa atividade, de maneira reiterada em diversas localidades, utilizando-se dessa atividade como estilo e meio de vida.** *Habeas Corpus* indeferido.

(HC 88.114, Rel. Min. Ayres Britto, *DJ* de 17-11-2006 – Grifos nossos.)

7. No mesmo sentido, foi o parecer da Procuradoria-Geral da República, que ressaltou a ausência de plausibilidade jurídica dos fundamentos apresentados na inicial:

> Considerando as especificidades das organizações criminosas, notadamente o seu modus operandi, optou-se por manter preses no curso do processo penal os seus integrantes que tenham tido intensa e efetiva participação nas atividades da quadrilha, pretendendo, com isso, evitar que o grupo volte a se organizar e a retomar a atividade delituosa.
>
> (...)
>
> No caso vertente, a decisão que negou o recurso de apelação em liberdade justificou com fatos concretos a adequação da medida, que se faz necessária para a garantia da ordem pública, aí considerando o relevante efeito de neutralizar a ação da quadrilha, com alto grau de ramificação e enorme poderio econômico-financeiro, impedindo, sobretudo, que seus integrantes persistam delinquindo. A garantia da ordem pública, dada como fundamento da decisão impugnada, revela-se, só por si, motivo suficiente para a custódia cautelar, neutralizando a atividade da organização criminosa.
>
> (...)
>
> Em hipótese como a dos autos, na qual os delitos são gravíssimos e não há alteração da situação anterior pela superveniência de fato novo favorável à acusada, o restabelecimento da custódia prévia pela sentença condenatória dispensa nova

fundamentação, podendo o Juiz invocar as razões expendidas na decisão primitiva, que lhe serviram de base para decretar o confinamento antecipado.
(Fls. 8-10 do parecer.)

8. Acrescente-se, ainda, que o fato de a paciente apresentar condições subjetivas favoráveis não impede a decretação de sua prisão provisória, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que "a presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente" (HC 94.465, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 15-5-2009).

9. Pelo que se tem nos autos, portanto, não se sustentam juridicamente os argumentos apresentados pelo impetrante, impondo-se, pois, a manutenção de sua prisão provisória, indicada como está na sentença a necessidade de se assegurar a garantia da ordem pública, que poderia ficar comprometida fosse outra a decisão.

10. **Pelo exposto, encaminho à votação no sentido de denegar a ordem.**

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhora Presidente, Senhores Ministros, ilustre representante do Ministério Público, egrégia Turma, ilustres advogados.

Aqui nós estamos, sob um ângulo formal, diante da irritualidade de se tratar de um *habeas corpus* substitutivo de um recurso ordinário. Mas à luz deste contexto probatório passível de análise, no *habeas corpus*, o que subjaz é que, realmente, essa condenação vai ser revista lá no Tribunal de São Paulo. O que resta é que ela foi condenada por inúmeros delitos, mas ela foi condenada por ilícitos que, no meu modo de ver, a sua permanência livre e solta pode dar motivos a novos crimes ou pode causar uma repercussão danosa e prejudicial ao meio social.

Esses eram os elementos que o professor José Frederico Marques enunciava como pressupostos para a decretação de uma prisão cautelar, a decretação dessa segregação cautelar antes do cumprimento da decisão definitiva. Então, uma paciente condenada por essa plêiade de ilícitos, ligada a uma organização criminosa de altíssima periculosidade...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite um aparte? Quando da prolação da sentença, ela estava solta por excesso de prazo.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Mas aí é uma questão...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Daí a nova ordem de prisão ganhar contornos de execução precoce do título judicial.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Tenho conhecimento dessa sua óptica a respeito de...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quer dizer, vamos continuar com uma preventiva em relação à qual já se disse do excesso de prazo!

O Sr. Ministro Luiz Fux: Mas, agora, surge um novo título.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Algo que não fecha no sistema.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Por exemplo, o Ministro Marco Aurélio sempre reclama que deve surgir um novo título, um novo fundamento, e aqui...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Admito que, a teor do art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, possa surgir novo título, e cogitaria até de novo termo inicial, considerado o instituto do excesso. Mas, no caso concreto, não. O Juízo reportou-se a preventiva que foi glosada pelo Judiciário por excesso de prazo. E, evidentemente, lançou tintas fortes – e quanto mais fortes as tintas, maior deve ser o apego às franquias constitucionais e legais – para dizer que, ante as tintas fortes que relacionadas à fundamentação da decisão condenatória, a prisão estaria a se impor. O que é isso, senão execução de título que ainda não transitou em julgado? Repito: quando prolatada a sentença e determinada a expedição do mandado de prisão, a paciente e acusada estava solta por ordem do Judiciário, ante o excesso de prazo da prisão provisória.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Entendo que o excesso de prazo, como matéria formal, não infirma as razões subjacentes que levaram à segregação cautelar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas quais são, Ministro, ele reportou aos fundamentos de uma prisão glosada.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Não, mas veja bem, se, por exemplo, a parte tem o direito de usufruir da liberdade, porque houve um excesso de prazo, isso não desnatura a gravidade do...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Ministro, a culpa ainda não está selada.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Não, não, estou dizendo que não inibe a gravidade, não...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência acabou de dizer que o Tribunal de Justiça pode rever a sentença condenatória.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Não, veja o seguinte: o fato dela ter sido liberada por excesso de prazo numa prisão preventiva...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Para a exação da sentença condenatória, no primeiro *habeas corpus*; no HC 112. 262, o Superior Tribunal...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então o Supremo vai admitir a execução do título judicial sem o trânsito em julgado?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Eu não estou admitindo. É que decidimos em Plenário que haveria possibilidade de outra preventiva.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Entendo que, depois da sentença, pode haver a verificação de fatos que embasam a prisão preventiva; entendo que isso seja possível.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Concordo. Mas aponte fato novo que não seja a condenação, pura e simples, ainda sujeita à modificação na via da recorribilidade.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Mas a juíza esclareceu que a ausência de segregação pode dar ensejo, exatamente, a que ela mantenha o vínculo e que novos delitos sejam praticados. Esses são os elementos...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Ministro, é presumir o excepcional, o extravagante e o teratológico.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sim, mas só se presume isso com quem tem um belo passado. Ela tem um belo passado criminoso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Admitindo-se a culpa, que ainda não está preclusa na via da recorribilidade.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Tenho uma percepção muito diferente dessa presunção de inocência, diante desses fatos. Acredito que a presunção de inocência seja um meio de prova, a partir do momento em que o Ministério Público consegue comprovar, através do recebimento da denúncia e do recebimento de uma sentença condenatória. Eu, particularmente, não consigo mais presumir uma pessoa inocente. Acho que esse meio de prova, como presunção...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Com o grau revisional ainda aberto.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Isso é – digamos assim – uma primeira óptica minha. Em segundo lugar, veja o seguinte: o fato de que uma pessoa solta possa dar motivos a novos crimes com repercussão danosa e prejudicial à sociedade, assim fundamentada numa sentença, pode perfeitamente embasar um pedido de segregação cautelar. Entendo que não tem vinculação; e só teria vinculação, evidentemente, se ela fosse absolvida, e mesmo assim...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência apaga o excesso de prazo do cenário jurídico.

O Sr. Ministro Luiz Fux: O excesso de prazo já foi superado, Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, Excelência, superado por quê? Por sentença que ainda está sujeita a uma condição resolutiva?

O Sr. Ministro Luiz Fux: Não, ela já foi liberada pelo excesso de prazo. Ela não foi liberada?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Foi.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Muito bem, aí surge a sentença.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E ela pode ser presa, novamente, de forma preventiva?

O Sr. Ministro Luiz Fux: Se, eventualmente, a decisão judicial estiver com os novos fundamentos de um novo título, como...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas quais são os novos fundamentos? A condenação?

O Sr. Ministro Luiz Fux: Eu, pelo menos, confiei na leitura que aqui fez a Relatora. A juíza repisou os argumentos na sentença.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Exatamente o que a juíza...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Que se aponte fundamento novo, contido nessa sentença. O único é inidôneo, ou seja, a condenação, ainda estando a sentença sujeita a modificação – como disse, na via do recurso, por excelência, que é o de apelação. Mas o Supremo acabou, inclusive, suplantando verbete do Superior Tribunal de Justiça que admitia, quando já observado o crivo revisional ordinário, a execução da pena. Proclamou que não pode haver a execução do título antes do trânsito em julgado, considerado o princípio da não culpabilidade. Agora, vamos restabelecer, pelos mesmos motivos, a preventiva?

> (...) permanecem inalterados os motivos que determinaram as prisões preventivas de Anco Márcio, Emivaldo, Edilson e Viviane.

Vamos restabelecer o título anterior, que, no caso, foi afastado, ante o excesso de prazo, para aguardar-se o trânsito em julgado? Isso é cumprimento precoce da sentença condenatória.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhora Presidente, eu vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio porque estou entendendo que estou, exatamente, perfilhando o entendimento dele de que se há sentença a renovar os motivos pelos quais se impõe a segregação, não se trata de repristinação do que fora outrora, mas, sim, de um novo título que legitima a sentença. Assim sempre entendi essa posição do Ministro Marco Aurélio e entendo presentes esses motivos agora, conforme Vossa Excelência deixou claro.

De sorte que, pedindo vênia ao Ministro Marco Aurélio, eu vou acompanhar Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhora Presidente, eu vou ao ponto em que o Juiz, na sentença, impediu que os presos recorressem em liberdade, por entender como inalterados os motivos que determinaram as prisões. Disse o Juiz:

> Por outro lado, ainda permanecem inalterados os motivos que determinaram as prisões preventivas de Anco Márcio, Emivaldo, Edilson e Viviane. Observo que os três primeiros são reincidentes [Viviane é a última dos três]. É certo, ainda, que Edilson, que acabou sendo beneficiado com o relaxamento da prisão [aqui, ele começa a falar do Edilson], acabou permanecendo detido em razão de outras condenações. Era foragido da Justiça quando se conseguiu dar cumprimento à prisão

> preventiva que contra ele foi decretada, o que já faz antever novas dificuldades na aplicação da lei penal. É certo que é pessoa extremamente perigosa ao convívio social, assim como os demais, que integram perigosíssima organização criminosa. Já se viu condenado em duas oportunidades por crimes de homicídio. Certamente os réus, se colocados em liberdade [agora, passa a falar sobre todos], voltarão a praticar delitos em prol de dita organização criminosa, até porque, sabidamente, os crimes são e continuam sendo praticados por aqueles que integram tal facção, mesmo de dentro dos presídios.
>
> Outrossim, é certo que o art. 9º da Lei 9034/95 não permite que os réus, envolvidos com organização criminosa, venham a se beneficiar do direito de recorrer em liberdade.

Esse dispositivo, a toda evidência, é superado pela jurisprudência. Se eu estivesse aqui àquela época, talvez tivesse formado com a minoria de então. Entretanto, em benefício da segurança jurídica, sigo o entendimento já firmado pelo Plenário do Supremo.

Continua o Juiz no último parágrafo:

> Observo, também, que a organização criminosa em questão se vale de verdadeiros "pombos-correios" para se manter em plena atividade. Assim, a custódia de Viviane [aqui, então, aponta um ato específico de Viviane] se faz necessária para a garantia da ordem pública e para que se evite que continue a receber ordens dos superiores para serem difundidas entre os membros da organização criminosa, como vinha fazendo até então. Não faz jus a recorrer em liberdade, de modo que deverá ser expedido mandado de prisão contra ela também.

Fecho, então, aqui, o relato dos fundamentos usados na decisão para impedir que a paciente recorresse em liberdade.

Digo eu, Senhora Presidente: a Lei 12.403, de maio de 2011, trouxe a seguinte redação para o art. 319 (e alteração que ela introduz se resume a aditar uma exceção à regra da prisão):

> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
>
> I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
>
> II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
>
> III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

E, aí, segue com outros incisos. Eu paro no inciso III, porque vou pedir vênia a Vossa Excelência, e ao eminente Ministro **Luiz Fux**, para conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* para que o Juiz de piso substitua a segregação cautelar por estas três medidas cautelares diversas da prisão, que são as do art. 319, incisos I a III, com a redação dada pela Lei 12.403/2011 ao dispositivo em questão do Código.

Entendo que os argumentos do Juízo de origem para vedar à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade não remontam, de fato, à garantia da paz e da tranquilidade social. Não restou demonstrado por aquele Juízo que a liberdade da paciente poderá causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, a meu ver, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a ordem pública – acautelamento do meio social –, muito embora não desconheça a posição doutrinária de que não há definição precisa em nosso ordenamento jurídico para esse conceito. Tal expressão é uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial e doutrinária, cabendo ao magistrado a tarefa hermenêutica de explicitar o conceito de ordem pública e sua amplitude. É o que faço no caso.

Na espécie, o objetivo que se quer levar a efeito – evitar que a paciente funcione como verdadeiro "pombo-correio" da organização criminosa, como o quer aquele Juízo de piso –, a meu ver, pode ser alcançado com aquelas medidas cautelares que destaquei anteriormente. Seria, na minha opinião, a providência mais ajustada ao caso concreto, se levado em conta o critério da legalidade e da proporcionalidade, mormente se considerarmos que, além de estar em liberdade provisória quando da sentença condenatória, a paciente, ao contrário dos outros corréus, não foi presa em flagrante, nem possui antecedentes criminais, conforme ressaltou o eminente Ministro **Marco Aurélio**.

Não se pode esquecer que a prisão é a última *ratio* das medidas cautelares, tanto é verdade que o § 6º do art. 282 do CPP (incluído pela Lei 12.403/2011), traz, em sua essência, que:

> § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.
> (Art. 319.)

Por essas razões, pedindo, mais uma vez, *venia* a Vossa Excelência e ao eminente Ministro **Luiz Fux**, concedo parcialmente a ordem para que o Juiz de origem substitua a segregação cautelar da paciente por aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do Código de Processo Penal.

É como voto, Senhora Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, continuo estarrecido com o quadro. Cogitar de medida cautelar, a essa altura, para proibi-la de dar assistência ao marido que está preso? Seria essa a medida cautelar? Ou qual outra? Uma prisão domiciliar?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: A prisão domiciliar é outro dispositivo. Eu estabeleci as medidas cautelares dos incisos I a III.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A meu ver, não se tem título que justifique a prisão preventiva. Reafirmo: foi afastada do cenário pelo excesso de prazo

reconhecido e, com base nos fundamentos anteriormente formalizados, com base em uma sentença condenatória que ainda está sujeita a modificação, voltou-se a implementar a preventiva. Não posso fugir desse contexto para, a partir do fato de ela já ter sido condenada, muito embora sujeita a sentença a recurso, vir a placitar a custódia. Não é justificativa que se coadune com a jurisprudência do Tribunal.

Reafirmo que o Juízo se reportou aos fundamentos anteriores e, a partir da condenação, selando a culpa da paciente – que, ao contrário de outros réus, não foi presa em flagrante, não tem antecedentes criminais – submetida, ainda, como ressaltei, a uma condição resolutiva que, vindo à balha, a afastará do cenário jurídico, que é a decisão na apelação, determinou a prisão.

Para mim, tem-se um caso emblemático de execução temporã, açodada, e, portanto, precoce, da sentença proferida, dando-se de barato a culpa da acusada. Não me assusta, em termos de ofício judicante, o fato de se ter uma facção, como o PCC, envolvida na espécie, porque senão terei que partir para o justiçamento, e não sou um justiceiro. Sou, acima de tudo, um juiz.

Peço vênia para manter o voto proferido, em aparte ao Ministro Luiz Fux, e conceder a ordem.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhora Presidente, só para relembrar que nós já tivemos a oportunidade, aqui, de entendermos que a remição, feita pelo magistrado a algum ato anteriormente praticado, é considerada motivação suficiente para legitimar esse ato judicial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência está apagando o excesso de prazo que foi reconhecido jurisdicionalmente.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Não, nós podemos conceber um excesso de prazo num dado momento e, dias depois, a parte demonstrar, por fatos supervenientes, que é uma pessoa que apresenta periculosidade e tem potencial para, digamos assim, viabilizar a prática de outros crimes, que são os elementos que embasam qualquer prisão cautelar, qualquer prisão preventiva. Não vejo inconciliáveis o fato de uma pessoa ter tido a prisão relaxada por excesso de prazo e, posteriormente, dar ensejo a uma motivação que habilite uma prisão posterior, como foi justificado na decisão final.

Eu peço vênia, respeitando, evidentemente, o ponto de vista do Ministro Marco Aurélio para manter também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, quem deve pedir vênia sou eu, porque Vossa Excelência votou antes de mim, e assim o faz em face da ordem natural de tomada dos votos. Eu é que deveria pedir vênia a Vossa Excelência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Eu, então, como houve dois votos pela concessão, ainda que o do Ministro Marco Aurélio fosse em menor extensão.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não, em maior.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Em maior extensão, então o voto que deve prevalecer haverá de ser o da concessão parcial.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu concedo parcialmente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Parcialmente. E o Ministro Marco Aurélio concede totalmente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Talvez o meu voto não tenha sido em maior extensão quanto ao comprimento dele!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Foi em maior extensão. Foi equívoco meu, Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, quanto ao conteúdo, foi em maior extensão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Então, como houve dois votos pela concessão...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O pedido sucessivo lançado da tribuna talvez tenha prevalecido.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Então, eu tenho a impressão, se Vossas Excelências estiverem de acordo, que a proclamação haverá de ser nos termos de que a concessão foi parcial, uma vez que é nessa parte que há a coincidência dos votos nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli. Se Vossas Excelências estiverem de acordo com essa proclamação, já que é o que se obtém de dois votos.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Para chegar-se no voto do Ministro Marco Aurélio, necessariamente tem que se passar pelo voto médio do Ministro Dias Toffoli.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): É, aqui é porque o voto do Ministro Marco Aurélio, sendo em maior extensão, realmente nessa segunda parte...

O Sr. Ministro Luiz Fux: Agora, eu ouso talvez suscitar a seguinte questão.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Dois votos pela concessão: uma total e uma parcial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, se for suscitada a questão, para convocar um colega, vou reajustar o meu voto.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Está prejudicando o impetrante.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Não é isso que eu ia dizer. Eu ia fazer uma colocação técnica, que é a seguinte: nós temos aqui uma divergência, que, na verdade, na essência, não dá um voto médio. Nós temos três posições diferentes.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Desculpe-me, Ministro. Do ponto de vista lógico, existem dois. O meu voto está contido no voto antecipado do Ministro Marco Aurélio. Então, há dois votos concedendo nessa dimensão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Para concluirmos, pelo voto médio, temos que imaginar a colocação das correntes, duas a duas, em votação.

O Sr. Ministro Luiz Fux: É isso que eu pensei. Se, na verdade, de qualquer maneira, nós aqui temos a concessão da ordem, nós temos de colocar em votação se vamos conceder a ordem na forma do voto do Ministro Marco Aurélio ou do Ministro Dias Toffoli.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas implicitamente chegamos a esse resultado, sem o aspecto formal, porque, instado a manifestar-me se acompanho a Relatora ou o Ministro Dias Toffoli, claro que acompanharei Sua Excelência. Vossa Excelência, se também instado a pronunciar-se se acompanha, no caso, o Ministro Marco Aurélio ou o Ministro Toffoli, votará com Sua Excelência, o Ministro Dias Toffoli. Então, colocando as correntes em votação, prevalece...

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O meu voto não está contido nos votos que negam totalmente. O meu voto está contido no voto que concede totalmente. Então, existem dois votos que contêm a concessão parcial: embora, na proclamação, a concessão do Ministro Marco Aurélio seja total, essa também contém a parcial. Então, dois votos concedendo parcialmente.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Eu vou pedir vênia para não concordar com esse critério quando há essa votação qualitativamente diversa.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas aí, então, tem que propor uma alteração do Regimento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): O Regimento diz que havendo empate...

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Aí tem que propor uma alteração do Regimento, e o Colegiado maior é que define.

O Sr. Ministro Luiz Fux: São critérios doutrinários de apuração do voto médio. Na verdade, o Ministro Marco Aurélio concede a ordem, mas rejeitou completamente a condição imposta pelo Ministro Dias Toffoli, que concedeu, criando uma condição nova, e nós dois indeferimos a ordem. Então, na verdade, a ordem foi concedida, mas com disparidade qualitativa. Então, quando há disparidade qualitativa, pelo menos no processo civil, aplica-se por autointegração ao processo penal, faz-se então uma rodada sobre as propostas que foram vencedoras.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Colocando as correntes, duas a duas, em votação, prevalece a do Ministro Dias Toffoli.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente e Relatora): Porque a concessão nessa extensão do Ministro Dias Toffoli tem dois votos e vale o que o Regimento estabelece. O Regimento estabelece que, havendo a concessão, e no empate, prevalece o voto.

Por isso eu proclamo resultado: ordem parcialmente concedida nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli. Vencidos: a Relatora, o Ministro Luiz Fux, e,

em parte, o Ministro Marco Aurélio no que concedia em maior extensão. Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli.

EXTRATO DA ATA

HC 106.446/SP — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Viviane dos Santos Pereira. Impetrante: Marco Antonio Arantes de Paiva. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por empate na votação, a Turma concedeu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, Relator para o acórdão. Votou pela concessão da ordem, em maior extensão, o Ministro Marco Aurélio. Votaram pela denegação da ordem a Ministra Cármen Lúcia, Relatora Presidente, e o Ministro Luiz Fux. Falaram: o Dr. Marco Antônio Arantes de Paiva, pela paciente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 20 de setembro de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

QUESTÃO DE ORDEM NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 132.755 — SP

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Agravante: Indústrias JB Duarte S.A. — Agravado: Estado de São Paulo

Questão de ordem em agravo de instrumento – Competência para análise de recurso em que se discute validade de lei local em face de lei federal – Tanto na época da interposição – CF/1969, como com a alteração constitucional introduzida pela EC 45, compete ao STF a análise da matéria, conforme redação atual do art. 102, III, *d*, da Constituição Federal – Questão de ordem rejeitada, afirmando-se a competência desta Corte para prosseguir no julgamento do recurso.

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 resolver a questão de ordem no sentido de reconhecer a competência desta Corte para processar e julgar o agravo de instrumento, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 19 de novembro de 2009 — Dias Toffoli, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho que não admitiu recurso extraordinário, que se funda exclusivamente na letra *c* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, e em que se alega que o acórdão recorrido julgou válida lei estadual contestada em face de lei federal (o CTN), acrescentando-se, sem explicitar-se o dispositivo constitucional: "como se infere, a legislação paulista ao prever as hipóteses de 'prescrição' está ferindo preceito constitucional que defere a União legislar sobre processo e sistema tributário nacional".

Para o efeito de se determinar a que Tribunal compete o julgamento desse agravo – se a esta Corte ou se ao Superior Tribunal de Justiça –, trago essa matéria à apreciação deste Plenário em questão de ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. No caso, o acórdão recorrido entendeu que, embora o art. 174 do CTN estabeleça, em seu parágrafo único, que a prescrição se interrompe por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor, o prazo de prescrição não recomeça a correr a partir desse ato, mas, sim, nos termos da legislação local, a partir do recolhimento da primeira parcela, quando se considera celebrado o acordo para o pagamento parcelado do débito tributário.

É evidente que, na espécie, o acórdão recorrido não considerou, sequer implicitamente, que o dispositivo do CTN era inconstitucional e o da lei local era constitucional, por aquele ter invadido a área de competência deste, mas entendeu, implicitamente, que os dispositivos federal e estadual se conjugavam em sua aplicação, ficando cada um deles na sua área de competência: aquele – o do CTN – declarando o fator de interrupção da prescrição (ato inequívoco, ainda que extrajudicial, de reconhecimento da dívida pelo devedor), e este estabelecendo quando aquele ato se completava para o efeito de o prazo de prescrição recomeçar a correr com o renascimento da *actio nata*.

Já o recorrente sustenta, em última análise, que essa conciliação não é possível, pois, no caso, o que houve foi admitir-se que a lei local disciplinasse princípio geral de direito tributário – interrupção de prescrição –, em dissonância com o CTN que alude apenas a ato instantâneo.

2. Ora, esta Corte, ao examinar questão de ordem no RE 117.809 – em que se tratava também de questão de invasão de competência em que o aresto recorrido havia considerado que a lei federal é que invadira a competência da lei local, e o recorrente, com base nas letras *a*, *b* e *c* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional 1/1969, alegava ofensa a dispositivos constitucionais, dissídio com súmulas, declaração de inconstitucionalidade de lei federal, e declaração de validade de ato local contestado em face da Constituição e de lei federal –, houve por bem que, nesse caso, todas as questões diziam respeito aos textos constitucionais em causa, e, portanto, o recurso interposto continuava a ser exclusivamente recurso extraordinário.

Sucede, porém, que na fundamentação do voto do eminente Relator se fizeram considerações sobre a inteligência do art. 105, III, *b*, da atual Constituição, que outorga ao Superior Tribunal de Justiça competência para julgar, em recurso especial, acórdão que "julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal".

E as conclusões dessas considerações – que é o que importa – foram as seguintes:

> Entendo, pois, *data venia*, que os recursos que proponham a questão da validade de lei ou ato local em face de lei federal tanto podem traduzir uma questão constitucional quanto uma questão de mera legalidade.

> Haverá matéria constitucional sempre que o ponto questionado seja a extensão da união em relação às competências locais ou vice-versa; haverá simples questão de legalidade, quando, sem discutir a competência da União e a prevalência devida da lei federal, cuidar-se de interpretá-la, de modo a aferir a validade do provimento local que lhe deva obediência.
>
> Se assim é, resta indagar se, não obstante, dada a letra do art. 105 II, *b*, terá a Constituição entregue ao Superior Tribunal de Justiça a competência para decidir ambas as hipóteses.
>
> Malgrado a quebra do sistema, a resposta afirmativa seria inevitável, se o recurso de que ali se trata envolvesse sempre uma questão constitucional.
>
> Como já se verificou que não é assim, a mim me parece que o STF mantém sua competência, sempre que existir questão constitucional a resolver.
>
> A Lei Fundamental, que explicitou ser "a guarda da Constituição" a função precípua do Supremo Tribunal Federal, manteve-lhe a competência para julgar, em recurso extraordinário, todas as causas decididas em único ou última instância, quando a decisão recorrida "contrariar dispositivo constitucional, e especificamente, quando "declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".
>
> Ora, se entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra *b* do art. 102, III, da Constituição, como, aliás, ocorreu neste processo.
>
> Ao recurso especial, assim, coerentemente com a sua destinação, o que tocará é a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade ou não com ela, a lei federal, da norma estadual ou municipal.

E, na ementa desse acórdão, se lê, depois de se explicitar que, no caso sob julgamento, "o acórdão recorrido aplicou lei municipal, de validade contestada em face de lei federal, que a mesma decisão julgou inconstitucional":

> Nem sempre a discussão de validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal se resolve numa questão constitucional de invasão de competência, podendo reduzir-se à interpretação da lei federal e da lei ou ato local para saber de sua recíproca compatibilidade.
>
> Se, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra *b* do art. 102, III, da Constituição.
>
> Ao recurso especial (art. 105, III, *b*), coerentemente com a sua destinação, tocará a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade material com ela, a lei federal, de norma abstrata ou do ato concreto estadual ou municipal.

3. Por estar licenciado, não participei desse julgamento, e não sei se, realmente, essas conclusões ficaram estabelecidas como diretrizes para a sua aplicação aos casos da antiga letra *c* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional 1/1969 (e, consequentemente, para o futuro, em face da letra *b* do inciso III do

art. 105 da atual Constituição), ou se foram considerações do eminente Relator, considerações, aliás, que não eram premissas necessárias do dispositivo.

Se estivesse presente a esse julgamento, não teria dúvida de acompanhar a conclusão de que, no caso, o recurso teria de ser julgado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, não em decorrência de qualquer interpretação da letra *b* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, mas, simplesmente, porque, tendo o acórdão recorrido declarado a inconstitucionalidade da lei federal para julgar válida a lei local contestada em face daquela – o que implica dizer que as considerou incompatíveis uma com a outra – e tendo o recorrente fundado o seu recurso extraordinário também na antiga letra *b* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional 1/1969 (“declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”), dispositivo esse que foi reproduzido, *ipsis litteris*, na letra *b* do inciso III do art. 102 da atual Constituição, é evidente que saber se a lei federal era realmente inconstitucional por invasão de competência local era questão prejudicial.

Ora, quando o acórdão recorrido expressamente declara a inconstitucionalidade da lei federal em cotejo com a lei estadual, e essa declaração também é atacada com base no pressuposto constitucional específico do recurso extraordinário (a letra *b* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional 1/1969, ou a letra *b* do inciso III do art. 102 da atual Constituição), essa questão é *prejudicial absoluta* da questão, também invocada, do julgamento de validade de lei estadual contestada em face da lei federal, o que, por si só – e, portanto, independentemente de qualquer interpretação a ser dada à letra *b* do inciso III do art. 105 da atual Constituição –, outorga exclusividade de julgamento a este Supremo Tribunal Federal.

4. No caso presente, ao contrário do anterior, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade de lei federal pelo acórdão recorrido (que, ao contrário, entendeu compatíveis os preceitos legal e federal), e o recurso extraordinário foi interposto pela letra *c* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional 1/1969, sob a alegação, em última análise, de que essa conciliação não é possível, pois, na espécie, o que houve foi admitir-se que a lei local discipline princípio geral de direito tributário – interrupção prescrição –, em dissonância com o CTN, que alude apenas a ato instantâneo e, por isso, sem aludir especificamente ao dispositivo constitucional em jogo com relação à questão de competência, nem contestar o julgamento de validade da lei local diretamente em face da Constituição, o recorrente se refere a questão constitucional, que sempre existe no cotejo de *validade* entre lei federal e lei local no nosso sistema jurídico: “como se infere, a legislação paulista ao prever as hipóteses de “prescrição” está ferindo preceito constitucional que defere a União legislar sobre processo e sistema tributário nacional”.

Em casos como esse que está sendo objeto da presente questão de ordem, será indispensável fixar o sentido da letra *b* do inciso III do art. 105 da atual Constituição, para se saber se ele se enquadra nela, ou se o acórdão recorrido transitou em julgado por não se enquadrar a questão, como apresentada no antigo recurso extraordinário (e que indiscutivelmente era nele cabível com base na letra *c* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional 1/1969, sem se alegar

qualquer texto constitucional como contrariado), em nenhuma das três letras do inciso III do art. 105 da Constituição em vigor, pois não se invocou contrariedade a qualquer texto constitucional, especificando-o (letra *a*); nem o Tribunal local declarou a inconstitucionalidade da lei federal em causa (letra *b*); nem julgou ela válida a lei local contestada em face da Constituição, porque a contestação que se fez foi em face de lei federal, por se tratar de problema de competência concorrente complementar ou supletiva, em que, necessariamente, tem de haver o confronto entre as duas leis colocadas frente a frente.

5. Passo, pois, a interpretar o disposto na letra *b* do inciso III do art. 105 da atual Constituição, para fixar-lhe o sentido e o alcance, o que é indispensável para saber se ele só diz respeito a simples questão de legalidade ou se se refere sempre a questão constitucional, o que permitirá que a decisão do Superior Tribunal de Justiça seja, por sua vez, recorrível ao Supremo Tribunal Federal pela parte vencida no recurso especial, sob a alegação necessária de contrariedade a texto da Constituição (letra *a* do inciso III do art. 102 da atual Constituição, aplicável a qualquer decisão de única ou última instância, e, portanto, a qualquer decisão em recurso especial que contrarie dispositivo constitucional).

Pelo ordenamento constitucional anterior, quando todas as questões de direito federal – fossem constitucionais ou legais, com independência entre si ou intimamente conexas – davam margem apenas a recurso extraordinário, as hipóteses desse recurso eram estas:

> Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:
> (...)
> III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:
> a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
> d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Com a criação, pela atual Constituição, do recurso especial que passou a coexistir com o recurso extraordinário, fez ela uma partilha desses pressupostos, mantendo uns como fundamento do recurso extraordinário, e passando outros para o recurso especial. Com efeito, a antiga letra *a* do inciso III do art. 119 ("contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal") foi assim partilhada: "contrariar dispositivo desta Constituição" ficou com o recurso extraordinário (art. 102, III, *a*), ao passo que "negar vigência de tratado ou lei federal" passou para o recurso especial com uma ampliação: a de que ao lado dessa negativa de vigência, se aludiu à *contrariedade* a tratado ou lei federal (art. 105, III, *a*). A antiga letra *b* do inciso III do art. 119 ("declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal") se tornou, *ipsis litteris*, pressuposto de recurso extraordinário (art. 102, III, *b*). Já a letra *c* do inciso III do art. 119

("julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal") foi partilhada, ficando com o recurso extraordinário o "julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição" (letra *c* do inciso III do art. 102); e passou para o Supremo Tribunal Federal, sem modificação, a parte final: "julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face *de lei federal*" (letra *b* do inciso III do art. 105). Finalmente, a antiga letra *d* do inciso III do art. 119 ("der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal") passou para o recurso especial com esta redação: "der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal" (letra *c* do inciso III do art. 105).

Como se vê, na parte que interessa à questão de ordem em causa, a hipótese da "*validade* de lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal", tendo passado para o recurso extraordinário, sem qualquer modificação, deverá continuar a ser entendida como sempre o foi por esta Corte, ou seja: validade de lei local contestada em face de lei federal é questão, necessariamente, de competência constitucional, ao passo que o mesmo não sucede com a validade do ato de governo local contestado em face da lei federal.

Que a validade de lei local contestada em face de lei federal é sempre questão de competência constitucional foi o entendimento que se firmou nesta Corte, quer se trate de competência exclusiva (quando não há que confrontar com qualquer outra lei a local ou a federal a que se imputa ter invadido competência), quer se trate de competência concorrente, complementar ou supletiva (quando esse confronto é, em geral, imprescindível). Por isso mesmo, esta Corte já declarou, inumeráveis vezes, a inconstitucionalidade de leis locais que invadiram a competência exclusiva da legislação federal, como também a inconstitucionalidade de leis locais que, do confronto com a lei federal demonstrativo da incompatibilidade desta com a lei local, invadiram a competência legislativa da União, *em hipóteses de competência concorrente complementar ou supletiva*. Assim, com relação às leis estaduais de criação de Municípios em choque com princípios da lei complementar federal, ou às leis estaduais sobre agrotóxicos em discordância com as leis federais a respeito, sempre se admitiu representação de inconstitucionalidade, e se declarou a inconstitucionalidade dessas leis locais em choque com as leis federais, no terreno dessa competência concorrente supletiva ou complementar, o que não seria possível se esse cotejo entre a lei local e a lei federal, para aferir-se a validade daquela que deve curvar-se diante desta, fosse simples questão de legalidade, e não questão constitucional de invasão de competência.

Foi com base no entendimento pacífico desta Corte – firmado quando a Constituição não dizia enfaticamente que o Supremo Tribunal Federal era o guardião da Constituição (como o faz a atual Constituição), embora, sem dúvida alguma, o fosse como o é toda Suprema Corte nos Estados federais, que só podem existir se houver controle das competências repartidas entre os entes políticos que os integram (no mínimo, União e Estados-membros) – que, em modesto artigo publicado na revista *Arquivos do Ministério da Justiça* (ano 41, n. 173, p. 40), escrevi estas linhas de crítica:

> Por outro lado, na competência do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se o recurso especial sob o fundamento de a decisão recorrida "julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face de lei federal". Ora, as questões de validade de lei ou de ato normativo de governo local em face de lei federal não são questões de natureza legal, mas, sim, constitucional, pois se resolvem pelo exame da existência, ou não, de invasão de competência da União, ou, se for o caso, do Estado. Hipóteses que deveriam, portanto, dar margem, não a recurso especial, mas a recurso extraordinário, pela sistemática adotada para a divisão de competências entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

E, depois de salientar que esse equívoco já vinha do Anteprojeto da "Comissão dos Notáveis", acrescentei:

> (...) graças a ele, criaram-se, em verdade, para a mesma questão constitucional, quatro graus de jurisdição sucessivos: dois ordinários (o do juiz singular e o do Tribunal local ou regional) e dois extraordinários (o do Superior Tribunal de Justiça, para julgar o recurso especial que necessariamente será interposto, pois ainda não se trata de decisão de única ou última instância a admitir recurso extraordinário; e o do Supremo Tribunal Federal para apreciar o recurso extraordinário contra o decidido, a propósito, no recurso especial, certo como e que se trata de matéria constitucional, sobre a qual cabe à Corte a palavra final).

A essas conclusões cheguei – e com elas não retiro, obviamente, do Supremo Tribunal Federal o seu papel de guardião máximo da Constituição, visto como a ele competirá sempre dar a última palavra no recurso extraordinário cabível por se tratar de questão constitucional – porque não tenho a menor dúvida de que está absolutamente correto o entendimento que esta Corte afirmou: o de que não existe caso algum em que o julgamento de validade de lei ou ato normativo local contestado em face de lei federal não se traduza em questão constitucional de competência concorrente supletiva ou complementar.

Em nosso sistema constitucional, não há hierarquia entre lei federal e lei local. Aquela não é superior a esta, ou vice-versa. Ambas têm o seu campo de competência devidamente delimitado pela Constituição Federal, de modo que, se a lei federal invadir o terreno de competência da lei estadual, aquela será inconstitucional, não por ser inferior a esta, mas por ter ingressado no âmbito de competência que a Constituição reservou à última. E o mesmo ocorre na situação inversa de a lei estadual invadir a esfera de competência da lei federal.

A inexistência de hierarquia entre lei federal e lei local ocorre quer no que diz respeito à competência exclusiva, quer no que concerne à competência concorrente supletiva ou complementar.

Quando se trata de competência exclusiva, não há necessidade de cotejo entre a lei local e a lei federal (ou vice-versa) para verificar compatibilidade ou incompatibilidade entre elas, pois, nesse terreno, a questão não é de compatibilidade ou não, mas de conteúdo aferível do exame do texto da lei que se pretende tenha invadido competência exclusiva de lei de outra órbita governamental. Se se alega, por exemplo, que uma lei estadual disciplinou matéria de direito comercial, que é da competência legislativa exclusiva da União, basta verificar que ela

regula matéria de direito comercial, ainda que não seja incompatível com a lei federal existente (como pode suceder se uma lei local disciplinar um instituto de direito comercial novo, ainda não disciplinado pela lei federal), para declarar-se a sua inconstitucionalidade.

Quando, porém, se trata de competência concorrente supletiva ou complementar, o cotejo entre as leis é inevitável, não porque a lei federal seja superior à lei local, mas porque a competência federal é superior à competência estadual, já que a Constituição permite àquela fixar os seus próprios limites em todo o campo da competência concorrente, ou em parte dele, o que acarreta a inferioridade da competência local que, por isso mesmo, é apenas complementar ou supletiva, ou seja, se reduz a preencher os espaços vazios deixados pela legislação federal, sendo que, se esses vazios vierem a ser preenchidos por esta, cessa a eficácia da legislação estadual preexistente e incompatível com a legislação federal superveniente.

Por isso, *Pontes de Miranda* (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1, de 1969*, tomo II, 2. ed., 2. tiragem, p. 168), depois de salientar que, mesmo na Emenda Constitucional 1/1969 (art. 8º, parágrafo único), não se admitiu, em nosso sistema constitucional, competência concorrente com cumulatividade, mas, sim, competência concorrente sem cumulatividade (e, portanto, supletiva e complementar), observa:

> Uma vez que não é cumulativa, a competência concorrente do art. 89, parágrafo único, permite que se conceitue a uma das competências como superior à outra – não porque se lhe dê *mais*, e sim porque se lhe deixa, às vezes, escolher os próprios limites.

E, mais adiante, aludindo ao princípio do direito constitucional alemão "o direito federal corta o direito estadual" (*Reichsrecht bricht Landesrecht*), que parece traduzir a ideia de que a regra jurídica federal é superior à regra jurídica estadual, se apressa em esclarecer o mesmo *Pontes de Miranda* (ob. cit., p. 178):

> Tal hierarquia é menos das regras jurídicas do que das competências legislativas, pois que, sendo concorrentes, haveríamos de encontrar solução para se evitar a cumulatividade.

Daí *Machado Horta* (*A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 49 e seguintes) distinguir a *repartição horizontal de competências* (a que faz "uma demarcatória das fronteiras normativas do Estado Federal") da *repartição vertical de competências* (a que estabelece "verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras de convivência"). Nesse "verdadeiro condomínio legislativo", a repartição de competências é vertical (e, portanto, a hierarquia é de competências), porque – como acentua *Machado Horta* (p. 53) – "a legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhes ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de *normas gerais* às peculiaridades e às exigências estaduais".

É por isso que, enquanto falta lei federal que regule matéria de competência concorrente supletiva e complementar, a lei estadual pode disciplinar

inteiramente essa matéria. Se já houver lei federal que a regule, a competência da lei estadual se reduz a preencher as lacunas deixadas por aquela, razão por que não pode estabelecer princípio incompatível com o da legislação federal preexistente. Se a legislação estadual legislou sobre toda a matéria da competência concorrente porque faltava lei federal, quando esta for editada, cessará a eficácia da legislação estadual preexistente, por perda de competência, naquilo em que esta é incompatível com a lei federal. E se a lei federal for ab-rogada, voltando a ocorrer o vazio, a lei estadual que perdeu sua eficácia não revive, mas apenas ressurge a competência do Estado-membro para preencher esse vazio.

É, aliás, o que, agora, está expresso na Constituição brasileira.

Com efeito, ela, no art. 23, dispõe sobre a competência privativa da União, e, no art. 24, depois de enumerar as matérias que se encontram na competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, estabelece em seus quatro parágrafos:

> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais.
>
> § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
>
> § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
>
> § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A única novidade propriamente foi a de se ter limitado, em todas as matérias em que se admite a competência concorrente, a competência da União apenas aos princípios gerais. No restante, somente se explicitou nesses textos constitucionais o que doutrinariamente já era sustentado, com a vantagem, porém, de essa explicitação afastar qualquer divergência por ventura verificável.

E porque se trata de questão constitucional de competência e que *Pontes de Miranda* (ob. cit., p. 170) salienta que "a legislação estadual que se não limita à função supletiva ou complementar é *inconstitucional*" e, páginas adiante, completa: "se sobrevém direito federal, com o qual seja incompatível a regra jurídica local, revogada está, ou derrogada na parte em que o for" (p. 173). Em outras palavras: se já há lei federal e a lei estadual não se limita a suplementá-la ou a complementá-la, mas com ela é incompatível, há o vício de inconstitucionalidade, por invasão de competência por parte desta; se a lei estadual, porque faltava lei federal, ocupava todo o vazio desta, ocorrendo a superveniência da lei federal, esta revoga (a Constituição atual diz "suspende a eficácia", quando deveria dizer "retira a eficácia") a lei estadual no que lhe é incompatível, pois a competência federal, que escolhe os seus limites, afasta a competência estadual que só é preenchedora do vazio deixado por aquela.

Como se vê, sempre uma questão constitucional de competência está em jogo. Ou se trata do vício de *inconstitucionalidade* (a lei estadual incompatível com a lei federal é posterior a esta) ou se trata de *revogação* de lei por perda de

competência constitucional (quando a lei federal posterior faz cessar a vigência da lei estadual anterior, por preencher o vazio ocupado por esta).

Não há, entre leis federal e estadual, nesse terreno, quando se julga a validade desta contestada em face daquela, vício de *ilegalidade*, mas, sim, vício de *inconstitucionalidade*. o confronto entre essas leis se faz para verificar se houve, ou não, invasão de competência por parte da lei local, e não para verificar se a lei estadual *violou* a lei federal. Por isso é que, nesses casos, não há que se falar em questão legal imediata e apenas questão constitucional mediata, como ocorre entre regulamento e lei, que são normas hierarquizadas entre si no mesmo nível de governo, não havendo competências definidas entre elas, o que, se existisse, daria margem também à invalidade da lei por invasão do âmbito reservado à competência do regulamento. E é por isso que esta Corte não admite representação de inconstitucionalidade de regulamento por ser este incompatível com a lei regulamentada. Tem ele invariavelmente entendido que, nesse caso, a questão imediata é a de legalidade, e, consequentemente, não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Ao contrário, sempre admitiu a representação de inconstitucionalidade de lei local por invasão de competência aferível do confronto entre ela e a lei federal, nas hipóteses de competência concorrente supletiva ou complementar (assim, nos casos frequentíssimos de leis estaduais de criação de Municípios ou de leis estaduais sobre agrotóxicos, já referidos anteriormente).

Aliás, não fora assim, e ficaria fora do âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ser *simples questão de ilegalidade*, a questão – e as palavras que se seguem são do eminente Relator do RE 117.809 – "do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade ou não com ela, a lei federal, na norma estadual ou municipal". O Supremo Tribunal Federal, pelo fato de não se questionar a validade da lei federal, mas, sim, de se questionar a validade da lei local em face daquela, não poderia, quer em ação direta de inconstitucionalidade, quer em recurso extraordinário, resolver esse conflito entre União, Estados e Municípios, que é, constitucionalmente, no mínimo tão importante para a Federação quanto uma ação cível originária entre a União e um Estado sobre alguns metros de terra devoluta, a qual é da competência exclusiva desta Corte.

Note-se, ademais, que, para o efeito dessa verificação, o confronto pode dar-se entre dispositivo constitucional estadual que tenha sido julgado válido em face de lei federal, e, nesse caso, em que nos diferentes níveis governamentais (União e Estados-membros), há o confronto entre leis de hierarquia diversa em cada um deles, se se considerasse que questão dessa natureza seria puramente legal teríamos a tautologia de *texto constitucional ilegal*.

Demonstrado está, pois, que o julgamento de validade de ato normativo de governo local em face da lei federal sempre envolve questão constitucional de invasão de competência, pois esse confronto é tão somente o meio necessário para verificar-se se houve, ou não, invasão de competência concorrente supletiva ou complementar, e, portanto, inconstitucionalidade exclusivamente por motivo de hierarquia constitucional de competências, e não de ilegalidade que resultaria

se a lei federal fosse superior à lei local qualquer que fosse a espécie de competência. Da mesma forma, aliás, por que o confronto entre regulamento e lei é meio necessário para verificar-se se o regulamento é, ou não, *ilegal*, pois ele, por ser hierarquicamente inferior a ela, em caso algum – sob pena sempre de *ilegalidade* – poderá infringi-la, quer por dispor contra preceito expresso dela, quer por dispor além dela (neste caso, estará ele dizendo – e, por isso, a regulamenta – que ela diz o que em verdade não diz).

5. Pelo exposto, a letra *b* do inciso III do art. 105 da atual Constituição abarca qualquer hipótese em que, com base nesse dispositivo, se ataque acórdão de Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que "julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal", haja, ou não, a sustentação expressa de que, no caso, houve invasão de competência. Isso, aliás, foi o que sempre admitiu esta Corte quando essa letra *b* integrava, com as mesmas palavras, a letra *c* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional 1/1969.

Com isso não se está, evidentemente, equiparando essa questão à de inconstitucionalidade da lei federal (letra *b* do inciso III do art. 102 da Constituição em vigor) – do que nunca foi atacado o Supremo Tribunal Federal com o mesmo entendimento em face das letras *b* e *c* (na parte relativa ao confronto de leis federal e local) –, até porque, além de caber ao recorrente a forma de ataque, que mais lhe convier, é indiscutível que há hipóteses – como a destes autos – em que a lei estadual, em se tratando de competência concorrente supletiva ou complementar, está dentro de sua esfera de competência por ser conciliável com a lei federal, que também é constitucional.

Aliás, a valer argumento dessa ordem, teremos que a Constituição atual será redundante por admitir, como pressupostos diversos de recurso extraordinário, as letras *a* ("contrariar dispositivo desta Constituição"), *b* ("declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal") e *c* ("julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição"), pois tudo, afinal, está abarcado pela letra *a* – contrariar dispositivo desta Constituição. Sim: Quando se declara, incorretamente, a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, contraria-se o dispositivo constitucional que, equivocadamente, foi o suporte dessa declaração. E, quando se julgam válidos lei ou ato de governo local dizendo-se, erroneamente, que eles não ferem a Constituição, também, obviamente, se está contrariando essa mesma Constituição.

A diferença está em que, nesses casos (e o mesmo ocorre com a letra *b* do inciso III do art. 105 da atual Constituição), as letras *b* e *c* do inciso III do art. 102 da Carta Magna em vigor, se ocorrentes seus pressupostos, dão margem ao conhecimento do recurso de natureza extraordinária sem que dele resulte – como sucede quando o fundamento do recurso é o da letra *a* do mesmo inciso constitucional – necessariamente o seu provimento, o que permite a apreciação mais ampla por parte desta Corte ao julgar a causa.

6. Voto, pois, na presente questão de ordem, no sentido de que, embora o recorrente tenha expressamente feito alusão a que a questão invocada no recurso extraordinário era uma questão constitucional de invasão de competência, esse recurso extraordinário se converteu, *ipso iure*, em recurso especial, por se fundar na letra *c*, parte final, do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional 1/1969, que hoje passou a ser a letra *b* do inciso III do art. 105 da Constituição em vigor. Assim, não conheço do presente agravo, e determino a remessa do agravo de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça, que, por via de consequência da conversão acima referida, passou também a ser competente para julgá-lo.

EXTRATO DA ATA

AI 132.755-QO/SP — Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Agravante: Indústrias JB Duarte S.A. (Advogado: Roberto Maia). Agravado: Estado de São Paulo (Advogado: Eduardo Marcio Mitsui).

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, não conhecendo do agravo por incompetência do Supremo Tribunal Federal e determinando a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Ministros Francisco Rezek e Paulo Brossard.

Presidência do Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira, Célio Borja, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Procurador-Geral da República, o Dr. Affonso Henriques Prates Correira, Substituto.

Brasília, 28 de setembro de 1989 — Hércelus Bonifácio Ferreira, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Celso de Mello: Trata-se de questão de ordem suscitada pelo eminente Relator, Ministro MOREIRA ALVES, com o objetivo, **primeiro**, de fixar o sentido e o alcance da norma consubstanciada no art. 105, III, ***b***, da Constituição, que contempla, como pressuposto de admissibilidade do recurso especial, a hipótese de conflito entre leis federais e leis locais e, **segundo**, o de definir, em função da inteligência dada ao texto, o Tribunal competente – Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça – para julgar o presente agravo de instrumento.

Tendo pedido vista dos autos, trago hoje o meu voto.

A nova Constituição do Brasil, promulgada em 1988, instituiu, ao lado do recurso extraordinário, uma nova espécie recursal de natureza extraordinária: o recurso especial. **Institutos de direito processual constitucional** (**ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI**, "Constituição de 1988 e Processo", p. 112, 1989, Saraiva), essas duas modalidades extraordinárias de impugnação recursal possuem domínios temáticos próprios, que lhes foram

constitucionalmente reservados. Inobstante seja **comum** a tais recursos de natureza extraordinária a função de tutela do direito objetivo da União, cada um deles busca ensejar o reexame de questões jurídicas de caráter diferenciado.

Ao **recurso extraordinário** reservou-se, em sua precípua função jurídico-processual, a defesa objetiva da **norma constitucional**, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, a guarda e a proteção da intangibilidade da ordem jurídica formalmente plasmada na Constituição da República.

Com esse propósito – **o de assegurar o primado do ordenamento constitucional** – delineou-se o perfil do recurso extraordinário, destinado a atuar como instrumento excepcional de impugnação de atos decisórios **finais**, proferidos em **única** ou **última instância**, sempre que estes (**CF**, art. 102, III): (**a**) contrariarem dispositivo da Constituição, (**b**) declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou (**c**) julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face do texto constitucional.

A posição jurídico-institucional desta Corte, no plano da organização política do Estado brasileiro, acentuou-lhe, de um lado, o caráter de instância **suprema** de todas as questões constitucionais – pois atua como verdadeiro "**organo di chiusura**" –, e, de outro, conferiu-lhe a condição de órgão delegado do poder constituinte, incumbido de velar pela supremacia de sua vontade objetiva formalmente positivada no texto da Constituição.

GARCÍA DE ENTERRÍA ("La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", p. 198, 3. ed., 1985, Editorial Civitas, Madrid), ao referir-se ao tema da justiça constitucional, salienta que esta, **por seu órgão de cúpula**, tem por finalidade última defender, garantir e proteger a Constituição: "*(...) es, en este sentido, un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos*".

Identicamente, quanto ao **recurso especial**, definiu-lhe o constituinte o campo de sua precípua atuação temática – a tutela do direito objetivo infraconstitucional da União –, submetendo-o, em sua apreciação jurisdicional, à competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, que detém, **ope constitutionis**, a "qualidade de guardião do direito federal comum (...)" (**CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO**, "O Superior Tribunal de Justiça na Constituição", "**in**" Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 66/27).

Dentre as hipóteses de admissibilidade do **recurso especial** – todas discriminadas no art. 105, III, da Constituição –, uma há que envolve, iniludivelmente, **tema constitucional**. É o que se evidencia do preceito normativo inscrito na alínea **b** daquele artigo, que assim dispõe:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
> (...)
> III – Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

(...)
b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

Esse aspecto foi claramente ressaltado pelo eminente Ministro **MOREIRA ALVES**, em conferência pronunciada antes mesmo da vigência da presente Constituição.

Ao tratar da posição institucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministro **MOREIRA ALVES** advertiu o intérprete sobre essa específica hipótese de cabimento do recurso especial ("A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações", vários autores, p. 200/201, 1988, Forense Universitária), **verbis**:

> Com a criação dessa Corte, pretendeu-se atribuir-lhe a uniformização da interpretação das leis federais infraconstitucionais, deixando-se para o Supremo Tribunal Federal a missão de guardião máximo da Constituição Federal. Por isso mesmo, para as questões constitucionais decorrentes das decisões judiciais de única ou última instância, há o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, ao passo que, para as questões de natureza legal federal contidas nas decisões dos Tribunais Federais ou Estaduais da Justiça Comum, há o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.
>
> Com relação, porém, a uma das hipóteses de cabimento do recurso especial – aquela que assim é enunciada pelo Projeto da futura Constituição: "julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face de lei federal" – cometeu-se um equívoco que destrói a harmonia desse sistema. Equívoco, aliás, que já se encontrava no Anteprojeto elaborado pela Comissão dos Notáveis. Partiu-se da premissa errônea de que contestação de lei de governo local em face de lei federal, por se tratar de confronto entre lei e lei, estaria situada no terreno legal infraconstitucional, quando, em verdade, questão dessa natureza é sempre constitucional, por decorrer, necessariamente, da possibilidade de invasão, por parte da lei local, da área de competência legislativa reservada à União Federal. Portanto, nesse caso de cabimento de recurso especial, ter-se-á como objeto dele, não uma questão legal infraconstitucional, mas, sim, uma questão exclusivamente constitucional, e questão essa que terá de ser decidida, primeiramente, pelo Superior Tribunal de Justiça, para só então dar margem à interposição, contra o acórdão deste, de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, certo como é que só cabe recurso extraordinário para a Suprema Corte do País de decisão de única ou última instância, e esta, no caso, será a do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Ter-se-á, assim, uma duplicação desnecessária de instâncias extraordinárias, com o cabimento de um recurso de natureza extraordinária (o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal) contra a decisão tomada em outro recurso também de natureza extraordinária (o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça).

Com idêntica percepção dessa circunstância, o eminente Ministro **CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO** (**op. cit**., p. 36/37 e 39/40), assinalou, corretamente, que a hipótese de admissibilidade do recurso especial referida na alínea **b** do inciso III do art. 105 da Carta Federal **configura típica situação de litigiosidade constitucional**. De seu magistério, extraio estas expressivas passagens, que transcrevo:

Examinemos as demais hipóteses de cabimento do recurso especial. Pela letra "b" do inc. III, do art. 105, caberá o recurso especial no caso de a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal.

Esse pressuposto do recurso especial contém, no seu cerne, o contencioso constitucional, por isso que, de regra, quando um tribunal estadual julga válida uma lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, é porque reconhece o tribunal estadual que a lei ou o ato do governo local comportava-se na competência constitucional assegurada a este, tendo a lei federal, pois, invadido competência local, pelo que é inconstitucional.

O contencioso constitucional, pois, é colocado, também, no Superior Tribunal de Justiça, por isso que o pressuposto do recurso especial da letra "b" é de índole constitucional.

(...)

(...) Já falamos e não custa relembrar: quando um tribunal estadual julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da lei federal, ele o faz, de regra, na suposição de que a lei federal invadiu área de competência constitucional do ente local. A questão se coloca, pois, no campo das competências das entidades políticas que compõem o Estado Federal. Vejam, então, que o contencioso constitucional foi colocado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como pressuposto do recurso especial, o recurso especial da letra "b".

Também assim entendo.

A Constituição da República uma vez mais consagrou o princípio federativo. A Federação brasileira compõe-se de comunidades jurídicas parciais, todas dotadas de autonomia, residindo a soberania, apenas, no Estado Federal, que é a expressão da comunidade jurídica total (**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 federalismo brasileiro é de equilíbrio. Pressupõe a absoluta igualdade político-jurídica das unidades federadas. Por isso mesmo, elas mantêm, entre si, relações de coordenação, que projetam os vínculos que as unem num plano de estrita horizontalidade.

A Federação, cuja noção conceitual envolve a divisão espacial do poder entre as pessoas políticas (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), estabelece, no documento que lhe dá configuração jurídico-institucional, um sistema de discriminação de competências estatais.

A partilha de competências reflete uma das mais expressivas características do Estado Federal, cuja Constituição disciplina, harmoniosamente, de um lado, as **competências exclusivas**, informadas por critérios de repartição **horizontal** dos poderes – poderes enumerados e poderes remanescentes –, e, de outro, as **competências concorrentes**, informadas por critérios de repartição **vertical** dos poderes, que outorgam à União, em determinadas matérias taxativamente

discriminadas (**numerus clausus**), a prerrogativa de emanar a legislação fundamental ou de princípios, e, aos Estados-membros, a atribuição de editar, em caráter supletivo ou complementar, a legislação de aplicação e de execução.

As leis editadas pelas pessoas políticas, no plano de sua estrita competência constitucional, não se hierarquizam entre si. A força e a autoridade de que se revestem são extraídas originariamente do próprio texto da Constituição. A invasão da esfera de competência de qualquer dessas entidades estatais resultará, por isso mesmo – e sempre –, em inconstitucionalidade da norma legal editada, pois a discriminação de poderes no âmbito da Federação **reveste-se**, por sua origem e natureza, **de caráter constitucional**.

Todas as leis, em nosso sistema constitucional, encontram seu fundamento de validade e o seu pressuposto de eficácia na Constituição. Entre aquelas e esta há inegável relação de verticalidade. Os atos legislativos são todos hierarquicamente inferiores à norma constitucional, pois nesta repousa o seu pressuposto de existência.

Daí o lúcido magistério de **HELY LOPES MEIRELLES** ("Direito Municipal Brasileiro", p. 58/59, 5. ed., 1985, RT) a propósito do tema:

> Na utilização desses direitos constitucionais, não há prevalência da lei federal ou estadual sobre a municipal. O governo local é que provê a administração em tudo quanto respeite ao peculiar interesse do Município, repelindo, por inconstitucional, qualquer intromissão de outro órgão, autoridade ou Poder (...). Impropriamente se diz que o Município está subordinado à União e ao Estado-membro. Não ocorre tal subordinação. O que existe são esferas próprias de ação governamental, que decrescem gradativamente da União para o Estado-membro e do Estado-membro para o Município (...); o que há é respeito recíproco pelas atribuições privativas de cada qual (...). Se a União ou o Estado-membro, extravasando dos limites de sua competência, invadir a órbita privativa da administração municipal, pode o Município recorrer ao Judiciário, para compelir o poder federal ou estadual a recolher-se aos lindes que a Constituição lhes assinala.

A hipótese de admissibilidade do recurso especial, consubstanciada no art. 105, III, **b**, da Carta Política, envolve, especificamente, o tema concernente à colisão entre leis emanadas de pessoas estatais **diversas**. A prevalência de uma espécie normativa, federal ou local, sobre a outra **dependerá**, exclusivamente, do seu grau de conformidade e adequação ao modelo constitucional.

Mesmo nos domínios da **competência concorrente** (**CF**, art. 24), a preeminência da lei federal não decorrerá de sua **própria** autoridade, mas da força e eficácia da regra constitucional, na exata medida em que o ato legislativo ditado pela União limitar-se, em seu conteúdo normativo, a veicular, tão somente, normas gerais (**CF**, art. 24, § 4º).

Cumpre não desconsiderar a advertência de **PONTES DE MIRANDA** ("Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969", tomo II/169-170, 2. ed., 1970, RT), para quem a legislação emanada do poder central, na esfera da competência concorrente, está restrita a limites inultrapassáveis

postos pelo próprio texto constitucional, e sujeita a pleno controle jurisdicional de constitucionalidade:

> (...) A Constituição distingue a competência de legislação fundamental e a competência de legislação concorrente indistinta (...). A importância não está em que tenham os Estados-membros de obedecer às regras jurídicas que o legislador central edictar (...) – mas em que a competência da União não é ilimitada, não esgota o assunto, não o exaure, e a Constituição impõe que se restrinja a normas fundamentais, a diretrizes, a regras jurídicas gerais (...).

As relações entre uma **lei local** e uma **lei federal** regem-se, desse modo, pelas normas de competência que o texto constitucional definir. A usurpação de competência institucional gerará a inconstitucionalidade do ato legislativo editado. Tanto quanto uma lei local que incursione por área tematicamente reservada à União, também a lei federal que disponha sobre matéria pertencente ao domínio normativo dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios será reputada inconstitucional.

A disciplina constitucional da competência concorrente supõe dois níveis de atuação normativa. Um, de caráter central, em que se projeta a ordem jurídica da União, cujas atribuições legiferantes restringem-se, por exigência da própria Carta Política, à normação fundamental, eis que lhe compete editar as **leis de bases** ou **de princípios** – as denominadas **lois-cadres** do direito francês –, que consagram e veiculam normas gerais ou diretrizes regedoras de determinados temas, previamente referidos na Constituição.

O outro nível de atuação normativa projeta-se na esfera local, cujo ordenamento jurídico, sujeito aos parâmetros materiais da legislação editada pelo poder central – diretrizes, bases e princípios –, nestes encontra os seus limites de incidência, cabendo, então, nesse contexto, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, **ressalvada a inexistência de lei federal sobre normas gerais** (**CF**, art. 24, § 3º), a promulgação de simples legislação de execução ou de aplicação (CF, art. 24, § 2º).

Para o eminente **RAUL MACHADO HORTA** ("A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro", p. 176, 1964, Belo Horizonte), "a competência concorrente surge de movimento de deslocação da matéria legislativa da competência privativa federal, para ser submetida a uma **dupla atividade legislativa**: a da União, em caráter primário, e a do Estado-membro, em caráter supletivo ou complementar. A legislação estadual supletiva ou complementar destina-se ao afeiçoamento da legislação federal primária às peculiaridades locais, para suprir, nesse ajustamento, as lacunas ou deficiências da legislação federal".

Uma vez que se reconheça, com o ilustre constitucionalista mineiro, que há verdadeiro **condomínio legislativo** entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal no plano das competências concorrentes (**op. cit.**, p. 53, item n. 11), não se pode deixar de concluir, **como ele**, que a repartição, **horizontal** ou **vertical**, de competências "(...) destaca a natureza complexa do Estado Federal **e a primazia da Constituição, que é o foco irradiador das competências**"

(**op. cit.**, p. 62, item n. 28 – **grifei**). Por isso mesmo, prossegue esse eminente Professor e teórico do federalismo (**op. loc. cit.**), "A autonomia do Estado-membro sofre o condicionamento da repartição de competências e, portanto, das normas primárias da Constituição Federal".

Por ser de índole constitucional – e de observância rigidamente necessária – a fórmula de repartição de competências estatais no plano da Federação – **quer** se trate de repartição **horizontal** (domínio das competências **exclusivas**), em que há enumeração dos poderes deferidos à União e aos Municípios e outorga de atribuições remanescentes aos Estados-membros, **quer** se cuide de repartição **vertical** (domínio das competências **concorrentes**), em que se deferem poderes à União para editar a legislação primária ou fundamental sobre determinadas categorias temáticas, e aos Estados-membros a prerrogativa de emanar a legislação supletiva ou complementar –, é inafastável a consideração de que se reveste de absoluta inconstitucionalidade o ato normativo, **federal** ou **local**, cujo conteúdo haja eventualmente excedido os próprios limites materiais definidos pela regra constitucional de competência legislativa.

PONTES DE MIRANDA ("op. cit.", tomo I/291-292), ao abordar esse tema – o da hierarquização das regras jurídicas estatais no âmbito do Estado Federal brasileiro –, expende magistério irrepreensível, assinalando a **inexistência**, entre leis federais e atos legislativos locais, de qualquer relação de supremacia, na exata medida em que essas espécies normativas se contenham nos limites constitucionalmente preestabelecidos de competência legislativa das entidades que as editaram: "(...) Umas e outras vêm em seguida, dentro das linhas demarcadoras das competências legislativas (federal, estaduais, **de acordo com o que se estatuiu na Constituição Federal**" (**grifei**).

Esse, também, é o entendimento doutrinário, **inter plures**, de **DALMO DE ABREU DALLARI** ("Elementos de Teoria Geral do Estado", p. 228, item n. 142, 11. ed., 1985, Saraiva), de **MARCELO NEVES** ("Teoria da Inconstitucionalidade das Leis", p. 107/108, 1988, Saraiva), de **ANTONIO GONÇALVES DE OLIVEIRA** ("Hierarquia das Leis e Competência Legislativa da União e dos Estados", "**in**" Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, vol. 3/42 e segs.), de **GERALDO ATALIBA** ("Sistema Constitucional Tributário Brasileiro", p. 94/101, itens n. 186/201, RT) e de **CELSO RIBEIRO BASTOS** ("Curso de Direito Constitucional", p. 256/257, item n. 10, 11. ed., 1989, Saraiva).

A questão das competências estatais, no plano da nossa organização constitucional, representa um dos elementos nucleares e essenciais à prática concreta do regime federativo. Eventuais conflitos de competência normativa suscitarão, ordinariamente, discussão jurídica de natureza constitucional, pois quando se invoca, com impropriedade, a supremacia da lei federal, instaura-se, como consequência necessária, a verificação de compatibilidade vertical dos atos legislativos postos em confronto – **a lei federal e a lei estadual** – com o modelo jurídico positivado na própria Constituição. Na realidade, o cotejo de leis estaduais com diplomas legislativos federais induz, necessariamente, o contraste,

em face do texto constitucional, dos atos normativos questionados, pois **inexiste** entre eles, especialmente no plano da competência concorrente, qualquer relação hierárquico-normativa.

A única hierarquia que se pode vislumbrar na esfera das relações jurídico-institucionais entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, é sempre de índole exclusivamente constitucional, e pertine às fontes de legislação ou às competências para legislar. Daí a advertência de **PONTES DE MIRANDA** (**op. cit.**, tomo II/178), ao destacar a natureza dos vínculos entre a lei federal primária, de normas gerais, e a lei estadual editada no exercício da competência concorrente:

> (...) O que importa é, tão somente, a verificação da existência da regra federal, que corta a regra local. Tudo se resolve em questão de se saber se existe regra hierarquicamente preponderante (...). **Tal hierarquia é menos das regras jurídicas de que das competências legislativas** (...).
> (**Grifei**.)

O eminente Ministro **ANTONIO GONÇALVES DE OLIVEIRA** (**op. cit.**, p. 46) é categórico ao acentuar que "Não existe, em princípio, uma supremacia da lei federal", pois "(...) O problema é, antes, de **constitucionalidade** ou **inconstitucionalidade das leis**" (**grifei**).

Mesmo para aqueles autores, como **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO** ("Comentários à Constituição Brasileira", p. 101/102, 5. ed., 1984, Saraiva), que proclamam a superioridade da lei federal sobre a lei estadual, em sede de competência concorrente, ainda assim o tema **não se desveste** de seu caráter constitucional, pois essa supremacia, embora não derive da autoridade do ato emanado da União, é um reflexo da força e imperatividade da Constituição mesma:

> No campo da competência concorrente, a lei federal é superior à lei estadual (...). **Desde que se atenha aos limites constitucionais** (...), a lei federal obriga o legislador estadual que não poderá validamente dispor contra ela (...). Evidentemente, se a lei federal for além dos limites traçados, ela invade competência estadual, **sendo, por isso, inconstitucional** e não podendo prevalecer sobre a lei estadual.
> (**Grifei**.)

O saudoso Ministro **VICTOR NUNES LEAL** ("Problemas de Direito Público", p. 127/129, itens n. 12/13, 1960, Forense), ao analisar a característica essencial das Federações e delinear os traços principais do federalismo brasileiro, enfrenta a questão da prevalência, ou não, das leis federais sobre os atos legislativos editados pelos Estados-membros, e observa:

> As leis federais prevalecem sobre as Constituições e leis estaduais, mas não nos esqueçamos: leis federais **válidas**. Para que a lei federal seja válida é preciso: 1º, que regule matéria da competência da União, isto é, que tenha sido baixada pela União na esfera de sua competência (...), e 2º, que, embora conforme com as regras constitucionais de competência, não desrespeite qualquer outra disposição constitucional. **Quer infrinja a primeira**, quer infrinja a segunda recomendação, tanto

> num como noutro caso, **a lei federal não será válida**, porque é inconstitucional, **e, sendo inconstitucional, não pode ser aplicada**, ficando fora de propósito a questão da sua prevalência sobre leis estaduais.
>
> (...)
>
> A aplicação da lei estadual pelo tribunal local contra uma lei federal **contém**, implícita ou explicitamente, **uma declaração de inconstitucionalidade da norma federal**. Num conflito entre a lei federal e a estadual, a primeira só pode ser preterida por motivo de inconstitucionalidade.
>
> (**Grifei**.)

Depois de estabelecer essas premissas, aquele eminente jurista fere o tema do recurso extraordinário, para analisar, **sob a égide da Constituição de 1946**, a diferença entre os pressupostos de sua admissibilidade, previstos nas alíneas **b** e **c** do art. 101, III, da Carta Federal (**op. cit.**, p. 129/131), **verbis**:

> A diferença entre os dois casos está em que, na hipótese da letra *b*, a lei federal deixou de ser aplicada por **declaração expressa** da sua inconstitucionalidade, ao passo que, na hipótese da letra **c**, na qual também se deixa de lado a lei federal para aplicar a estadual, a inconstitucionalidade da norma federal pode estar contida de modo apenas **implícito** no julgado recorrido. Mas num e noutro caso, o que ocorre é a não aplicação da lei federal por motivo de inconstitucionalidade, motivo que estará expresso numa hipótese, mas que na outra estará expresso ou implícito.
>
> Em ambos, o que autoriza o recurso é, pois, a presunção de constitucionalidade da lei federal. Assim como no caso da letra **b** (não aplicação de lei federal por contrariar a Constituição) o Supremo faz prevalecer, não a lei federal inaplicada, mas a Constituição, com a inteligência que lhe der, também no outro caso (aplicação de lei estadual contra lei federal), o que tem a fazer o Supremo não é impor a lei federal, mas **impor a Constituição**, seja contra a lei estadual, seja contra a federal, conforme o alcance do texto constitucional. Em ambos os casos, o dever do Supremo é fazer prevalecer a Constituição; se há conflito entre lei federal e estadual, o prevalecimento da Constituição poderá importar, ou aplicação da lei federal, ou aplicação da lei estadual. Nesta última hipótese, o julgado recorrido deve subsistir.

Perfilham a mesma orientação, na solução doutrinária do tema pertinente ao conflito entre o direito local e o direito federal, em sede de recurso extraordinário – e já sob a égide do regime da Carta de 1969 –, **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO** (**op. cit.**, p. 480/481) e **JOSÉ AFONSO DA SILVA** ("Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro", p. 222/223, itens n. 96/97, RT), para quem, em última análise, a validade dos atos – locais ou federais – deve ser aferida em face da própria Constituição, pois, mesmo que se reconheça que a ordem jurídica do Estado Federal é hierarquizada, cumpre não desconsiderar o fato, de extremo relevo jurídico, de que tal "(...) hierarquia decorre da própria Constituição (...)" (**JOSÉ AFONSO DA SILVA**, **op. cit.**, p. 223, item n. 97).

Disso decorre que, em nosso sistema jurídico, as questões de conflito envolvendo o exercício das competências legislativas estatais, quer se situem no plano de sua repartição horizontal, quer se expressem na esfera de sua repartição vertical, só podem ser dirimidas com a resolução **preliminar** de um aspecto essencial e subordinante: a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, federais

ou locais, postas em confronto. "Da repartição global de competências que fez a Carta Constitucional", adverte **GERALDO ATALIBA** ("Leis Nacionais e Leis Federais no Regime Constitucional Brasileiro", p. 158, "**in**" "Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Ráo", 1976, Resenha Universitária), "deflui que as leis são válidas somente na medida em que se contenham no círculo de atribuições das pessoas constitucionais de que promanam".

No domínio das competências concorrentes, é irrecusável que o conflito entre atos legislativos emanados de fontes e pessoas estatais diversas – pressuposto específico de admissibilidade do recurso especial referido na letra **b** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal – seja dirimível mediante juízo prévio de constitucionalidade, ainda que, afinal, se verifique que as espécies normativas **aparentemente** conflitantes encontrem-se adstritas aos limites materiais previamente delineados pela Constituição.

JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 233, 2. ed., 1982, RT), ao analisar, **em face de ordenamento constitucional precedente**, esse mesmo pressuposto de admissibilidade e cabimento, agora reservado, pela Constituição de 1988, ao recurso especial, acentuou, **verbis**:

> Mesmo nas hipóteses em que se erguia a questão da invalidade de uma lei local em face da lei federal (caso do recurso extraordinário do art. 101, n. III, letra *c*, da Constituição de 1946, e agora do art. 119, n. III, letra **c**, da Carta Constitucional vigente), **também se alegava tratar-se de inconstitucionalidade, de modo indireto, por invasão de competência.**
> (**Grifei**.)

Dessume-se, pois, que ao Superior Tribunal de Justiça não é indiferente – e nem institucionalmente estranha – a função de realizar **incidenter tantum** o controle de constitucionalidade das leis e atos estatais, desde que essa **quaestio**, originariamente suscitada perante essa Corte judiciária nacional, revista-se de caráter **subordinante** da resolução do litígio a ela submetido.

Isso porque, no direito positivo brasileiro, sob a égide da atual Carta Política, continua a existir, devidamente institucionalizado, ao lado do sistema de jurisdição concentrada, o método de controle difuso ou incidental de constitucionalidade das leis e atos do poder público, que se realiza **sempre** que a resolução do litígio imponha, como premissa lógico-jurídica, em caráter prejudicial, o exame da questão de constitucionalidade.

Os Tribunais – quaisquer Tribunais – não estão vinculados, no desempenho do seu ofício jurisdicional, por leis que ofendam a Constituição. Incumbe-lhes a **competência de exame**, que assegura às Cortes Judiciárias o poder de fiscalizar a própria validade do ato legal, se questionada a sua desconformidade com o modelo jurídico plasmado na ordem constitucional.

A tutela da ordem constitucional, exercida pelo Superior Tribunal de Justiça em todas as causas de sua competência – tanto originária quanto recursal –, ganha, na hipótese específica da alínea **b** do inciso III do art. 105 da Carta

Política, especial relevo, na medida em que necessária à verificação da própria viabilidade do recurso especial.

Esse reconhecimento da possibilidade de instauração do contencioso constitucional, perante o Superior Tribunal de Justiça, não opera a exclusão e nem traduz restrição ao exercício do poder deferido ao Supremo Tribunal Federal para, na condição de guardião eminente, velar pela integridade da ordem jurídica consagrada e positivada na Constituição. Tanto que, da decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, que apreciar, **incidenter tantum**, uma questão de constitucionalidade, caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, desde que presentes, quanto a este, os pressupostos de sua admissibilidade, previstos na Constituição (art. 102, III).

Assim sendo, Senhor Presidente, ponho-me de acordo com as observações feitas, **in casu**, pelo eminente Ministro Relator, no sentido de que o julgamento de validade de lei ou ato normativo **local** contestado em face de lei federal traduz, **sempre**, uma questão constitucional de competência concorrente, ainda que mediata, pois, em última análise "o confronto entre essas leis se faz para verificar se houve, ou não, invasão de competência por parte da lei local, e não para verificar se a lei estadual **violou** a lei federal".

Por isso, o pressuposto de admissibilidade do recurso especial referido na alínea **b** do inciso III do art. 105 da Carta vigente tem incidência ampla, **haja ou não**, conforme ressaltou o ilustre Relator, "**a sustentação expressa de que, no caso, houve invasão de competência**".

Do confronto das leis locais com as leis federais, poderá resultar, até, o reconhecimento judicial de que as pessoas políticas que as editaram adstringiram-se, no exercício de suas competências concorrentes, ao círculo de atribuições fixado pela Constituição, evidenciando-se como válidos, em consequência, aqueles mesmos atos legislativos.

Desse modo, e acompanhando o eminente Relator, voto, **como ele**, no sentido de que, "embora o recorrente tenha expressamente feito alusão a que a questão invocada no recurso extraordinário era uma questão constitucional de invasão de competência, esse recurso extraordinário se converteu, **ipso jure**, em recurso especial, por se fundar na letra **c**, parte final, do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional n. 1/1969, hoje letra **b** do inciso III do art. 105 da Constituição em vigor".

Assim, **não conheço** do presente agravo de instrumento, que deverá ser remetido ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, em decorrência da conversão recursal mencionada, é, agora, o órgão judiciário competente para apreciá-lo.

EXTRATO DA ATA

AI 132.755-QO/SP — Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Agravante: Indústrias JB Duarte S.A.

(Advogado: Roberto Maia). Agravado: Estado de São Paulo (Advogado: Eduardo Marcio Mitsui).

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator e Celso de Mello, que não conheciam do agravo por incompetência do Supremo Tribunal Federal e determinavam a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence. Ausente, justificadamente, o Ministro Octavio Gallotti.

Presidência do Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Procurador-Geral da República, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Brasília, 26 de abril de 1990 — Hércelus Bonifácio Ferreira, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O eminente Ministro Moreira Alves suscitou a presente questão de ordem para que se determinasse qual o Tribunal competente para julgamento do agravo em epígrafe, depois de procedida a adequada interpretação da norma do art. 105, inciso III, letra *b*, da Constituição Federal.

Segundo o entendimento então externado por Sua Excelência, precedido de minuciosa análise da competência constitucional atribuída a esta Corte de Justiça, como a matéria invocada no recurso extraordinário era uma questão constitucional de invasão de competência, tal recurso ter-se-ia se convertido em recurso especial, por se fundar na letra *b* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Por isso, determinava a remessa do agravo de instrumento ao Egrégio STJ, posição também assumida pelo ilustre Ministro **Celso de Mello**.

Em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**, vieram-me os autos à conclusão.

Decido.

Apesar das judiciosas ponderações apresentadas pelos cultos Ministros que se manifestaram nestes autos, tenho que o tema se encontra superado, tendo em vista a promulgação da EC 45/2005, que alterou a redação da norma constitucional em que fundamentada a questão de ordem em apreço.

Segundo a redação original daquela norma constitucional, seria da competência do STJ o julgamento de recursos em que a decisão recorrida tivesse julgada válida lei local contestada em face de lei federal.

Com a promulgação da referida EC 45, foi tal matéria incluída no rol da competência deste Supremo Tribunal Federal, com a inclusão da letra *d* no inciso III do art. 102 da Constituição Federal, alterando-se, por conseguinte, o disposto na norma de seu art. 105, inciso III, letra *b*.

Assim, não remanescem dúvidas no sentido de que, em hipóteses como a retratada nos autos deste agravo, em que se está discutindo a validade de lei local diante de lei federal, a competência para o exame da questão foi atribuída a esta Corte de Justiça a partir da entrada em vigor da EC 45.

Ressalte-se, por oportuno, que já está pacificado nesta Casa o entendimento segundo o qual as normas que dispõem sobre competência têm aplicação imediata, inclusive sobre processos que, embora ajuizados anteriormente, ainda estejam em trâmite à época da introdução legal de tal modificação de competência (AI 404.656-AgR/RJ, Rel. Min. **Ellen Gracie**; RE 131.096/DF, Rel. Min. **Moreira Alves**; RE 143.722/SP, Rel. Min. **Ilmar Galvão**).

Por tais fundamentos, meu voto é no sentido de rejeitar-se a questão de ordem suscitada pelo eminente Ministro **Moreira Alves**, dada a atual redação da norma constitucional aplicável à definição da competência recursal no presente caso, retomando-se, a seguir, nesta Corte, o normal julgamento do agravo de instrumento em epígrafe, em seus ulteriores termos.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: A questão é simples, e trago apenas o voto em relação à questão de ordem, porque a questão do agravo de instrumento, do seu conhecimento ou não, caberá ao Relator analisá-la.

Senhor Presidente, o recurso extraordinário desafiou o agravo de instrumento a este Tribunal...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quem é o Relator por sucessão? É por sucessão?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu sou o herdeiro da vista, não da relatoria.

O Relator original é o Ministro **Moreira Alves**. Provavelmente irá, então, ao Ministro **Joaquim Barbosa**, que o sucede na cadeira.

A questão diz respeito à competência: se é do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal em relação ao que hoje está disposto, por determinação da Emenda Constitucional 45, na alínea *d* do inciso III do art. 102, que é:

> d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Quando foi tirado o recurso extraordinário, não admitido na origem, que desafiou o agravo que subiu, vindo a este Tribunal, ainda vigorava a Emenda 1/1969, que dispunha, no seu art. 119, inciso III, que competia a este Supremo Tribunal Federal:

> c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;

A Constituição de 1988, posterior à apresentação, evidente, do recurso extraordinário, alterou essa competência para o Superior Tribunal de Justiça.

E ao Superior Tribunal de Justiça foi dada, então, a competência que estava no art. 105, inciso III, alínea *b*, que leio:

> Art. 105. (...)
> III – (...)
> b) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da lei federal.

Sobreveio a Emenda 45, que separou esse dispositivo em relação às competências enquanto lei e de ato de governo. Manteve no Superior o julgamento válido de ato de governo local contestado em face de lei federal e devolveu a este Supremo Tribunal Federal a competência para julgar o conflito, a validade de lei local contestada em face da lei federal, que é o texto da alínea *d* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal ora vigente.

Como é que eu soluciono esta questão de ordem? Tanto na época da interposição do extraordinário como hoje, momento em que se julga a questão de ordem, a competência está posta ao Supremo Tribunal Federal. Então, eu discordo do Relator, que, ao apresentar a questão de ordem, havia proposto a solução de se dar a competência do julgamento e remeter os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Divirjo de Sua Excelência e do Ministro **Celso de Mello**, que, à época, o havia acompanhado, e soluciono no sentido de realmente ser da competência do Supremo Tribunal Federal o processamento do agravo de instrumento.

É assim como voto, Senhor Presidente.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas deve ter sido em razão da mudança da competência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No voto, o Relator conclui que somos competentes. Então, os autos irão ao Ministro Joaquim Barbosa.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Sim, provavelmente, o sucessor do Ministro **Moreira Alves**.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Qual é a matéria, Senhor Presidente?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É o art. 102, III, alínea *d*, da Constituição de 1988.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas, aqui, tanto no momento da interposição...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto ao alcance da alínea *d*, até havíamos conversado e assentamos entendimento que não foi no Plenário, que somente se viabiliza a aplicação desse preceito se estiver em discussão, como tema de fundo, a competência normativa. Caso contrário, o Supremo ficará inviabilizado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas foi essa a solução que foi dada pelo constituinte derivado, não é?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pois é. Na alínea *d*, Presidente, não está essa explicitação e, então, em visão primeira, admitir-se-ia recurso extraordinário desde que contestada lei local em face de lei federal, inclusive quanto ao mérito em si. Foi quando imaginamos que o alcance desse preceito não é outro senão submeter ao Supremo a competência legiferante, ou seja, apenas quando em discussão – na Corte de origem e formalizado o acórdão impugnado mediante o extraordinário –, em termos de competência, se cabe ao Poder Legislativo local ou federal disciplinar a matéria, é que se abre a porta para chegar ao Supremo. Fora isso, o Supremo ficará inviabilizado se admitirmos todo e qualquer conflito entre a lei local e a federal.

Agora, sobre o tema dirá melhor o Ministro Joaquim Barbosa, julgando esse agravo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Aí é a questão de fundo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Daquele tempo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), apenas quanto à competência para legislar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), agora, Ministro, a competência para julgar esse agravo, que tem como objeto a subida do extraordinário, é do Supremo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É esse o encaminhamento do Relator.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E ele só será analisado se contiver matéria constitucional; se não contiver, não será.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É de hoje a competência absoluta; a regra é de hoje.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, acolhida a questão de ordem, nos termos do voto do Relator, e o processo será devidamente distribuído.

O Sr. Ministro Celso de Mello: O voto **que proferi**, neste caso, em 26-4-1990, **ajustava-se** ao texto **então vigente** da Constituição da República.

Passados quase 15 (quinze) anos, **e considerada a superveniência** da EC 45/2004, **alterou-se**, **substancialmente**, na matéria ora em exame, **a pertinente** cláusula constitucional.

Tendo em vista essa **relevante** circunstância, **impõe-se que ajuste** o meu voto **à nova** realidade constitucional, **razão pela qual acompanho** as considerações ora expostas pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI.

É o meu voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, a normatividade é outra, e a competência, em razão da matéria, mostra-se absoluta. O preceito tem aplicação imediata.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Já havia votado o Ministro Moreira Alves, portanto não vota o Ministro Joaquim Barbosa. O Ministro Moreira Alves fica vencido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na questão de ordem, o agravo irá ao Ministro Joaquim Barbosa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O agravo irá ao Ministro Joaquim Barbosa.

EXTRATO DA ATA

AI 132.755-QO/SP — Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Agravante: Indústrias JB Duarte S.A. (Advogado: Roberto Maia). Agravado: Estado de São Paulo (Advogado: Eduardo Marcio Mitsui).

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28-4-2004.

Decisão: Retirado de mesa. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 2-2-2009.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Moreira Alves (Relator), resolveu a questão de ordem no sentido de reconhecer ser sua a competência para processar e julgar o agravo de instrumento, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, que redigirá o acórdão. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Reajustou o voto o Ministro Celso de Mello. Não votou o Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Ministro Moreira Alves. 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, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 19 de novembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 279.469 — RS

Relator: O Sr. Ministro Maurício Corrêa

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul — Recorrido: Joaldo Afonso Nery

Servidor público. Militar alistável. Elegibilidade. Policial da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, com menos de dez anos de serviço. Candidatura a mandato eletivo. Demissão oficial por conveniência do serviço. Necessidade de afastamento definitivo, ou exclusão do serviço ativo. Pretensão de reintegração no posto de que foi exonerado. Inadmissibilidade. Situação diversa daquela ostentada por militar com mais de dez anos de efetivo exercício. Mandado de segurança indeferido. Recurso extraordinário provido para esse fim. Interpretação das disposições do art. 14, § 8º, incisos I e II, da CF. Voto vencido. Diversamente do que sucede ao militar com mais de dez anos de serviço, deve afastar-se definitivamente da atividade, o servidor militar que, contando menos de dez anos de serviço, pretenda candidatar-se a cargo eletivo.

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 dar provimento ao recurso, contra o voto do Ministro Maurício Corrêa (Relator). Redigirá o acórdão o Presidente. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Ministro Ayres Britto.

Brasília, 16 de março de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Joaldo Afonso Nery, ex-servidor da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do chefe do Poder Executivo, publicado no *DOE* de 22-8-1996, que o demitiu *ex officio*, com base no art. 14, § 8º, I, da

Constituição Federal c/c o art. 119, II, da Lei Estadual 7.138/1978[1], objetivando ser reintegrado no serviço ativo, no posto de 2º Tenente, com ressarcimento das vantagens devidas.

2. Alegou que, em 28 de junho de 1996, requereu o afastamento de suas funções para candidatar-se a vereador do Município de São Luiz Gonzaga, pelo Partido dos Trabalhadores. Deferido o registro, deu-se ciência à autoridade a que estava subordinado, em cumprimento ao estabelecido no art. 44 da Resolução 19.509/1996[2] do Tribunal Superior Eleitoral. Todavia, foi instaurado processo administrativo (BM/DP 25.823-12.03-96.3) à sua revelia, dele resultando o ato impugnado que, no seu entender, ofende dispositivos da Constituição (arts. 14, § 8º, e 5º, LV).

3. O pedido de medida liminar foi indeferido (fl. 28), mas, por ocasião do julgamento do mérito, o Tribunal *a quo* concedeu a segurança, sob o argumento de que "seja por interpretação lexicológica e sistêmica, seja para evitar ofensa ao direito da cidadania passiva, o afastamento referido no inciso I do § 8º do art. 14 da CF, é afastamento provisório, não importando em demissão de ofício" (fl. 79).

4. Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul, por sua Procuradoria-Geral, interpôs o presente recurso extraordinário em que alega violação ao disposto no art. 14, § 8º, I e II, da Constituição, dado que na hipótese dos autos não havia outra medida a ser tomada pela Administração Militar senão licenciar o recorrido com base no art. 125, II, § 2º, da Lei 7.138/1978, que autoriza o licenciamento por ato *ex officio*, somente a praças e condicionado à conveniência do serviço.

---

1 "Art. 119. A demissão a pedido será concedida, mediante requerimento do interessado:

I – sem indenização aos cofres públicos, quando contar mais de cinco anos de oficialato.

II – com indenização das despesas feitas pelo Estado com a sua preparação e formação, quando contar menos de cinco anos de oficialato.

§ 1º No caso de o Oficial ter feito qualquer curso ou estágio de duração igual ou superior a seis meses e inferior e igual a dezoito meses por conta do Estado, e não tendo decorrido mais do que três anos do término, a demissão só será concedida mediante a indenização de todas as despesas correspondentes ao referido curso ou estágio, acrescidas, se for o caso, das previstas no item II deste artigo e das diferenças de vencimentos.

§ 2º No caso de o Oficial ter feito qualquer curso ou estágio de duração superior a dezoito meses, por conta do Estado, aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior, se ainda não houverem decorrido mais de cinco anos de seu término.

§ 3º O Oficial demissionário a pedido não terá direito a qualquer remuneração, sendo a sua situação militar definida pela Lei de Serviço Militar.

§ 4º O direito a demissão a pedido pode ser suspenso, na vigência de estado de guerra, de sítio, e nos casos de perturbação da ordem interna, de mobilização ou de calamidade pública."

2 Resolução 19509/1996:

"Art. 44. Os militares alistáveis são elegíveis, atendidas as seguintes condições:

I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade (CF, art. 14, § 8º, I e II).

Parágrafo único. Deferido o registro de candidato militar, o Juiz Eleitoral comunicará, imediatamente, a decisão à autoridade a que o mesmo estiver subordinado, cabendo igual obrigação ao Partido, quando o escolher candidato (Código Eleitoral, art. 98, parágrafo único)."

5. Aduz que, comprovada a filiação partidária do servidor e inexistindo pedido de licenciamento, impunha-se a comunicação desse fato à autoridade superior, até mesmo como forma de preservar-lhe o direito político, no que tange à elegibilidade, considerando-se a regra do art. 42, § 6º, da Carta Federal.

6. Ademais, o servidor militar que contar menos de dez anos de serviço, não podendo afastar-se de suas atividades por longo período, deveria licenciar-se a pedido (art. 121, inciso I e § 1º, da Lei 6.880/1980 e art. 125, I e § 1º, da Lei estadual 7.138/1978)[3], a partir da convenção partidária, pois aí se daria a sua filiação.

7. Sustenta, a propósito, que se o registro consiste em candidatura oficial, só podendo ocorrer seis meses antes do pleito, este é o momento a ser considerado para fins de afastamento ou agregação. No caso, não contando o recorrido dez anos de serviço ativo, é-lhe aplicável a norma do art. 14, § 8º, I, da Constituição, bem como os demais dispositivos atinentes ao militar alistável que não possua estabilidade.

8. Requer, afinal, seja conhecido e provido o recurso extraordinário para, reformando-se o acórdão recorrido, julgar improcedente a ação.

9. O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso (fl. 109).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): A controvérsia gira em torno da extensão do afastamento previsto no inciso I do § 8º do art. 14 da Constituição Federal, se provisório ou definitivo – hipótese que se aplica aos militares com menos de dez anos de tempo de serviço. Importante observar, de início, que a Carta de 1988 disciplinou a questão de forma diversa da anterior. O § 1º do art. 150 da EC 1/1969 dispunha que "o militar que tiver menos de cinco anos de serviço público será, ao candidatar-se a cargo eletivo, **excluído do serviço ativo** (alínea **a**); e se em atividade (alínea **b**), com cinco ou mais anos de serviço, ao candidatar-se a cargo eletivo será **afastado, temporariamente, do serviço ativo e agregado para tratar de interesse particular**; e, se eleito, será, no ato da diplomação, '**transferido para a inatividade**, nos termos da lei'" (alínea **c**).

2. A atual Carta Política da República alterou esse prazo e impôs como condição de elegibilidade o afastamento do servidor militar que contar menos de dez anos de serviço ativo. Na vigência da EC 01/1969, aquele que estivesse em atividade há menos de cinco anos e que viesse a candidatar-se a cargo eletivo

---

3 "Art. 125. O licenciamento do serviço ativo, aplicado somente às praças, se efetua:
I – a pedido;
II – *ex officio*.
§ 1º O licenciamento a pedido poderá ser concedido, desde que não haja prejuízo para o serviço, à praça engajada ou reengajada que conte, no mínimo, a metade do tempo de serviço a que se obrigou."

seria excluído do serviço ativo. Na presente ordem constitucional, o militar escolhido em convenção partidária deverá comunicar esse fato à autoridade competente, requerendo o seu afastamento. É evidente, portanto, que as expressões "exclusão do serviço ativo" e "afastamento" têm conotação diversa: a primeira traz nítida a ideia de situação definitiva e irreversível, enquanto a segunda traduz condição imediata de provisoriedade.

3. Observa-se que o legislador pretendeu alterar o tratamento dado ao tema e para tanto modificou, de forma sensível, a redação do respectivo dispositivo constitucional. Tem-se claro, portanto, que a legislação infraconstitucional vigente na época da promulgação da Carta de 1988, eventualmente contrária ao texto que passou a vigorar, foi derrogada.

4. Dito isso, é importante notar que o primeiro requisito que se impõe ao candidato militar é o alistamento eleitoral, que compreende dois atos inconfundíveis, a saber: i) qualificação e prova de que satisfaz as exigências legais para exercer o direito de voto; ii) inscrição, que é a inclusão do nome do eleitor já qualificado no rol dos eleitores[4]. A filiação partidária, que é uma das condições gerais de elegibilidade, é vedada ao militar enquanto em serviço ativo (CF, art. 142, § 3º, inciso V).

5. O Pleno desta Corte pacificou exegese segundo a qual "se o militar da ativa é alistável, é ele elegível (...). A filiação partidária não lhe é exigível como condição de elegibilidade" (Ag 135.452/DF, convertido em recurso extraordinário, Velloso, *DJ* de 14-6-1991). Essa interpretação buscou dar eficácia ao direito outorgado ao militar e ao mesmo tempo cumprir uma das condições de elegibilidade – a filiação partidária –, compatibilizando-a com a vedação constitucional.

6. Desse modo, *si et in quantum* "candidato a candidato", nada se exige do militar. Escolhido em convenção, instante em que ocorre sua filiação ao partido político, deve o fato ser comunicado à autoridade competente, para fins de desincompatibilização. Se contar menos de dez anos de serviço público, uma vez eleito e diplomado, será concluído o seu pedido de afastamento. No caso de militar com mais de dez anos em atividade, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente para a inatividade no ato da diplomação.

7. A Constituição de 1988 não determina a **exclusão** do militar que se candidatar a cargo eletivo, caso não tenha dez anos de serviço ativo. Da vigente redação do inciso I do § 8º do art. 14 não se pode extrair, *data venia*, o rigor exegético que lhe emprestou o recorrente. Do contrário seria transformar a faculdade do afastamento em verdadeira pena de exclusão do serviço público. Não se podem tirar conclusões, sobretudo quando se trata de reduzir direitos inerentes à cidadania, dando interpretação extremada para criar sanção que a lei não previu. A expressão "afastar-se da atividade" só pode ter um sentido semântico e lógico traduzido na interrupção temporária da atividade funcional de que se está

---

[4] FERREIRA, Pinto. *Código Eleitoral comentado*, 4. ed. ampliada e atualizada. Saraiva, p. 85.

investido, para o exercício de cargo eletivo, situação provisória e precária que não pode converter-se em fundamento da perda do cargo.

8. Ademais, a exegese que impõe ao militar a perda do cargo público apenas por aspirar a uma função eletiva fere o princípio da proporcionalidade. Como se sabe, as restrições impostas aos servidores públicos em sentido lato têm por fim impedir que questões e posicionamentos políticos influenciem a regularidade e a isenção do exercício da função pública. Assim, por exemplo, os servidores civis da União devem licenciar-se para concorrer a cargos eletivos (Lei 8.112/1990, art. 86 e parágrafos)[5] e os membros do *Parquet* devem afastar-se de suas funções institucionais, mediante licença (ADI 2.534-MC/MG, de minha relatoria, j. 12-6-2002). Em todos esses casos não se cogita da perda do cargo, providência extrema que não guarda parâmetro razoável com os objetivos da limitação imposta aos agentes públicos quando candidatos.

9. Com efeito, se o militar com menos de dez anos de serviço ativo precisar ser excluído da corporação para tornar-se elegível, não mais estará sujeito às restrições aplicáveis a essa classe de servidor público, visto que passará a ter a condição de cidadão comum.

10. Tenho que o legislador constituinte, ao contemplar a possibilidade de o militar com tempo de serviço inferior a dez anos candidatar-se a cargo eletivo, quis, em verdade, garantir o amplo exercício dos direitos inerentes à cidadania. E tanto é assim que a redação correspondente na Carta Federal pretérita foi sensivelmente alterada. Não apenas o prazo foi modificado de cinco para dez anos, como o termo **"excluído do serviço ativo"** foi substituído por **"afastar-se da atividade"**. Repito, permitir a demissão do servidor significa, primeiro, retirar-lhe a condição legal de militar[6], tornando despicienda a regra

---

5 "Art. 86. O servidor terá direito a licença, sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.

§ 1º O servidor candidato a cargo eletivo na localidade onde desempenha suas funções e que exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização, dele será afastado, a partir do dia imediato ao do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, até o décimo dia seguinte ao do pleito. (Redação dada pela Lei 9.527, de 10-12-1997).

§ 2º A partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição, o servidor fará jus à licença, assegurados os vencimentos do cargo efetivo, somente pelo período de três meses. (Redação dada pela Lei 9.527, de 10-12-1997)."

6 Lei 6.880/1980:

"Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são **denominados militares**.

§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa: (...)

b) na inatividade:

I – os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e

II – os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União."

constitucional em exame e, segundo, impor restrição ao exercício pleno dos direitos políticos do cidadão.

11. Poder-se-ia alegar que tal exegese igualaria a situação dos militares com menos de dez anos de serviço ativo àquela dos que possuem tempo de serviço superior. É de ver-se, no entanto, que o primeiro caso é de simples afastamento, que perdurará, se eleito o militar, até o final do mandato. Já em relação aos mais antigos, a Constituição prevê a agregação, que apesar de também implicar afastamento provisório, não se confunde com a licença, dado que o servidor, embora deixe de ocupar vaga na escala hierárquica da corporação e nela permaneça sem número, poderá ser promovido por antiguidade. E, caso eleito, passará à reserva remunerada[7], o que demonstra a real diferença de tratamento dado às duas hipóteses.

12. Oportuno consignar que a matéria foi enfrentada pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento da Consulta 571, Costa Porto (*DJ* de 26-5-2000), em que ficou assentado o entendimento de que o afastamento deve ocorrer por meio de "demissão ou licenciamento *ex officio*, na forma da lei". Analisando-se o inteiro teor do acórdão, constata-se que a decisão teve por base o art. 52, parágrafo único, letra *a*, da Lei 6.880/1980, editada sob o pálio da Constituição anterior, que, como visto, previa a exclusão do serviço ativo e não o "simples afastamento da atividade", na feliz expressão do Ministro Marco Aurélio quando do exame do AI 189.907-AgR/DF (*DJ* de 21-11-1997).

13. E se assim é, as conclusões advindas da referida norma não podem subsistir, visto que calcadas em previsão constitucional não mais vigente e cuja disciplina foi alterada de forma substancial. Penso que os regulamentos castrenses devem adaptar-se à nova realidade, fazendo prever a hipótese de afastamento do militar com menos de dez anos, mediante licença específica, com ou sem remuneração, conforme a conveniência do legislador respectivo. O que não se pode admitir é que em tais casos, obrigatoriamente, haja a exclusão do militar que, *mutatus mutandis*, ficará desempregado – termo aqui empregado em seu sentido lato –, apenas porque optou por exercer o direito de poder, enquanto cidadão, concorrer a cargo eletivo.

14. A espécie dos autos evidentemente não é a que se refere o art. 142, § 3º, III, da Constituição Federal – posse de militar em cargo público **não eletivo** –, além do que não ampara aquele que, contando menos de dez anos de serviço público, é candidato a cargo **elegível**, porquanto nessa condição não tem direito à agregação e à passagem automática para a inatividade. O que lhe é garantido, como antes afirmado, é simplesmente **o afastamento da atividade** a que se reporta o art. 14, § 8º, I, da Carta da República, que não pode ser suposto para

---

7 *Lei 6.880/1980*:

"Art. 98. A transferência para a reserva remunerada, *ex officio*, verificar-se-á sempre que o militar incidir em um dos seguintes casos:

(...)

XVI – ser diplomado em cargo eletivo, na forma da letra *b*, do parágrafo único, do art. 52."

converter-se na perda de cargo público. Por essa razão, tenho como acertado o entendimento consagrado no juízo *a quo*.

Ante essas circunstâncias, conheço do recurso extraordinário e nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Este o voto que proferi na Turma:

O Oficial da Brigada Militar gaúcha, em 28-6-1996, desejoso de candidatar-se, nas eleições de 3-10-1996, ao cargo de vereador, requereu ao Comando da Brigada o seu afastamento das fileiras. Foi, então, demitido, *ex officio*. Pediu, por isso, mandado de segurança contra o ato, que lhe foi concedido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que decidiu que o afastamento referido no inciso I do § 8º do art. 14, CF, é afastamento provisório, não importando em demissão de ofício.

Daí o recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 102, III, *a*, CF, sustentando-se ofensa ao art. 14, § 8º, I e II, da mesma Carta.

Na sessão de 28-8-2001, o eminente Ministro Maurício Corrêa, Relator, não conheceu do recurso extraordinário.

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

Passo a votar.

O militar alistável é elegível (CF, art. 14, § 8º), atendidas as condições inscritas nos incisos I e II do mencionado § 8º do art. 14, CF:

> "I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;
>
> II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade."

O recorrido não contava com mais de dez anos de serviço.

O Tribunal gaúcho, interpretando a norma do inciso I do § 8º do art. 14, CF – se contar menos de dez aos de serviço, deverá afastar-se da atividade – considerou que esse afastamento não importaria na demissão *ex officio* do militar, mas "afastamento provisório, até a definição de ter sido o militar eleito, ou não".

Todavia, ao que penso, a interpretação emprestada à norma do citado inciso I, equipara-a à disposição inscrita no inciso II do mesmo parágrafo.

Com efeito.

O inciso II do § 8º do art. 14, CF, estabelece que, se o militar "contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade".

A "agregação", para o militar, significa afastamento da Força, com percepção, entretanto, da remuneração da patente. Eleito o militar, cessará a agregação, passando ele, automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Já o inciso I do § 8º do art. 14, CF, simplesmente dispõe que, se contar o militar menos de dez anos de serviço, "deverá afastar-se da atividade". É dizer, deverá afastar-se do serviço ativo e esse afastamento ocorrerá mediante demissão ou licenciamento.

Alexandre de Moraes, após invocar a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, leciona: "Assim, do registro da candidatura até a diplomação do candidato

ou seu regresso às Forças Armadas, o candidato é mantido na condição de agregado, ou seja, afastado temporariamente, caso conte com mais de dez anos de serviço, ou, ainda, será afastado definitivamente, se contar com menos de dez anos"(Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, Ed. Atlas, 7. ed., 2000. p. 241). Manoel Gonçalves Ferreira Filho não destoa do entendimento: "Assim o afastamento da atividade pode ser interpretado como significando deixar a condição de militar da ativa" (*Comentários à Constituição de 1988*, Saraiva, 3. ed., 2000, I/127).

O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido do acima exposto. Na Consulta 571 (Resolução 20.598, de 13-4-2000, Relator o Ministro Costa Porto), decidiu o TSE: "O afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, § 8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento ***ex officio***, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada." O Relator, Ministro Costa Porto, após mencionar que o Tribunal ainda não se pronunciara relativamente à questão, esclareceu e concluiu:

"(...)

Mas o novo Estatuto dos Militares – a Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – responde cabalmente à consulta. Diz-se ali, em seu art. 52:

'Os militares são alistáveis, como eleitores, desde que oficiais, guardas-marinha ou aspirantes-a-oficial, suboficiais ou subtenentes, sargentos ou alunos das escolas militares de nível superior para formação de oficiais.

Parágrafo único. Os militares alistáveis são elegíves, atendidas às seguintes condições:

a) se contar menos de 5 (cinco) anos de serviço, será, ao se candidatar a cargo eletivo, excluído do serviço ativo mediante demissão ou licenciamento *ex officio*;'

Em razão do art. 14, § 8º, I da Constituição, deve-se ler, agora: 'Se contar menos de 10 (dez anos) de serviço'.

Cremos, então, possa ser respondida a consulta no sentido de que o afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, § 8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento ***ex officio***, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada.

(...)."

Assim, o acórdão recorrido, com a interpretação que emprestou à norma do inciso I do § 8º do art. 14, CF, causou-lhe ofensa.

Do exposto, com a vênia do eminente Ministro Relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

DEBATE

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, gostaria de um esclarecimento. Há envolvimento de uma lei estadual nessa matéria; ela choca-se com a atual Constituição. Houve destaque da preliminar no julgamento?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Pelo contrário, sustento que a lei está em conformidade com a Constituição.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente e Relator): Vossa Excelência fez menção a esse julgamento do Ministro Costa Porto, no TSE, mas ele foi julgado sob a égide da Constituição passada que dava ao § 8º uma redação diferente. O fato se relacionava à eleição passada, no regime da Constituição anterior.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Foi no ano 2000 a consulta. Sua Excelência deixou expresso: em razão do art. 14, § 8º, inciso I, da Constituição de 1988, deve-se ler na norma infraconstitucional: "se contar menos de dez anos de serviço". Quer dizer, houve um ajuste à Constituição de 1988.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente e Relator): Ministro Carlos Velloso, ainda que o Ministro Costa Porto tenha consignado isso em seu voto em consulta respondia pelo TSE, não nos esqueçamos de que agora a questão é posta perante esta Corte.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Claro, estou apenas, em reforço de argumentação, mostrando ser essa a posição do Tribunal que, de regra, se incumbe dessas questões: o Tribunal Superior Eleitoral.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente e Relator): Vossa Excelência veja o inciso I do § 8º do art. 14 da Constituição e compara com o anterior, como eu disse, as redações são inteiramente diferentes. Agora, fala em afastamento. Será que afastamento significa a perda definitiva do posto dele, recorrido?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ao que penso, está-se emprestando ao inciso I a interpretação do inciso II. Para que então os incisos I e II?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu faço uma diferença entre os incisos I e II.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Eu também faço. Justamente por isso é que proferi este voto.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ou seja, Vossa Excelência entende que afastar-se da atividade corresponde a passar para a inatividade. O Ministro Maurício Corrêa entende que não.

Então, o Ministro Carlos Velloso entende que a expressão da Constituição "afastar-se da atividade" corresponde a passar para a inatividade, ou seja, não pode mais desligar-se em definitivo.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Mas isso não faz a diferença. Se tem mais de dez anos, será agregado.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: É punir o militar por não ter ainda dez anos?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A pergunta que faço é se a Carta de 1988 é mais restritiva quanto à cidadania do que a de 1967/1969?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Não sei se seria pior, Ministro.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O problema é que era cinco anos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, antes o art. 150 previa a exclusão, em caso de menos de cinco anos; com cinco ou mais, o afastamento e, se eleito, a passagem para a inatividade. Agora, tem-se o afastamento se contar com menos

de dez anos. Majorou de cinco para dez o afastamento. É certo que a Constituição de 1988 não alude à temporariedade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não sei se a Carta de 1969 era tão pouco liberal com os militares.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há essa conotação, esse ângulo que também pode ser ponderado, mas, veja, Senhor Presidente, eu creio que simplesmente se enxugou o dispositivo. A Carta de 1967, na versão Emenda 1/1969, cogitava realmente da temporariedade. A atual silencia. Mas será que afastamento e exclusão são vocábulos que implicam a sinonímia? Penso que não. No vernáculo, há distinção. O afastamento previsto pelo Diploma de 1988, a meu ver, como ressaltou Vossa Excelência, Relator, é o afastamento via licença, que não resulta na exclusão definitiva das fileiras.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Excelência, no art. 38, a Constituição volta a falar de afastamento, e num sentido claro de temporariedade, de provisoriedade, ou seja, na Constituição há uma diferença entre afastar-se, agregar-se e inativar-se. São três expressões bem distintas. Agregar-se é ficar junto, contíguo, como um apêndice; é o meio termo entre sair e ficar. Inativar-se é sair de vez. Afastar-se é sair provisoriamente.

Peço vênia ao Ministro Carlos Velloso para discordar do ponto de vista de Sua Excelência. Entendo que, quando a Constituição fala em agregação, ficará agregado, quer dizer, que o militar ficará em apenso às suas fileiras, fazendo jus a certos direitos, como, por exemplo, de vencimentos, ou de contagem do seu tempo de serviço para todos os fins e efeitos. É como está, por exemplo, no art. 38 – se Vossas Excelências me permitem –, quando diz que o tempo de afastamento do civil para efeito de candidatura será contado exclusivamente para efeito de aposentadoria e estabilidade. Simplesmente isso.

Há uma diferença, portanto, entre afastar-se, que tem essa conotação de temporariedade; de agregar-se, que tem essa conotação de ficar junto; e inativar-se, que é uma exclusão. Estou fazendo uma diferenciação das palavras agregar, inativar e afastar.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Cuida o art. 38, I, de servidor no exercício de mandato eletivo.

Está no inciso I:

> Art. 38. (...)
> I – tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

Não estamos cuidando aqui de um servidor que estivesse no exercício de mandato eletivo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas esse dispositivo nos oferece subsídios valiosos para a interpretação, a meu ver.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: E mais:

> II – investido no mandato de prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função (...)
>
> III – investido no mandato de Vereador (...)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Afastado, pressupondo possibilidade de retorno. Quem se afasta pode retornar. Quem se inativa não retorna jamais.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A intervenção do Ministro Carlos Britto é, como sempre, extremamente lúcida e inteligente, mas chamo a atenção para que a Constituição também dá o conceito de agregação: é exatamente o que o art. 38 chama de afastamento temporário.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Onde está o conceito de agregação, Excelência?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: No art. 142, § 3º, III:

> O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de 2 (dois) anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

O Sr. Ministro Carlos Britto: Exato, acho que estamos interpretando de comum acordo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aqui, é um afastamento específico.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Para exercício de cargo em comissão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É a hipótese do exercício em cargo de comissão. Mas minha dificuldade no parágrafo em discussão – § 8º do art. 14 – é a distinção dos dois incisos.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Essa é a questão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Se a agregação é a solução na hipótese do inciso II, então o que é esse afastamento provisório? Agregação não é. Senão seria exatamente a mesma consequência para as duas hipóteses que a Constituição distinguiu.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente e Relator): São dois conceitos inteiramente distintos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: São diferentes os conceitos.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente e Relator): Se são distintos, prevalece a regra de um.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se as duas interpretações são colidentes, há uma que homenageia um fundamento da República, e outra não, qual seja o do inciso II do art. 1º – cidadania. Evidentemente, a interpretação do Presidente Maurício Corrêa rima consoante e toantemente com esse fundamento, porque desembaraça o exercício da cidadania por parte de um militar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência não pensou no outro aspecto, que a própria norma estaria a perseguir, de evitar a politização ou a partidarização das Forças Armadas?

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente e Relator): Mas isso não está no dispositivo. Isso é interpretação que Vossa Excelência está dando. A clareza do inciso I do § 8º do art. 14 é manifesta.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A razão do dispositivo é evitar que o militar mais jovem volte às Forças Armadas depois de ter participado de uma eleição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Gilmar Mendes, essa era a tônica da Constituição decaída.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Vamos raciocinar em termos de cidadania num Estado de Direito, que a exerce na conformidade das leis e principalmente da Constituição. Não podemos rejeitar uma disposição da Carta ao argumento de contrariar a cidadania.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Alguma razão para isso?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Contraria. Entre duas interpretações possíveis, devemos ficar com aquela que homenageia os princípios.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Temos que buscar sempre a razão, a *ratio legis*, a *ratio constitutiones*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência dá como vencedora a sua tese!

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Há uma razão, disse bem o Ministro Gilmar Mendes, para o constituinte adotar essa norma. O constituinte aqui, realmente, está preservando, de certa forma, as Forças Armadas, da politização, da partidarização.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente e Relator): Ministro Carlos Velloso, quem fala em afastamento é a Constituição. Vamos penalizar o militar que se candidata porque tem menos de dez anos de serviço?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Cidadania é abertura para o coletivo. Se o militar revela apetite para a vida pública partidária, se tem essa abertura de espírito para representar a coletividade politicamente, ele deve ser desembaraçado, prestigiado.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: É preciso, então, que Vossa Excelência proponha uma emenda constitucional.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Excelência, na Constituição, o afastamento é temporário, é um desligamento; inatividade é outra coisa, é sair da atividade em caráter definitivo.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ministro, está em jogo uma questão muito importante: o constituinte quis evitar a politização, em termos de política partidária, das Forças Armadas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não quis.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Isso é muito importante. Vossa Excelência vai verificar que nas grandes democracias isso acontece. Há setores do serviço público que devem ser infensos a essa politização partidária.

EXTRATO DA ATA

RE 279.469/RS — Relator: Ministro Maurício Corrêa. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul (Advogados: PGE-RS – Yassodara Camozzato e outros). Recorrido: Joaldo Afonso Nery (Advogado: Francisco de Paula Bermúdez Guedes).

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que não conhece do recurso extraordinário, o julgamento foi suspenso, em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Carlos Velloso. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Néri da Silveira e Nelson Jobim. Presidiu este julgamento o Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, 28-8-2011.

Decisão: A Turma, por unanimidade, acolhendo proposta do Ministro Relator, afetou o julgamento da causa ao Plenário. Segunda Turma, 14-5-2002.

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Maurício Corrêa, Presidente, que conhecia do recurso extraordinário, mas o desprovia, e do voto do Ministro Carlos Velloso, que o conhecia igualmente, mas lhe dava provimento, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o Ministro Nelson Jobim.

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

Brasília, 14 de abril de 2004 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso:

1. Retrospecto do caso

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça que concedeu segurança para determinar reintegração, no posto de Segundo Tenente, de ex-servidor da Brigada Militar daquele Estado. O servidor militar havia sido demitido *ex officio* por conveniência do serviço, sob fundamento de que era obrigatório o afastamento das funções militares para candidatar-se a cargo eletivo.

Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, *a*, violação ao art. 14, § 8º, I e II, da CF, argumentando que o militar, com menos de dez anos de efetivo exercício e que queira concorrer à eleição, deve ser exonerado do serviço militar ativo.

2. Histórico do julgamento

O Ministro **Maurício Corrêa**, relator originário, negou provimento ao recurso, baseado em que a diversidade de significados das expressões "excluído do serviço ativo" e "afastar-se da atividade", constantes, respectivamente, da antiga e da nova ordem constitucional, para disciplinar a matéria relativa à elegibilidade dos militares, teria tornado óbvia a natureza provisória do afastamento no regime constitucional vigente.

Abriu divergência o Ministro **Carlos Velloso**, ao dar provimento ao recurso. Sustentou que a interpretação do Tribunal local era equivocada, pois o reconhecimento de que o afastamento do militar com menos de dez anos de serviço é temporário acaba por equipará-lo ao militar com mais de dez anos de serviço, cuja situação é objeto doutro inciso (art. 14, § 8º, II, da CF). Assim, a norma constitucional questionada não poderia dispensar tratamento idêntico a militares considerados em situações distintas.

Lembrou, ainda, o entendimento firme do Tribunal Superior Eleitoral, que, mediante resolução, assentou que o militar com menos de um decênio de exercício deve ser demitido ou licenciado *ex officio* das atividades funcionais para poder concorrer a eleições.

Pedi vista.

3. Questão constitucional discutida

Como visto, o cerne da controvérsia cinge-se à questão da natureza, provisória ou definitiva, do afastamento imposto, pelo inciso I do § 8º do art. 14 da CF, ao servidor militar que, contando menos de dez anos de serviço, pretenda candidatar-se a cargo eletivo.

4. Interpretação da expressão "afastar-se da atividade" (art. 14, § 8º, I, CF/1988)

4.1 Interpretação gramatical

Trata-se, pois, de perquirir o conteúdo semântico-jurídico da expressão "afastar-se da atividade", disposta no citado comando constitucional, cujo teor transcrevo:

> § 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:
> I – se contar menos de dez anos de serviço, **deverá afastar-se da atividade**;
> II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. (Grifei.)

O Ministro **Maurício Corrêa** entendeu que a expressão "afastar-se da atividade" só poderia ter um sentido lógico, traduzido na ideia de interrupção temporária da atividade funcional de que está investido o militar.

Tal situação, provisória e precária, não poderia converter-se em fundamento da perda do cargo, como o demonstraria estudo histórico-comparativo da

disciplina dos direitos políticos dos servidores militares, a partir da Constituição pretérita, com a redação dada pela EC 1/1969, que, no § 1º do art. 150, dispunha:

> Art. 150. São inelegíveis os inalistáveis.
> § 1º Os militares alistáveis são elegíveis, atendidas as seguintes condições:
> a) o militar que tiver menos de cinco anos de serviço será, ao candidatar-se a cargo eletivo, **excluído do serviço ativo**;
> b) o militar em atividade, com cinco ou mais anos de serviço, ao candidatar-se a cargo eletivo será afastado, temporariamente, do serviço ativo e agregado para tratar de interesse particular; e
> c) o militar não excluído, se eleito, será, no ato da diplomação, transferido para a inatividade, nos termos da lei.
> § 2º A elegibilidade, a que se referem as alíneas *a* e *b* do parágrafo anterior, não depende, para o militar da ativa, de filiação político-partidária que seja ou venha a ser exigida por lei.
> (Grifei.)

Pesa-me divergir do ilustre Ministro Relator.

A simples substituição da locução "excluído do serviço ativo" pela expressão "afastar-se da atividade" não basta a dar por certo que a norma vigente haja alterado o tratamento da mesma situação típica e, muito menos, a autorizar afirmação do caráter provisório do afastamento.

É que, dependendo do contexto em que seja empregado, o verbo "excluir" pode significar afastamento, assim como "afastar-se" pode conotar exclusão.

Por outro lado, "afastar-se da atividade", já agora numa das perspectivas da norma, designadamente o ponto de vista do procedimento eleitoral, pode ser interpretado também como imposição do cumprimento da regra geral de desincompatibilização, oponível a qualquer servidor público que deseje candidatar-se, pouco se dando a natureza do ato que o libera das funções habituais e cujo tratamento proviria da legislação infraconstitucional.

Mas o caso não se refere à necessidade de desincompatibilização encarada em si mesma, nem parece lícito ater-se, sem mais interrogações, a uma das possíveis denotações teóricas ou enciclopédicas do verbo na forma pronominal "afastar-se". Para encontrar, no processo exegético de reconstrução do conteúdo normativo do texto, o significado heterônomo desse fragmento, é preciso situar-lhe a hipótese no contexto axiológico em que a regula a Constituição da República.

4.2 Interpretação lógico-sistemática

Nesta linha, tenho que, se a Constituição atual não determinou expressamente o desligamento definitivo do militar com menos de um decênio, tampouco deixou claro seja provisório o afastamento.

É verdade que, para a hipótese de servidor militar com mais de dez anos de serviço, a matéria foi mais bem disciplinada, em termos literais. A redação do inciso correspondente (inc. II) é técnica, precisa e inequívoca ao prescrever

afastamento por agregação, durante o período de campanha, e a transferência obrigatória para a inatividade, quando e se eleito o candidato militar.

À luz do texto do art. 14, § 8º, II, não fica, pois, dúvida alguma quanto à temporariedade do afastamento por agregação, pela qual, embora na ativa, deixa o militar de ocupar vaga na escala hierárquica do quadro a que pertence, enquanto traz implícita a previsão de que, não eleito, o militar não passa à inatividade. E é isso, aliás, o que consta do Estatuto dos Militares, que, *expressis verbis*, define como temporário o afastamento do militar nessa hipótese (art. 82, XIV, da Lei 6.880, de 1980, de 9 de dezembro de 1980), prevendo-lhe o regresso à Força a que pertence, quando não eleito (art. 82, § 4º).

E, porque aparecem de todo nítidos o sentido e o alcance dessa disciplina constitucional e legal quanto à situação do candidato militar com mais de dez anos de serviço, convém reavivar o tradicional princípio hermenêutico de que se não presumem, na lei, palavras e, muito menos, dispositivos autônomos inúteis, sobretudo quando, versando o mesmo tema substancial, constituam parágrafos consecutivos de uma só regra (*caput* do art. 14 da Constituição da República). E, perante esse prático mas justificado critério de organização de leitura normativa, é mister indagar a *ratio iuris* por que a situação funcional dos militares candidatos seja tratada, pela Constituição, em dois textos contíguos de estruturação linguística muito diversa, segundo estejam ou não, os servidores militares, nos primeiros dez anos da vida ou carreira castrense.

E, já deste ângulo desponta, com não menor relevo jurídico, insustentável o teor do acórdão impugnado, que, ao preceituar a reintegração de servidor militar com menos de dez anos de serviço, acabou por equiparar-lhe a situação à do militar com mais de dez anos de serviço, desconsiderando a manifesta diversidade factual e autonomia semântica das normas cujos textos regulam as duas situações de forma independente e distinta. Noutras palavras, reduziu a uma só duas situações normativas heterogêneas, contra a regra de bom aviso de que se deva "atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula, ou sentença", porque, em particular na Constituição, não "se presume a existência de expressões supérfluas"[8].

Não obstante advertido, se não da irrelevância, do papel exegético secundário dos elementos histórico-legislativos ou, como se diz, da vontade do legislador histórico, permito-me aqui uma digressão que reforça o desacerto da interpretação impugnada.

4.3 Interpretação histórica

Compulsando-se os registros das discussões, na Assembleia Nacional Constituinte, acerca das restrições ao exercício da capacidade eleitoral passiva dos militares, vê-se, logo, que a intenção do constituinte originário foi de excluir em definitivo o militar que, com menos de dez anos de serviço, quisesse concorrer a cargo eletivo.

---

[8] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 16. ed. RJ: Forense. 1997. p. 251.

É que lhe estava sempre presente, nos trabalhos que debatiam a elegibilidade do servidor militar, a questão da politização partidária dentro dos quarteis e corporações militares. E a justificativa vinha da ordem de princípios: o direito de ser eleito contrapõe-se ao dever de servir às Forças Armadas, promovendo a segurança do país, independentemente da opção política de caráter pessoal. A consequente redação proposta pela Comissão de Sistematização rezava o seguinte:

> § 8º O militar alistável é elegível observado o seguinte:
> I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se espontaneamente da atividade.
> II – se contar com mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior a partir da filiação partidária e, eleito, passará automaticamente para a inatividade, no ato da diplomação.

E da Emenda Substitutiva 2P02038-1 constava:

> § 8º São elegíveis os militares alistáveis com mais de dez anos de serviço altivo (sic), os quais serão agregados, a partir da filiação partidária, pela autoridade superior, se eleitos, passarão automaticamente para a inatividade quando diplomados. Os de menos de dez anos de serviço ativo só são elegíveis caso se afastem espontaneamente da atividade.

Foram-lhes apresentados projetos de fraca expressão, mas os requerimentos de destaque D-1.802 e D-1.857 são muito esclarecedores, na medida em que pretendiam suprimir, de ambas essas propostas de redação do § 8º, todos os enunciados que condicionavam a participação dos militares no processo eleitoral.

Da minuta proposta pela Comissão seriam decotadas as orações "com mais de dez anos de serviço altivo (sic), os quais serão agregados, a partir da filiação partidária, pela autoridade superior, se eleitos, passarão automaticamente para a inatividade quando diplomados. Os de menos de dez anos de serviço ativo só são elegíveis caso se afastem espontaneamente da atividade". Já do substitutivo extirpar-se-iam os incisos I e II e a expressão "observado o seguinte", contida no *caput*. E, em ambos, a redação final seria: "O militar alistável é elegível."

Os dois requerimentos nasceram do declarado propósito de universalizar a participação dos militares, incluindo-os de modo pleno na vida política nacional, sem restrição nem condição de espécie alguma. Mas foram ambos rejeitados por ampla maioria (sim – 129, não – 295, abstenção – 10; sim – 85, não 331, abstenção – 11, respectivamente).[9]

Não é só.

A matéria também interessou ao constituinte derivado. Refiro-me à Proposta de Emenda à Constituição 7/2005[10], que tramitou, no Congresso

---

[9] *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. p. 7919-7920 e 7934-7935.

[10] Autor: Senador Demóstenes Torres.

Nacional, de 29-3-2005 até 1º-6-2007, quando foi rejeitada e arquivada, sem interposição de recurso. Tal PEC propunha a revogação dos incisos I e II do § 8º do art. 14 da Constituição, exatamente para permitir o retorno do militar às suas atividades após cumprimento de mandato eletivo. E não prosperou.

Daí se tira, a título de reforço, quando menos, que não é imprópria a interpretação segundo a qual o militar, com menos de dez anos de serviço, deve afastar-se definitivamente, quando pretenda concorrer a cargo eletivo, e que tal desligamento, concebido à luz do inciso I do § 8º do art. 14 da CF, em nada agride, em princípio, o Estado Democrático de Direito.

E vou ao último argumento.

5. Capacidade eleitoral passiva dos servidores militares

Ninguém desconhece que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina. Diante da destinação que lhes comete a Constituição Federal, seus membros compõem categoria única de servidores do Estado, que, ostentando as Armas da República, estão incumbidos da missão de defender a Pátria, garantir os poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, manter a lei e a ordem (art. 142, *caput*, da CF).

As polícias militares e corpos de bombeiros militares, encarregados da segurança pública, são, como instituições militares organizadas com base nos mesmos princípios (art. 42, *caput*), considerados forças auxiliares e reserva do Exército (art. 144, *caput* e § 6º).

Tem-se, portanto, que o destinatário das normas constantes dos incisos do art. 14, § 8º, da CF, é assim o membro das Forças Armadas, como o das polícias e dos corpos de bombeiros militares que estejam em atividade e queiram exercer sua cidadania passiva (art. 42, § 1º).

Respeitadas as diretrizes de reconstrução do sentido emergente dos dois preceitos constitucionais (incisos I e II do § 8º do art. 14), a natureza definitiva ou temporária do afastamento do militar dependerá da vistosa distinção normativa quanto à sua antiguidade, que é, aliás, fator genérico relevante nas relações militares.

E não é difícil atinar com racionalidade dessa exuberante distinção. Com efeito, após um decênio de serviço ativo, o servidor militar, além de adquirir direitos, prerrogativas e benefícios ligados ao tempo de serviço, dentre os quais o poder de se afastar, temporariamente, para concorrer a cargo eletivo, revela *ipso facto* considerável vivência, experiência, compromisso e confiabilidade institucionais que autorizam e legitimam aplicar-lhe os institutos da agregação e da reversão, a qual consiste na possibilidade de regresso às fileiras da Força a que pertence, caso não seja eleito. E esse período mínimo de serviço também explica a previsão de que possa o servidor passar à inatividade, enquanto coisa que, não sem injustificável novidade, senão extravagância normativa, não seria lícito reconhecer ao militar com menos de dez anos de serviço.

Daí, aliás, toda a lógica do silêncio constitucional, que se diria muito eloquente, de não prever, para o servidor com menos de dez anos de serviço, hipótese de retorno aos quadros militares, quando se não elegesse, nem de passagem à inatividade, acaso eleito.

Nesse sentido, se se presta a algum subsídio lógico-jurídico ponderável no contexto, o raciocínio do eminente Relator, que se baseia na só mudança de redação da norma homóloga da Constituição anterior (art. 150, § 1º, *a*), serve para demonstrar que sempre foi da nossa tradição constitucional afastar, em definitivo, o militar que, com poucos anos de serviço, pretendesse concorrer nas eleições.

E, longe de invalidar o princípio da natural incompatibilidade do exercício da atividade político-partidária com o serviço militar ativo, tal inteligência preserva, antes, a eficácia máxima que esta Corte e o Tribunal Superior Eleitoral já emprestaram às disposições do art. 14, § 3º, V, e § 8º, II, da Constituição da República[11].

No caso, se o servidor militar não implementou o requisito de mais de dez anos de serviço, a interpretação que resguarda toda a eficácia das distintas normas constitucionais, respeitando o princípio da incompatibilidade entre o direito de ser eleito e o dever de servir às demais instituições militares, é a que diferencia as duas situações constitucionalmente tratadas (art. 14, § 8º, I e II), para concluir que o afastamento de que trata o art. 14, § 8º, I, é definitivo.

É bom, por fim, não esquecer que o tema da elegibilidade é, ainda, regulado mediante imposição de proibições em razão da pessoa e do exercício do cargo.

Prendendo-me ao ângulo das restrições *propter personam*, recordo ter a Constituição pretérita estabelecido que apenas os oficiais de determinadas patentes eram elegíveis. A atual estatui que, à exceção dos conscritos, todos os militares são elegíveis (art. 14, § 2º, § 4º e § 8º). Dado o significativo aumento do rol dos militares elegíveis, é evidente que o ideário da democratização, que norteou os trabalhos da Assembleia Constituinte, não inspirou, quanto à participação da categoria dos servidores militares na vida política do País, apenas a previsão de afastamento para concorrer a mandato eletivo.

As proibições expressamente estabelecidas pelo constituinte originário de 1988 aos servidores militares, tais como a proibição de sindicalização, a de fazer greve e a de filiação a partido político (art. 142, § 3º, IV e V), reforçam o argumento de que a natureza definitiva do afastamento, de que trata o art. 14, § 8º, I, antes de contrariar a ordem constitucional, deveras atende ao anseio democrático da Constituição, resguarda direito subjetivo adquirido por tempo de serviço e evita a nefasta politização partidária dos militares mais modernos dentro dos quartéis. Quem se alista, voluntariamente, para se profissionalizar como militar, não pode afetar ignorância das restrições a que se assujeita.

---

[11] Cf. STF, *AI 135.452-DF*, Rel. Min. *Carlos Velloso*; e TSE, *Res. n. 21.608/2004*.

6. Conclusão

Ante o exposto, voto pelo **conhecimento e provimento do recurso**, indeferindo a ordem, com a vênia devida do eminente Ministro Relator original.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, estou acompanhando tanto o voto do Ministro Carlos Velloso quanto o exposto por Vossa Excelência e tive um certo cuidado com este processo.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: 1. Recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça daquele Estado, que, nos autos do Mandado de Segurança 596253468, concedeu a ordem ao ora recorrido para reintegrá-lo no serviço ativo da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, nos termos seguintes:

> *Mandado de segurança. Afastamento de militar para concorrer a cargo eletivo. Natureza do afastamento, se com menos de dez anos de serviço.*
>
> Seja por interpretação lexicológica e sistêmica, seja para evitar ofensa ao direito de cidadania passiva, o afastamento referido no inciso I do parágrafo 8º do art. 14 da CF, é afastamento provisório, não importando em demissão de ofício. Segurança concedida.

2. No voto condutor do acórdão, o Relator, desembargador Tupinambá Nascimento, argumentou que:

> O presente mandado de segurança gira em volta da interpretação do artigo 14, § 8º, da CF (...). A discussão se prende a se entender o afastamento como definitivo, impondo a demissão *ex officio*, como sustenta a autoridade coatora, ou afastamento provisório, até a definição de ter sido o militar eleito ou não.
>
> A demissão *ex officio* contrasta, pelo menos lexicamente, com o dispositivo constitucional. Dissesse a norma que o militar será afastado da atividade, haveria harmonia com a demissão *ex officio*. Contudo, a regra constitucional diz deverá afastar-se da atividade em frase que tem como sujeito o militar. A norma, portanto, pressupõe ato de vontade do militar e não da administração pública por ato de ofício.
>
> Ademais, a partir do instante em que somente o conscrito é que é inalistável e, por isso, inelegível (art. 13, § 2º e 3º, III, da CF), o ter o militar, no caso 2º Tenente, o direito público subjetivo de ser eleito, a capacidade passiva eleitoral, não se pode dar interpretação ao art. 14, § 8º, do mesmo diploma constitucional, que signifique obstáculo ou impedimento ao exercício do direito público, consubstanciado em direito de cidadania.

3. No presente recurso extraordinário, o Estado do Rio Grande do Sul alega que a decisão recorrida teria contrariado o art. 14, § 8º, incisos I e II, da Constituição da República e que, na espécie, não havia outra medida a ser tomada pela Administração Militar senão licenciar o ora recorrido com base no

art. 125, inciso II, § 2º, da Lei 7.138/1978 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Rio Grande do Sul), que autoriza a licença somente a praças por ato *ex officio* e condicionado à conveniência do serviço.

Sustenta que, comprovada a filiação partidária do servidor e inexistindo pedido de licenciamento, o fato deveria ser comunicado à autoridade superior, para preservar o direito político do recorrido, quanto à elegibilidade, considerando-se a regra do art. 42, § 6º, da Constituição.

Afirma que o servidor militar que contar com menos de dez anos de serviço não poderia se afastar de suas atividades por longo período e deveria se licenciar a pedido (art. 120, inciso I e § 1º, da Lei 6.880/1980 e art. 125, inciso I e § 1º, da Lei estadual 7.138/1978), a partir da convenção partidária, quando se daria a sua filiação.

Incluído na pauta da Segunda Turma deste Supremo Tribunal, o presente recurso extraordinário foi afetado ao Plenário, após voto do Relator, Ministro Maurício Corrêa, no sentido do seu não conhecimento, e devolução de vista do Ministro Carlos Velloso.

4. Na sessão plenária de 14-4-2004, o Relator, Ministro Maurício Corrêa, votou pelo conhecimento e não provimento do presente recurso extraordinário, valendo-se dos seguintes argumentos:

> A controvérsia gira em torno da extensão do afastamento previsto no inciso I do § 8º do art. 14 da Constituição Federal, se provisório ou definitivo – hipótese que se aplica aos militares com menos de dez anos de tempo de serviço. Importante observar, de início, que a Carta de 1988 disciplinou a questão de forma diversa da anterior. O § 1º do art. 150 da EC 01/1969 dispunha que "o militar que tiver menos de cinco anos de serviço público será, ao candidatar-se a cargo eletivo, excluído do serviço ativo (alínea *a*); e se em atividade (alínea *b*), com cinco ou mais anos de serviço, ao candidatar-se a cargo eletivo será afastado, temporariamente, do serviço ativo e agregado para tratar de interesse particular; e, se eleito, será, no ato da diplomação, "transferido para a inatividade, nos termos da lei" (alínea *c*).
>
> 2. A atual Carta Política da República alterou esse prazo e impôs como condição de elegibilidade o afastamento do servidor militar que contar menos de dez anos de serviço ativo. Na vigência da EC 1/1969, aquele que estivesse em atividade há menos de cinco anos e que viesse a candidatar-se a cargo eletivo seria excluído do serviço ativo. Na presente ordem constitucional, o militar escolhido em convenção partidária deverá comunicar esse fato à autoridade competente, requerendo o seu afastamento. É evidente, portanto, que as expressões "exclusão do serviço ativo" e "afastamento" têm conotação diversa: a primeira traz nítida a ideia de situação definitiva e irreversível, enquanto a segunda traduz condição imediata de provisoriedade.
>
> (...)
>
> 7. A Constituição de 1988 não determina a exclusão do militar que se candidatar a cargo eletivo, caso não tenha dez anos de serviço ativo. Da vigente redação do inciso I do § 8º do art. 14 não se pode extrair, *data venia*, o rigor exegético que lhe emprestou o recorrente. Do contrário seria transformar a faculdade do afastamento em verdadeira pena de exclusão do serviço público. Não se podem tirar

conclusões, sobretudo quando se trata de reduzir direitos inerentes à cidadania, dando interpretação extremada para criar sanção que a lei não previu. A expressão "afastar-se da atividade" só pode ter um sentido semântico e lógico traduzido na interrupção temporária da atividade funcional de que se está investido, para o exercício de cargo eletivo, situação provisória e precária que não pode converter-se em fundamento da perda do cargo.

8. Ademais, a exegese que impõe ao militar a perda do cargo público apenas por aspirar a uma função eletiva fere o princípio da proporcionalidade. Como se sabe, as restrições impostas aos servidores públicos em sentido lato têm por fim impedir que questões e posicionamentos políticos influenciem a regularidade e a isenção do exercício da função pública. Assim, por exemplo, os servidores civis da União devem licenciar-se para concorrer a cargos eletivos (Lei 8.112/1990, art. 86 e parágrafos) e os membros do *Parquet* devem afastar-se de suas funções institucionais, mediante licença (ADI 2534-MC/MG, de minha relatoria, j. 12-6-2002). Em todos esses casos não se cogita da perda do cargo, providência extrema que não guarda parâmetro razoável com os objetivos da limitação imposta aos agentes públicos quando candidatos.

9. Com efeito, se o militar com menos de dez anos de serviço ativo precisar ser excluído da corporação para tornar-se elegível, não mais estará sujeito às restrições aplicáveis a essa classe de servidor público, visto que passará a ter a condição de cidadão comum.

10. Tenho que o legislador constituinte, ao contemplar a possibilidade de o militar com tempo de serviço inferior a dez anos candidatar-se a cargo eletivo, quis, em verdade, garantir o amplo exercício dos direitos inerentes à cidadania. E tanto é assim que a redação correspondente na Carta Federal pretérita foi sensivelmente alterada. Não apenas o prazo foi modificado de cinco para dez anos, como o termo "excluído do serviço ativo" foi substituído por "afastar-se da atividade". Repito, permitir a demissão do servidor significa, primeiro, retirar-lhe a condição legal de militar, tornando despicienda a regra constitucional em exame e, segundo, impor restrição ao exercício pleno dos direitos políticos do cidadão.

11. Poder-se-ia alegar que tal exegese igualaria a situação dos militares com menos de dez anos de serviço ativo àquela dos que possuem tempo de serviço superior. É de ver-se, no entanto, que o primeiro caso é de simples afastamento, que perdurará, se eleito o militar, até o final do mandato. Já em relação aos mais antigos, a Constituição prevê a agregação, que apesar de também implicar afastamento provisório, não se confunde com a licença, dado que o servidor, embora deixe de ocupar vaga na escala hierárquica da corporação e nela permaneça sem número, poderá ser promovido por antiguidade. E, caso eleito, passará à reserva remunerada[4], o que demonstra a real diferença de tratamento dado às duas hipóteses.

12. Oportuno consignar que a matéria foi enfrentada pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento da Consulta 571, Costa Porto (*DJ* de 26-5-2000), em que ficou assentado o entendimento de que o afastamento deve ocorrer por meio de "demissão ou licenciamento *ex officio*, na forma da lei". Analisando-se o inteiro teor do acórdão, constata-se que a decisão teve por base o art. 52, parágrafo único, letra *a*, da Lei 6.880/1980, editada sob o pálio da Constituição anterior, que, como visto, previa a exclusão do serviço ativo e não o "simples afastamento da atividade", na feliz expressão do Ministro Marco Aurélio quando do exame do AI 189.907-AgR/DF (*DJ* de 21-11-1997).

13. E, se assim é, as conclusões advindas da referida norma não podem subsistir, visto que calcadas em previsão constitucional não mais vigente e cuja disciplina foi alterada de forma substancial. Penso que os regulamentos castrenses devem adaptar-se à nova realidade, fazendo prever a hipótese de afastamento do militar com menos de dez anos, mediante licença específica, com ou sem remuneração, conforme a conveniência do legislador respectivo. O que não se pode admitir é que em tais casos, obrigatoriamente, haja a exclusão do militar que, *mutatus mutandis*, ficará desempregado – termo aqui empregado em seu sentido lato –, apenas porque optou por exercer o direito de poder, enquanto cidadão, concorrer a cargo eletivo.

14. A espécie dos autos evidentemente não é a que se refere o art. 142, § 3º, III, da Constituição Federal – posse de militar em cargo público não eletivo –, além do que não ampara aquele que, contando menos de dez anos de serviço público, é candidato a cargo elegível, porquanto nessa condição não tem direito à agregação e à passagem automática para a inatividade. O que lhe é garantido, como antes afirmado, é simplesmente o afastamento da atividade a que se reporta o art. 14, § 8º, I, da Carta da República, que não pode ser suposto para converter-se na perda de cargo público. Por essa razão, tenho como acertado o entendimento consagrado no juízo *a quo*.

Ante essas circunstâncias, conheço do recurso extraordinário e nego-lhe provimento.

Em sentido contrário foi o voto do Ministro Carlos Velloso, que deu provimento ao presente recurso extraordinário, ao argumento de que:

O inciso II do § 8º do art. 14, CF, estabelece que, se o militar "contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade".

A "agregação", para o militar, significa afastamento da Força, com percepção, entretanto, da remuneração da patente. Eleito o militar, cessará a agregação, passando ele, automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Já o inciso I do § 8º do art. 14, CF, simplesmente dispõe que, se contar o militar menos de dez anos de serviço, "deverá afastar-se da atividade". É dizer, deverá afastar-se do serviço ativo e esse afastamento ocorrerá mediante demissão ou licenciamento.

Alexandre de Moraes, após invocar a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, leciona: "Assim, do registro da candidatura até a diplomação do candidato ou seu regresso às Forças Armadas, o candidato é mantido na condição de agregado, ou seja, afastado temporariamente, caso conte com mais de dez anos de serviço, ou, ainda, será afastado definitivamente, se contar com menos de dez anos" (Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, Ed. Atlas, 7. ed., 2000, p. 241). Manoel Gonçalves Ferreira Filho não destoa do entendimento: "Assim o afastamento da atividade pode ser interpretado como significando deixar a condição de militar da ativa" (*Comentários à Constituição de 1988*, Saraiva, 3. ed., 2000, I/127).

O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido do acima exposto. Na Consulta 571 (Resolução 20.598, de 13-4-2000, Relator o Ministro Costa Porto), decidiu o TSE: "O afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, § 8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento *ex officio*, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos

regulamentos específicos de cada Força Armada". O Relator, Ministro Costa Porto, após mencionar que o Tribunal ainda não se pronunciara relativamente à questão, esclareceu e concluiu:

"(...)

Mas o novo Estatuto dos Militares – a Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – responde cabalmente à consulta. Diz-se ali, em seu art. 52:

'Os militares são alistáveis, como eleitores, desde que oficiais, guardas-marinha ou aspirantes-a-oficial, suboficiais ou subtenentes, sargentos ou alunos das escolas militares de nível superior para formação de oficiais.

Parágrafo Único. Os militares alistáveis são elegíves, atendidas às seguintes condições:

a) se contar menos de 5 (cinco) anos de serviço, será, ao se candidatar a cargo eletivo, excluído do serviço ativo mediante demissão ou licenciamento *ex officio*;'

Em razão do art. 14, § 8º, I da Constituição, deve-se ler, agora: 'Se contar menos de 10 (dez anos) de serviço'.

Cremos, então, possa ser respondida a consulta no sentido de que o afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, § 8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento *ex officio*, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada.

(...)"

Assim, o acórdão recorrido, com a interpretação que emprestou à norma do inciso I do § 8º do art. 14, CF, causou-lhe ofensa.

Do exposto, com a vênia do eminente Ministro Relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

Naquela assentada, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso.

5. De início, ressalte-se que a inscrição eleitoral é permitida aos militares, com exceção dos conscritos nos termos do art. 14, § 2º, última parte, da Constituição da República.

A elegibilidade dos militares não conscritos foi afirmada por este Supremo Tribunal no julgamento do AI 135.452/DF, Relator o Ministro Carlos Velloso, com a seguinte ementa:

Constitucional. Eleitoral. Militar da ativa (sargento) com mais de dez anos de serviço. Elegibilidade. Filiação partidária. CF, art. 14, § 3º, V; art. 14, § 8º, I; art. 42, § 6º. Código Eleitoral, art. 5º, Parágrafo único. Lei 6.880/1980, art. 82, XIV, § 4º, I). Se o militar da ativa é alistável, é ele elegível (CF, art. 14, § 8º). Porque não pode ele filiar-se a partido político (CF, art. 42, § 6º), a filiação partidária não lhe é exigível como condição de elegibilidade, certo que somente a partir do registro da candidatura é que será agregado (CF, art. 14, § 8º, II; Código Eleitoral, art. 5º, parágrafo único; Lei 6.880, de 1980, art. 82, XIV, § 4º). II) Recurso extraordinário conhecido e provido.

(AI 135.452/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, *DJ* de 14-6-1991.)

Naquela assentada, este Supremo Tribunal garantiu ao militar não conscrito o direito a ser votado e decidiu ser inexigível sua filiação partidária como condição de elegibilidade, sendo suficiente como suprimento da prévia filiação partidária, o registro da candidatura apresentada pelo partido e autorizada pelo candidato.

Quanto ao inciso II do § 8º do art. 14, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal já assentou o seguinte:

> *Licença – Militar – Elegibilidade.* Longe fica de contrariar o inciso II do § 8º do art. 14 da Constituição Federal provimento que implique reconhecer ao militar candidato o direito a licença remunerada, quando conte mais de dez anos de serviço. (AI 189.907-AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, *DJ* de 21-11-1977).

Não foi debatida, por não ser objeto daquele julgamento, a situação do militar que esteja em atividade há menos de dez anos.

6. Essa questão, contudo, foi objeto de decisões do Tribunal Superior Eleitoral, a saber:

> I – A transferência para a inatividade do militar que conta menos de dez anos de serviço é definitiva, mas só exigível após deferido o registro da candidatura.
>
> II – A filiação partidária a um ano da eleição não é condição de elegibilidade do militar, donde ser irrelevante a indagação sobre a nulidade da filiação do militar ainda na ativa, arguida com base no art. 142, § 3º, V, da Constituição.
>
> (Recurso Especial Eleitoral 20.318/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 19-2-2002).

Naquele julgamento, assim votou o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence:

> Senhor Presidente, em decisão recente, relativa a militar com mais de dez anos de serviço, decidimos – conforme precedente do em. Ministro Octavio Gallotti (Ac. n. 11.314, de 30-8-1990) – que a sua agregação para candidatar-se só se dá após o registro.
>
> No mesmo sentido, aliás, é a decisão do *leading case* do Supremo Tribunal (Ag n. 135.452, Plenário, 20-9-1990, Min. Velloso, *RTJ* 134/1318).
>
> O mesmo, com mais razão, há de entender-se com relação ao afastamento definitivo da atividade, reclamado, no art. 14, § 8º, I, da Constituição, do militar que conte menos de dez anos de serviço.
>
> É irrelevante que, após a convenção e antes do pedido de registro, a candidata houvesse requerido o seu afastamento temporário.
>
> É que, deferido o registro – para isso, comunicado ao comando ao qual subordinada (Resolução-TSE n. 20.993/2002, art. 62) –, a transferência para a inatividade independe de pedido.
>
> De sua vez, o fundamento do recurso do impugnante – nulidade de filiação partidária, quando na ativa o militar – é de todo irrelevante, dado que a prévia filiação partidária não é condição de elegibilidade do militar da ativa, como igualmente assentado no acórdão referido do Supremo Tribunal, a cuja orientação se alinhou esta Corte.

Conheço do primeiro recurso especial e dou-lhe provimento; não conheço do segundo; em consequência, defiro o registro.

Houve, também, uma consulta eleitoral sobre esse fato, a qual o Tribunal Superior Eleitoral assim respondeu:

Consulta. Senador. A luz do art. 14, parágrafo 8, I, da Constituição Federal, que diz: "o militar alistável e elegível, atendidas as seguintes condições: I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; "indaga:" afastar-se da atividade, o que significa?

respondida nos seguintes termos: o afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, parágrafo 8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento *ex officio*, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada.

(TSE – Consulta 571/DF; Rel. Ministro Walter Ramos da Costa Porto, *DJ* de 13-4-2000.)

Em seu voto, o Relator, Ministro Costa Porto, asseverou que:

Nenhuma vez se pronunciou esta Eg. Corte quanto ao que indaga o consulente e o que significa "o afastamento da atividade" pelo militar.

Mas o novo Estatuto dos Militares – a Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – respondeu cabalmente à consulta. Diz-se ali, em seu art. 52:

"Os militares são alistáveis, como eleitores, desde que oficiais, guardas-marinha ou aspirantes-a-oficial, suboficial ou subtenente, sargentos ou alunos das escolas militares de núvel superior para formação de oficiais.

Parágrafo único. Os militares alistáveis são elegíveis, atendidas às seguintes condições:

a) se contar menos de 5 (cinco) anos de serviço, será, ao se candidatar a cargo eletivo, excluído do serviço ativo mediante demissão ou licenciamento *ex officio.*"

Em razão do art. 14, § 8º, i da Constituição, deve-se ler, agora: 'Se contar menos de 10 (dez anos) de serviço.

Cremos, então, possa ser respondida a consulta no sentido de que o afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, § 8º, I da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento *ex officio*, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada".

Na linha do que decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral, é possível extrair-se dos debates da Assembleia Nacional Constituinte que o afastamento provisório do militar que contar com menos de dez anos de serviço, proposto no presente recurso, não foi acolhido pelos constituintes.

Consta do Diário da Assembleia Nacional Constituinte – Suplemento C, de 19 de outubro de 1987, a votação dos seguintes destaques ao então art. 13, § 8º, do Projeto da Constituição, na Comissão de Sistematização:

Comissão de sistematização: pg. 595-599 Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento C), *em 19 de outubro de 1987*.

(...)

Passemos à votação do art. 13, § 8º

(...)

Destaque n. 7222-87, do Sr. José Richa, "que suprime o art. 13, § 8º do Substitutivo n. 2". (175ª votação)

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): – Em votação o Destaque n. 7222, do Constituinte José Richa, que solicita a supressão integral do texto. Com a palavra o ilustre Constituinte José Richa.

O *Sr. Constituinte José Richa*: Sr. Presidente, Srs. Constituintes, aprovamos o § 3º do art. 13, que diz que, dentre outras são condições de elegibilidade a filiação partidária seis meses antes da eleição. E o § 5° do art. 50 diz que os militares, enquanto em efetivo serviço, não poderão estar filiados a partidos políticos. Ora, se enquanto em exercício não podem estar filiados a partidos políticos e para serem elegíveis têm de filiar-se seis meses antes, o § 8º não tem sentido, quando quer disciplinar a forma, depois da eleição, da agregação até a eleição e, se eleito, o afastamento da atividade militar.

Já aprovamos um. Vamos aprovar o § 5º do art. 50. Evidentemente, não tem sentido manter-se o § 8º deste artigo, uma vez que não cabe disciplinar algo que efetivamente não vai acontecer. (Palmas)

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): Com a palavra o Constituinte Paulo Ramos.

O *Sr. Constituinte Paulo Ramos*: Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, naturalmente, depois da exposição feita pelo Constituinte José Richa, talvez fosse desnecessário que outro Constituinte usasse da palavra. Entretanto, é importante dizer que a História do Brasil registra a participação de vários militares no engrandecimento do Congresso Nacional.

Hoje, inclusive, há vários militares que, não obstante possíveis divergências, são Constituintes que engrandecem os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

Não podemos, de forma alguma, permitir que ao militar sejam impostas excessivas restrições que certamente impedirão que à vida pública tenham acesso os militares.

Portanto, o destaque apresentado pelo Constituinte José Richa, que hoje, nesta Casa, todos sabem, guarda vínculo estreito com setores militares, deve ser acolhido, por representar um sentimento maior, aqui defendido, qual seja, o de que possamos caminhar no sentido do fortalecimento do regime democrático. Muito obrigado.

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): Com a palavra o Constituinte Prisco Viana, que fará encaminhamento contrário.

O *Sr. Constituinte Prisco Viana*: Sr. Presidente, Srs. Constituintes, não sem grande constrangimento, venho à tribuna para discordar do entendimento do Constituinte José Richa a respeito do dispositivo ora em discussão. S. Ex.a disse que o § 3º do art. 13 estabelece as condições de elegibilidade – dentre elas, a obrigatoriedade de filiação a partidos políticos e de domicílio eleitoral pelo prazo mínimo de 6 meses. Segundo o entendimento de S. Ex.a, esse dispositivo dispensaria o § 8º, que estabelece uma regra para elegibilidade dos militares, atendendo às peculiaridades da sua atividade e de sua própria organização: não poderem filiar-se a partidos políticos e, muito menos, manterem atividade política. A redação oferecida pelo nobre Relator é correta, porque, se o militar da ativa desejar ser candidato, deverá desligar-se a tempo de cumprir a exigência do § 3º. Por esta razão, manifesto-me contrário à emenda, e advirto o Plenário para o fato de que

o entendimento do nobre Constituinte é equivocado e devemos, assim, votar pela manutenção do texto. Muito obrigado.

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): Não há oradores inscritos. Vamos passar ao processo de votação. A Presidência solicita a todos os Srs. Constituintes que tomem os seus lugares, a fim de darmos início à votação pelo sistema eletrônico.

(Procede-se à votação)

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): A Mesa vai proclamar o resultado: votaram *sim* 45 Constituintes; votaram *não* 29 Constituintes. Total: 74 votos. O Destaque foi prejudicado por falta de quorum qualificado.

Destaque n. 0265-87, do Sr. José Genoíno – Emenda n. ES-33000-4, do Sr. José Carlos Sabóia, "que modifica o art. 13 § 9° do Substitutivo n. 1 (art. 13, § 8º do Substitutivo n. 2)". (176ª votação)

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): – Em votação o Destaque n. 265, requerido pelo Constituinte José Genoíno, referente à Emenda n. 33000, de autoria do Sr. Constituinte José Carlos Sabóia.

O Constituinte José Genoíno não está presente, mas deixou indicação para o ilustre Constituinte Paulo Ramos defender o destaque.

O texto da emenda é o seguinte:

"Seja dada ao § 9º, do art. 13, a seguinte redação:

§ 9º São elegíveis os militares alistáveis, observadas para o militar em atividade as disposições seguintes:

I – serão agregados pela autoridade superior ao se candidatarem, permanecendo nesta condição, se eleitos, sendo promovidos apenas pelo critério de antiguidade;

II – o tempo de exercício do mandato eletivo será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

III – em caso de renúncia de mandato ou não reeleição o militar será desagregado e reintegrado ao serviço ativo;

IV – é facultada a opção pela remuneração do posto ou graduação dos titulares de mandato municipal."

Concedo a palavra ao Constituinte Paulo Ramos.

O *Sr. Constituinte Paulo Ramos*: Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, quando tive a oportunidade de encaminhar favoravelmente a emenda supressiva apresentada pelo Senador José Richa, deixei de observar que o texto atual do 2º Substitutivo do nobre Relator, nos termos em que se encontra redigido, impede qualquer militar do serviço ativo de ser candidato. Segundo o texto, o militar do serviço ativo está proibido de ser candidato a cargo eletivo.

Ora, se um artigo exige como condição para ser candidato que o pretendente seja filiado a partido político, outro já diz que o militar, enquanto no serviço ativo, não poderá estar filiado a partido político. O que é pior: o § 8º, constante do texto, ainda determina que o militar, desde que conte menos de dez anos de serviço, para concorrer a cargo eletivo deverá pedir baixa do serviço ativo. Tendo mais de dez anos e sendo eleito – vejam bem – será obrigatoriamente transferido para a reserva.

Sr. Presidente, esta pena não se aplica a nenhum servidor público ou privado. Estamos pretendendo elaborar uma Constituição para o fortalecimento do Estado de direito democrático. E o próprio texto constitucional diz que todos são iguais perante a lei. Não é possível que esta Assembleia Nacional Constituinte vá restringir ao militar o exercício do poder político. Não podendo exercer democraticamente

direitos políticos, ao militar só resta servir de massa de manobra, muitas vezes de cúpula para intromissão no processo político. É necessário que esta Assembleia Nacional Constituinte compreenda que, se pretendemos a democracia, precisamos eliminar da vida do militar a possibilidade de participar do processo político apenas por meio de instrumentos não democráticos.

O texto do Relator, ao abordar os direitos políticos relativos ao servidor público civil, diz o seguinte:

"Ao servidor público em exercício de mandato eletivo aplicam-se as seguintes disposições:

1 – Tratando-se de mandato eletivo federal ou estadual, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função, sem direito a optar pela remuneração.

2 – Investido do mandato de prefeito ou vereador, será afastado de seu cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração."

Vejam bem que ao servidor público civil é concedido ainda o direito de optar por uma remuneração mais favorável. Não podemos, Sr. Presidente, Srs. e Sras. Constituintes, tratar com discriminação o militar simplesmente em função de estarmos fazendo uma Constituição para superar a da ditadura militar. Não podemos apenar o militar porque estamos tentando sair de uma ditadura militar.

O que pretende esta emenda é simplesmente dar ao servidor militar iguais direitos políticos, condições iguais às do servidor público civil, aquelas condições das quais se beneficiam todos os cidadãos. Estamos aqui para preparar um texto democrático que possibilite a todos os cidadãos, militares ou não, participarem da atividade política. Não se trata de levar a atividade política para o quartel. Ao contrário, pretende-se, sim, dar ao militar a possibilidade de, em pretendendo participar do processo político, ter ao seu cargo ou função remunerada garantida, apenas dela ficando afastado, enquanto for candidato e exercer o mandato.

Peço a todos os Srs. Constituintes que compreendam o alcance desta medida e procurem dar uma demonstração de que esta Casa não discrimina o cidadão simplesmente por vestir farda.

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): Não há oradores inscritos para encaminhamento contrário.

Vamos passar ao processo de votação.

(Procede-se à votação)

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): A Mesa vai proclamar o resultado: votaram *sim* 25 Constituintes; votaram *não* 52 Constituintes. Total 77 votos. O Destaque foi rejeitado.

(...).

Destaque n. 2332-87 – Emenda n. IP-07650-1, do Sr. Paulo Delgado, "que modifica o art. 27 inciso II alínea *f* do Projeto de Constituição (art. 13, § 8° do Substitutivo n. 2)". (177ª votação)

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): Em votação o Destaque n. 2332, requerido pelo Constituinte Paulo Delgado, referente à Emenda n. 7650, emenda substitutiva, cujo texto é o seguinte: "Dê-se nova redação à alínea *f* do inciso II do art. 27:

É garantida a plena elegibilidade dos militares, desde que se licenciem ou se afastem do serviço ativo quatro meses antes da data designada para a realização das eleições."

Com a palavra o Constituinte Paulo Delgado.

O *Sr. Constituinte Paulo Delgado*: Sr. Presidente, Srs. Membros da Comissão de Sistematização, para nós, do Partido dos Trabalhadores, a concepção

que deve prevalecer no sistema eleitoral e na regra de orientação e definição da elegibilidade é a universalização ao máximo das condições de elegibilidade. E, ao pensar nisso, entendemos que não é possível, a pretexto de não se politizarem as Forças Armadas, pretender-se contrapolitizá-las, não incorporando os militares ao processo político nacional. A desmilitarização da sociedade brasileira implica visão profissional das Forças Armadas e, ao mesmo tempo, sua não incorporação ao processo político.

Por esta razão – a fim de se evitar a contrapolitização das Forças Armadas ou sua politização negativa – entendemos que os militares, como cidadãos de pleno direito, e não de segunda classe, como já disse o Constituinte Paulo Ramos, devam ter plenos direitos assegurados. Isso desde que se afastem do serviço ativo, como qualquer cidadão que trabalhe, por exemplo, em órgão público, para se candidatarem e, caso eleitos, passassem a gozar de licença. Posteriormente, não permanecendo na política, que possam retornar aos quarteis e seguir profissão definida como opção pessoal.

Esta a razão pela qual entendemos que a Comissão de Sistematização deve acatar a emenda em forma de destaque, para que possamos ter definitivamente sanada a ruptura, na concepção democrática, existente entre a sociedade civil e os militares, incorporando-os, com plenos direitos, à vida democrática nacional.

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): Concedo a palavra ao nobre Constituinte Lysâneas Maciel.

O *Sr. Constituinte Lysâneas Maciel*: Sr. Presidente, Srs. Constituintes, quando apresentamos, na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, a norma que permitia a todos os militares participarem da política na condição de cidadão pleno, estávamos precisamente preocupados com sua inserção na política e o rompimento de uma vala existente entre os militares e a sociedade civil no Brasil, entre a questão da segurança nacional e a questão das liberdades democráticas. Sugerimos, então, Sr. Presidente e Srs. Constituintes, que todos os militares tivessem pleno direito a todos os aspectos da cidadania, não como corporação ou organização, como têm ocorrido nos últimos anos, quando quiseram manipular os destinos políticos do País. E nós o fizemos conscientemente, porque na verdade não há razão lógica para excluí-los da participação plena.

Agora, quando vêm como corporação militar, como Ministério – Marinha, Exército e Aeronáutica – ou na com condição de Chefe do SNI tentar influir nos mecanismos políticos do País, a sociedade tem que se precaver, porque vêm numa condição privilegiada. Muitas vezes, como fizeram no início dos trabalhos da Constituinte, mandaram recados para que nos curvássemos às suas pretensões nem sempre legítimas, nem sempre verdadeiras.

Sr. Presidente, Srs. Constituintes, o que se defende aqui é o direito de o cidadão, fardado ou não, concorrer a todos os postos eletivos. Se são alistáveis, são elegíveis. O que se pretende com essa emenda é que tenham – na condição de dirigentes, de comandantes de tropa ou de unidade – as mesmas condições que os cidadãos comuns. É preciso que se possam licenciar, a fim de concorrerem em igualdade de condições com os cidadãos comuns.

Sr. Presidente, pode ser que se inicie aqui o fim do fosso entre as Forças Armadas e a sociedade civil no País. Pode ser que se lhes tire essa condição privilegiada. São cidadãos comuns, sim, os militares, mas cidadãos que não podem manter no comando de suas guarnições militares o direito especial de, com a farda, com as

estrelas ou com o comando de unidade, terem a condição de influir na vida política do País. Os militares devem ter o direito, como cidadãos comuns, de se candidatar.

Eles têm direito, como cidadãos comuns e não como comandantes de guarnição, como comandantes de Ministérios, de influir nos destinos do País.

Portanto, devemos romper esse fosso, permitindo ao marinheiro, ao general que se candidatem, deixando ao povo o julgamento supremo da apreciação de suas candidaturas. Essa a intenção da emenda, que deve merecer o nosso sufrágio para romper a dicotomia entre sociedade civil e força militar.

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): Não há oradores inscritos para encaminhamento contra.

Com a palavra o ilustre Relator auxiliar Antônio Carlos Konder Reis.

O *Sr. Relator* (Antonio Carlos Konder Reis): Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, em nome do Sr. Relator-Geral, devo manifestar-me favoravelmente à manutenção do texto. A emenda do nobre Constituinte Paulo Delgado estabelece a garantia plena da elegibilidade dos militares, desde que se licenciem ou se afastem do serviço ativo quatro meses antes da data designada para as eleições.

S. Exa. toma, como ponto de referência, a data da realização das eleições e não a data da escolha como candidato nem a data em que aceita disputar a eleição. O Relator entende que há, certamente, uma intenção generosa, mas também um erro técnico na elaboração da emenda, porque o ponto de referência para o licenciamento ou afastamento das Forças Armadas é a data da eleição, e o tempo designado é de apenas quatro meses. Em razão desse argumento, o Relator mantém o texto do Substitutivo. (Palmas)

(Procede-se à votação)

O *Sr. Presidente* (Brandão Monteiro): A Mesa vai proclamar o resultado: votaram *sim* 23 Constituintes; votaram *não* 57 Constituintes. Total: 80 votos. O Destaque foi rejeitado.

Na votação plenária de 12-3-1988, também foram rejeitadas emendas ao atual art. 14, § 8º, da Constituição da República:

Votação Plenária de 12-3-1988 *(Votação* n. 152*)*

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Está reaberta a sessão.

Passa-se à:

IV – *Ordem do Dia*

Projeto de Constituição. Votação, em primeiro turno, do Título II, Capítulo IV, do Projeto de Constituição.

Trata-se do Capítulo IV, que tem a seguinte epígrafe: "Dos Direitos Políticos".

O Capítulo IV tem uma emenda substitutiva ao texto do Projeto da Comissão de Sistematização.

Trata-se da Emenda n. 2.038, que tem o número regular de assinaturas sendo seu primeiro signatário o nobre Constituinte Afif Domingos. É a emenda do Centrão, que tem sido votada para servir de base referencial para as cotações dos destaques e demais medidas concernentes à matéria. Em Plenário foi oferecida e vou submeter a votos o capítulo IV, da Emenda Substitutiva n. 2.038, do Sr. Afif Domingos.

Capítulo IV

Dos Direitos Políticos

Art. 15. O sufrágio é universal, e o voto direto e secreto.

Parágrafo 1º O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos e facultativos para os que completarem dezoito anos até a data da eleição, para os analfabetos e os maiores de setenta.

Parágrafo 2º Não podem alistar-se eleitores os estrangeiros e, durante o período de serviço militar obrigatório, os conscritos.

Parágrafo 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei, a nacionalidade brasileira, estar no pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento, a filiação partidária, domicílio eleitoral na circunscrição, e idade mínima, conforme a seguir discriminado:

I – Presidente da República e Senador da República: trinta e cinco anos;

II – Governador de Estado: trinta anos;

III – Prefeito: vinte e cinco anos;

IV – Deputado Federal e Deputado Estadual: vinte e um anos.

Parágrafo 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

Parágrafo 5º São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República; os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores à eleição.

Parágrafo 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

Parágrafo 7º Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Parágrafo 8º São elegíveis os militares alistáveis com mais de dez anos de serviço ativo, os quais serão agregados, a partir da filiação partidária, pela autoridade superior, se eleitos, passarão automaticamente para a inatividade quando diplomados. Os de menos de dez anos de serviço ativo só são elegíveis caso se afastem espontaneamente da atividade.

Parágrafo 9º São inelegíveis para qualquer cargo, no território de jurisdição do titular, o cônjuge ou os parentes até o segundo grau, por consanguinidade, afinidade ou adoção, do Presidente da República, do Governador e do Prefeito que tenham exercido mais da metade do mandato, ressalvados os que já exercem mandato eletivo.

Parágrafo 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral até a data da diplomação, instruída a impugnação com provas conclusivas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude eleitoral.

Parágrafo 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor na forma da lei, se temerária ou de manifesta má fé.

Art. 16. É vedada a cassação de direitos políticos, e sua perda ou suspensão dar-se-á nos casos de:

I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II – incapacidade civil absoluta; e

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Art. 17. A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano depois de sua promulgação.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Solicito aos Srs. Constituintes ocupem os seus lugares. (Pausa.)

Vamos ver se conseguimos – com a colaboração daqueles que, inclusive, se sentam com presteza no plenário – terminar o Título II, para amanhã começarmos a votar os Capítulos do Título III. Para isso, é indispensável que as votações sejam, na medida do possível, velozes.

Em votação.

(...)

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): A Mesa vai encerrar a votação. (Pausa.)

Está encerrada. A Mesa vai proclamar o resultado da votação:

Sim – 355.

Não – 36.

Abstenção – 3

Total – 394.

A emenda foi aprovada.

(...)

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Anuncio o seguinte requerimento de destaque:

Requerimento de Destaque n. D-1.857

Senhor Presidente, Requeiro, nos termos do art. 7º da Resolução n. 3, de 1988, destaque para supressão dos termos com mais de dez anos de serviço ativo" e "os menos de dez anos de serviço ativo só são elegíveis caso se afastem espontaneamente da atividade", do § 8º, do art. 16º do Projeto de Constituição "A", ou do Substitutivo da Emenda Coletiva 2P02038-1. – Jamil Haddad, PSB – RJ.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): O nobre Constituinte Jamil Haddad deseja fazer modificações no § 81 do artigo que está sendo examinado, do texto base. O que quer o nobre Constituinte Jamil Haddad? Vou ler o texto: "São elegíveis os militares alistáveis com mais de 10 anos de serviço ativo." S. Exa. quer, na primeira parte da sua proposição, excluir a cláusula, a condicionante; quer que não conte "com mais de 10 anos de serviço ativo", para que sejam elegíveis os militares alistáveis, os quais serão agregados a partir da filiação partidária pela autoridade superior, se eleitos. Passarão automaticamente para a inatividade quando diplomados.

O nobre Constituinte Jamil Haddad também quer excluir do texto:

"Os de menos de 10 anos de serviço ativo só são elegíveis caso se afastem espontaneamente da atividade"

Tem a palavra o nobre Constituinte Ademir Andrade.

O *Sr. Ademir Andrade* (PSB – PA Sem revisão do orador.): Sr. Presidente, Srs. Constituintes. Eu solicitaria que essa questão fosse examinada com calma e com consciência. Vejam V. Exa. que o § 8º, desse artigo coloca os militares numa condição de absoluta impossibilidade de participação do processo político. Este parágrafo diz que todo militar que tenha menos de dez anos de carreira só pode ser candidato se abandonar a sua carreira. Pretendemos suprimir o prazo de dez anos. Quero lembrar a V. Exa. que a atual Constituição brasileira, no seu art. 150, § 1º, limita o prazo ao tempo de cinco anos. E a atual proposta, tanto da Comissão de Sistematização como a do Centrão, estende esse prazo para dez anos. Portanto, o militar brasileiro, seja das Forças Armadas, da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiro, que pretende se integrar à vida política nacional, que pretender ser

candidato, é obrigado a largar a sua carreira para ter o direito de se candidatar. Estamos fazendo uma Constituição liberalizante, estamos procurando o direito de participação dos cidadãos brasileiros. Ainda hoje, aqui, aprovamos o voto facultativo aos 16 anos de idade. Portanto, não podemos conceber, em nenhuma hipótese, que nesta Constituição sejamos mais drásticos, mais restritivos, ainda, ao direito do militar brasileiro de participar do processo político. Lembro que o funcionário público, ao ter o direito de se candidatar a qualquer cargo eletivo, tem uma licença, permanece recebendo seu salário e, se ganhar a eleição, mantém o seu cargo enquanto estiver exercendo o seu cargo eletivo. Terminado o seu cargo eletivo, volta a exercer a sua função. Ao militar, já se exige que abandone a sua função de militar ao se eleger, e após exercer o seu mandato já não mais terá direito de ser militar.

Já basta esta restrição, Srs. Constituintes. Querer agora restringir que não possa ser candidato, ou que para sê-lo tenha que abandonar sua carreira, parece-me algo despropositado e absurdo e esta Constituição e os Srs. Constituintes aqui presentes não podem, portanto, aceitar este § 8º. E como último argumento, quero dizer ainda que se alguém vier aqui colocar que o militar é agregado a partir de quando faz a sua filiação partidária, lembro que lá adiante, no art. 51, § 5º do Projeto, diz que os militares, enquanto em efetivo serviço, não poderão estar filiados a partidos políticos, portanto, eles só poderão se filiar a Partidos políticos para concorrer a cargo eletivo. E, neste período, enquanto não chega a eleição, ele deve permanecer agregado e deve ter o direito, como o tem o funcionado público, de participar, de lutar para se eleger. E lembraria, ainda, que por esses interiores deste Brasil afora, muitos militares, sejam das PM, sejam das Forças Armadas, integram-se, apegam-se à comunidade onde vivem, onde trabalham e onde prestam serviço, e que querem ter o direito de participar do processo eleitoral, de ser candidato a prefeito, a vereador, a deputado ou, enfim, a qualquer cargo eletivo. Vamos, portanto, ser coerentes com o que temos aqui votado e tomar a nossa Constituição mais liberalizante, aprovando o destaque do Constituinte Jamil Haddad, que é um destaque do Partido Socialista Brasileiro. Muito obrigado.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Tem a palavra o nobre Constituinte Paulo Ramos, que vai se manifestar contrariamente, dentro do contraditório.

O *Sr. Paulo Ramos*: Sr. Presidente, não é contrariamente, mas a favor.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): V. Exa. vai falar a favor. Se não tem ninguém contra, não posso dar a palavra a V. Exa. Não haverá o contraditório. Ninguém se inscreveu contra.

O *Sr. Paulo Ramos*: Sr. Presidente, talvez poucos Constituintes nesta Casa sejam oriundos da área militar e é importante que fique pelo menos registrado que o fato de não ter nenhum Constituinte inscrito para encaminhar contra, mesmo tendo nesta Casa, vários Constituintes oriundos da área militar, é que demonstra a pertinência da emenda apresentada, do destaque apresentado pelo Constituinte Jamil Haddad.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Muito bem!

O *Sr. Paulo Ramos*: Então, é importante que haja a votação e que cada Constituinte compreenda que não pode ser vista como um tabu uma questão ligada a militar. É importante essa questão e não podemos permitir que o texto constitucional seja contraditório e excessivamente restritivo aos militares.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Muito bem! Grato a V. Exa.. Dou a palavra ao Relator, para que se manifeste.

O *Sr. Relator* (Bernardo Cabral): Sr. Presidente, Srs. Constituintes: O eminente Constituinte Ademir Andrade centrou a sua argumentação, dizendo que a Constituição atual é mais liberal porque fala em 5 anos. Eu amplio o seu raciocínio, mas no sentido inverso. Não é só a Constituição atual, a de 1967 e a de 1946 também falavam em 5 anos, mas, o que S. Exa. não declarou e, por essa razão tendo que me posicionar contrário, é que, quanto ao texto constitucional vigente, a de 1967 e a de 1946, não permitiam que cabos e sargentos fossem candidatos a cargos eletivos. Agora, a ampliação está se dando por esta Assembleia Nacional Constituinte. Ora, se nós abrirmos mão, como deseja o destaque supressivo do eminente Constituinte Jamil Haddad, a quem eu rendo as minhas homenagens, retirando mais de 10 anos de serviço ativo, nós vamos criar algumas complicações na vida militar. Primeiro, logo de início começa a se fazer a política e, talvez, até a politicalha, que não convém nos corpos onde se deve manter a hierarquia. Depois, quem quer seguir a carreira militar não se deve imiscuir em política partidária. Quando se fala em mais de 10 anos de serviço ativo e que ele passa a ser agregado, é que ele realmente quer seguir a política partidária. E quem tem menos de 10 anos de serviço ativo, se quer concorrera um cargo eletivo, que se afaste espontaneamente da atividade.

O *Sr. Ademir Andrade*: Não...

O *Sr. Relator* (Bernardo Cabral): Eu ouvi V. Exa. com o encanto de sempre, por gentileza, permita-me que os outros me ouçam, ainda que V. Exa. não queira fazê-lo. (Palmas.) A argumentação, portanto, não procede, Sr. Presidente. O texto foi meditado e profundamente meditado, devo declarar e render as minhas homenagens ao Constituinte Paulo Ramos, que acompanhou todos os trabalhos e que fez a sua posição aqui elogiável, mas o texto, Sr. Presidente, é irretocável, respeitadas as opiniões aqui em contrário. Por isto, Sr. Presidente, eu voto e dou parecer pela rejeição do destaque.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): O destaque tem parecer contrário do relator.

O *Sr. Amaral Netto*: Sr. Presidente, diante do parecer do relator, está provado porque nem se precisava falar nessa emenda. O PDS vota contra...

O *Sr. José Lins*: Sr. Presidente, com o devido respeito à liberdade de consciência dos colegas, o PFL sugere votar com o relator. contra.

O *Sr. Mário Covas*: Sr. Presidente, o PMDB vota com o relator, portanto votará contra a emenda.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): A emenda tem parecer contrário. Vamos à votação. Ocupem seus lugares. Assim seremos obrigados a ficar mais tempo nesta sala, por demoras inúteis, demoras que podem ser evitadas. A Mesa faz coro com o Plenário, pedindo a colaboração dos Srs. Constituintes. Estamos aqui para votar. Facilita muito se estiverem em seus lugares. Verifiquem os códigos. Votem. Sabem que a proposição tem parecer contrário ao do relator. Sim, Não e Abstenção. Queiram acionar, simultaneamente, o botão preto no painel, e a chave sob a bancada, mantendo-os pressionados, até que as luzes se apaguem.

(Procede-se à votação.)

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Os Srs. Constituintes que ainda não votaram queiram fazê-lo. (Pausa.) Está encerrada a votação. A Mesa vai proclamar o resultado da votação:

Sim – 85.

Não – 331.

Abstenção – 11.
Total – 427.
A matéria foi rejeitada.

E, ainda, os debates sobre o tema na votação plenária de 17-8-1988, na qual outras emendas foram rejeitadas:

Emenda n. 1.314
(Do Sr. Paulo Delgado)
Suprima-se, no § 8º do art. 14, o inciso I, o inciso II e a expressão "observado o seguinte", constante do "*caput*", ficando assim redigido o referido parágrafo:
"§ 8º – O militar alistável é elegível."
O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Destaque n. 151 do nobre Constituinte Paulo Delgado S. Exa. deseja o seguinte: "o militar alistável é elegível", e corta todo o resto que está no § 8º do art. 14. O resto é o seguinte:
"Se contar menos de 10 anos de serviço, deverá afastar-se espontaneamente da atividade. Se contar mais de 10 anos de serviço, será agregado pela autoridade superior a partir da filiação partidária, e eleito passará automaticamente para a inatividade no ato da diplomação."
O nobre autor da proposição deseja que o texto se circunscreva exclusivamente a "o militar alistável é elegível"; sem essas condicionantes, essas restrições que constam do texto.
Tem a palavra o nobre Constituinte Paulo Delgado, para encaminhar.
O *Sr. Paulo Delgado* (PT – MG. Sem revisão do orador.): Sr. Presidente, Srs. Constituintes, o princípio que orienta o Partido dos Trabalhadores a apresentar esse destaque supressivo é a defesa da plena elegibilidade de todos os cidadãos brasileiros. Para nós, o princípio elementar na sociedade democrática é assegurar a universalização das condições da elegibilidade, sem que haja ressalva à inelegibilidade dos cidadãos, fixando – no caso das corporações militares – princípios restritivos à elegibilidade ou às condições de elegibilidade que não correspondem aos princípios que se aplicam aos outros cidadãos na sociedade brasileira. Para nós, os argumentos que mais têm sido utilizados, em relação às restrições para as condições de elegibilidade dos militares, estão sempre ligados, na maioria das vezes, ao caráter especial do trabalho militar, que justificaria a exclusão dos militares dos princípios de universalização da elegibilidade. Um dos argumentos que acompanham essa discussão sobre o caráter especial da corporação militar: é preciso proteger o Exército, a Marinha, a Aeronáutica, é preciso proteger a corporação militar da politização, como se fosse possível evitar aquilo que hoje temos claramente dentro da sociedade brasileira – a politização de todos os setores da sociedade. Na verdade, o que temos visto, no Brasil, como já disse no passado o General Góes Monteiro, é que não se quer a politização dos quartéis, não se quer a política nos quarteis, não se quer a política no Exército. O que aceitamos – dizia o General – é a política do Exército sobre a sociedade. E é a política "do Exército que está presente até hoje na política nacional. Sr. Presidente, Sras e Srs. Constituintes, o que é preferível: a política dentro do Exército ou a política do Exército sobre a sociedade? Não temos dúvida em dizer que é preferível a politização dos quartéis, para se evitar a contrapolitização dos militares para combater a democracia, como tem sido feito sempre, aqui, na nossa sociedade. Por respeitarmos os militares e por vermos na corporação militar um segmento da sociedade civil de farda, é que queremos a plena incorporação dos militares

na vida civil e na vida política da sociedade democrática. E aí não podemos admitir distinção. Se nós, cidadãos, que somos funcionários públicos, aqueles que o são, podem pedir simplesmente licença e se reincorporar ao seu trabalho depois de disputar uma eleição, não perdendo o cargo que ocupavam antes, por que os militares não podem fazê-lo? Por que essa distinção, esse preconceito, essa visão de qualidade diferente em relação aos militares comparativamente àquilo que se quer para os civis? Por isso, defendemos que, em relação às condições de elegibilidade, fique no § 8º que o militar alistável é elegível, como deveria estar em relação a todos aqueles que são alistáveis, mas que esta Constituinte já decidiu derrotar em votações anteriores, em pedidos anteriores. Todos aqueles que se alistam podem ser elegíveis. É um erro aquilo que aprovamos em relação aos menores de 18 anos, não permitindo também a sua elegibilidade. É um erro também em relação aos analfabetos, porque temos um Presidente da República que é membro da Academia Brasileira de Letras e isso não resolveu os problemas nacionais. Pelo contrário, piorou. Talvez um analfabeto fosse melhor Presidente que esse que está aí. Sr. Presidente, Srs. Constituintes, queremos a incorporação plena dos militares, cidadãos como nós, defensores desta Pátria, no processo político, para que não haja a instrumentalização dos militares nos golpes contra a democracia, porque sabemos que os militares não são antidemocráticos, mas precisam estar plenamente incorporados à vida democrática, ao processo político e à disputa eleitoral no País. (Muito bem!)

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Tem a palavra o Sr. Relator Bernardo Cabral.

O *Sr. Bernardo Cabral* (Relator): Sr. Presidente, Srs. Constituintes, a argumentação expendida, desenvolvida pelo eminente Constituinte Paulo Delgado, serve contra S. Exa.. E por quê? Reclama S. Exa. das restrições que são impostas pelo texto no § 8º incisos I e II, do art. 14. As restrições são aquelas feitas de modo equilibrado e com muita prudência. Tais restrições, ao contrário do que sustenta o meu ilustre amigo, Constituinte Paulo Delgado, têm por objetivo, sobretudo, preservar os quartéis da politização e evitar os inconvenientes. É bom que se ressalte os inconvenientes das discriminações, das disseminações, das ampliações, das paixões políticas nas fileiras militares. Ademais, registre-se o problema sério da hierarquia e da disciplina que estão preservadas no texto. Por esta razão, Sr. Presidente, lamentavelmente a Emenda Paulo Delgado não merece acolhida. Pela rejeição.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Vamos votar.

O parecer do Relator é pela rejeição da proposição.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Vamos à votação.

Srs. Constituintes, queiram tomar os seus lugares. A proposição tem parecer contrário. (Pausa.)

(Procede-se à votação)

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Está encerrada a votação. A Mesa vai proclamar o resultado. (Votação n. 795):

Sim – 97

Não – 255

Abstenção – 4

Total – 356

A Emenda foi rejeitada.

(...)

Requerimento de Destaque n. 588

Senhor Presidente, Requeiro destaque para a Emenda n. 2T00798-1 – Paulo Ramos.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): É a seguinte a matéria destacada:

Emenda n. 798 (Do Sr. Paulo Ramos)

Seja suprimido o Inciso I do Parágrafo 8º do Art. 14 e, por via de consequência, a expressão "Se Contar Mais de Dez Anos de Serviço", constante do Inciso II, dos mesmos parágrafo e artigo.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Destaque n. 588, proposto pelo nobre Constituinte Paulo Ramos. S. Ex.ª se reporta ao art. 14, § 8º, inciso II.

O texto diz respeito ao militar alistável e se é elegível. O nobre Constituinte pretende eliminar a parte do texto que diz: "Se contar mais de 10 anos de serviço...". Esta parte continua mantida com a seguinte redação: "...será agregado pela autoridade superior a partir da filiação partidária e eleito, passando automaticamente para a inatividade no ato da diplomação." Trata-se de uma medida supressiva. Tem a palavra o nobre Constituinte Paulo Ramos, para encaminhar.

O *Sr. Paulo Ramos* (PMN – RJ. Sem revisão do orador.): Sr. Presidente, Sras. Srs. Constituintes, esta Casa sempre é possuída de um sentimento curioso, quando a questão tratada se refere aos militares. Entretanto, o tema que está sendo discutido não é especificamente do militar, mas do cidadão brasileiro que veste farda. O entendimento que deveria prevalecer – e que, espero prevaleça – é o sentimento de que todos os brasileiros com ou sem farda, nas questões relativas à cidadania, sejam iguais.

O texto aprovado no primeiro turno, depois de muito esforço, estabeleceu a exigência de 10 anos para que o militar pudesse, sem perder a condição de militar, concorrer a cargo eletivo; isto é, tendo menos de 10 anos, pelo texto aprovado no primeiro turno, o militar se obriga a pedir baixa, a abandonar a carreira militar, como se a atividade política fosse uma atividade menor, o que não é verdade. A atividade política é a atividade maior.

Consultando os textos que vigoraram neste País desde 1946, na primeira Constituição depois da ditadura Vargas, a exigência era de 5 anos, isto é, o militar com menos de 5 anos deveria pedir baixa; e foi a forma encontrada para a preservação da atividade militar nas academias militares. Porém, com mais de 5 anos, o militar era licenciado para tratar de interesse particular e concorria; se fosse eleito, aí sim, passaria para a inatividade; se não eleito, voltaria para o serviço ativo. Essa exigência foi reiterada na Constituição de 67 e, mais ainda, na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que foi a Constituição outorgada, imposta pelos militares. Nem a Constituição imposta pelos militares alterou esse prazo. Hoje, Sras. e Srs. Constituintes, temos vários militares, sejam eles das Forças Armadas ou das forças auxiliares, com mais de 5 e com menos de 10 anos de serviço, candidatos a cargos eletivos nos inúmeros municípios deste País. Esta Assembleia Nacional Constituinte incorre no risco de cassar brasileiros simplesmente porque vestem farda, porque têm mais de 5 e menos de 10 anos de serviço.

A minha proposta, Sr. Presidente, visa, única e exclusivamente, a eliminar a exigência de 10 anos, porque teremos o avanço. Hoje a exigência é de 5 anos. Não pretendo que haja a exigência de qualquer tempo, mas, pelo menos, preservar no texto: "Se eleito um militar, passará para a inatividade." Esta é a diferença, simplesmente. Corremos o risco de retrocesso. Pretendo o avanço, resguardando a situação que é uma exigência da atividade militar, que já é uma exigência descabida, mas, pelo menos, avancemos, não exigindo qualquer tempo de serviço e preservemos

as outras condições. Se eleito, para a inatividade; não eleito, qualquer que seja o tempo de serviço, voltará à situação de ativo. Espero que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 não manifeste qualquer rancor em relação ao servidor militar, e que, acima de tudo, compreenda que os integrantes das Forças Armadas, que os integrantes das forças auxiliares deverão participar, sim, da atividade política, distanciando-se da atividade militar, mas deverão participar da atividade política pelo processo democrático, e o processo democrático é o eleitoral.

Era o que tinha a dizer, Sr. Presidente. (Muito bem!)

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Tem a palavra o nobre Constituinte José Fogaça, Relator. Em seguida passaremos à votação.

O *Sr. José Fogaça* (Relator): Sr. Presidente, Srs. Constituintes, lamento ter que contestar as argumentações do nobre Constituinte Paulo Ramos, defensor intransigente da democratização dos quartéis nesta Assembleia Nacional Constituinte, principalmente da democratização do País, como repete S. Exa.. Talvez por não haver uma alternativa regimental e por ser apenas um instrumento supressivo, a emenda de S. Exa. acaba criando uma grave distorção, uma situação anômala: a possibilidade de militares eleitos passarem para a inatividade com apenas 1 ano de serviço, ou seja, criam-se aposentadorias com 1, com 2, com 3 ou 4 anos, desde que eleitos. Ora, sei que não é esta a intenção de S. Exa., mas é o que a emenda acabará por produzir como consequência. Militares eleitos com 1 ano de serviço militar se tornam reformados. Poderá acabar gerando uma "indústria" para a reforma, uma indústria da inatividade, uma indústria da reforma. No setor militar não é recomendável. Melhor ficarmos com o texto. Por isso, Sr. Presidente, o parecer do Relator é pela rejeição.

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Vamos à votação. Srs. Constituintes, queiram tomar os seus lugares. A emenda tem parecer contrário. (Pausa)

(Procede-se à votação.)

O *Sr. Presidente* (Ulysses Guimarães): Está encerrada a votação. A Mesa vai proclamar o resultado (votação n. 796):

Sim – 127
Não – 189
Abstenção – 13
Total – 329
A Emenda foi rejeitada.

Como se lê nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, a questão referente à provisoriedade, ou não, do afastamento do militar candidato com menos de dez anos de serviço (art. 14, § 8º, I, da Constituição da República) foi abordada pelo constituinte originário, que optou por manter o caráter definitivo desse afastamento.

Daí a razão pela qual a Constituição de 1988 não cuida da situação do militar candidato que, com menos de dez anos de serviço, venha a ser eleito, como o faz com relação ao candidato militar que tenha mais de dez anos de serviço.

Pelo exposto, **voto no sentido de dar provimento ao presente recurso extraordinário**.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, quanto a disciplina futura, seria interessante cogitar-se da proibição que hoje ocorre relativamente ao Ministério Público e à magistratura. A Carta de 1988, ao revelar o militar elegível, admite, implicitamente, a atividade político-partidária por parte do militar, mesmo porque, para tornar-se elegível, terá de estar filiado a um partido político.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não, ele se filia quando há a convenção do partido que o escolhe.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ele se filia, é uma exceção, quando há a convenção do partido. Ele adere ao partido depois. Há uma exceção.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há exceção aberta. Não conheço o preceito que cogita da exceção.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Realmente, ele não pode ser filiado, nos termos da Constituição. Quando escolhido em convenção é que se filia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Peguei o Estatuto, que é anterior à Carta de 1988, e não encontrei disciplina sobre a matéria. Se Vossa Excelência puder, inclusive, encaminhar-me...

O Sr. Ministro Dias Toffoli: É a disciplina dos precedentes do TSE.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não cogito – porque a atuação é vinculada ao Direito posto – de precedentes, mas da ordem jurídica normativa e não encontrei, confesso – e meu exame foi aligeirado, considerados os documentos que tenho sobre a mesa: o Estatuto dos Militares, a Constituição anterior e a atual –, norma abrindo essa exceção que se admite quanto à anterioridade para concorrer a cargo eletivo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: É por isso, Ministro Marco Aurélio, que ele tem de se afastar. Se ele tem menos de dez anos de serviço, ele tem de sair, como o eminente Ministro Carlos Velloso votou, com os adendos trazidos. Quando ele já conta com mais de dez anos, ele fica agregado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, já tenho, inclusive, concepção sobre a matéria, decorrente da minha ciência e consciência.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Quero deixar claro que é impossível ele ter a militância partidária estando nas Forças Armadas. É esse o regramento constitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não sei.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Na verdade, há uma proibição constitucional explícita. Acha-se no art. 142, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 142 (...)
> § 3º (...)
> V – **o militar**, enquanto em serviço ativo, **não pode** estar filiado a partidos políticos;

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Enquanto no serviço ativo?

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sim. Daí a decisão a que se referiu o Ministro Dias Toffoli.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E concorreria, seria elegível, sem a filiação, a levar-se à última consequência essa norma?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É filiação prévia.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O regramento eleitoral estabelece que, quando ele é escolhido em convenção, ele pode se filiar, tanto é que na inicial da impetração disse a parte: "eu fui acolhido pelo Partido dos Trabalhadores". Esse brigadista do Rio Grande do Sul foi acolhido, ele não era do Partido dos Trabalhadores.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não necessariamente pelo Partido dos Trabalhadores.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Falo do caso que está em julgamento. Estou me referindo à impetração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Presidente, o que temos, presente a interpretação sistemática, presente, inclusive, o trato da matéria, considerada a Carta de 1967 e a atual? Na Constituição anterior constatamos três situações distintas: a primeira, e Vossa Excelência enfocou bem isso, é a do militar que tiver menos de cinco anos de serviço, período – Vossa Excelência também sinalizou – alterado pela Carta de 88 para dez, "será, ao se candidatar a cargo eletivo, excluído", é o vocábulo utilizado, "excluído do serviço ativo".

Segunda situação jurídica da Carta Pretérita, dita decaída pelo Ministro Sepúlveda Pertence (art. 145, Constituição Federal de 1967):

> b) o militar em atividade, com cinco ou mais anos de serviço, ao se candidatar a cargo eletivo será afastado, temporariamente, do serviço ativo, e agregado para tratar de interesse particular;

A terceira situação é a de que o militar "não excluído", ou seja, aquele que tinha, à época, mais de "cinco anos", seria afastado "temporariamente", e, se eleito, seria, no ato da diplomação, transferido para a inatividade, nos termos da lei. Inatividade que, de início, tem conteúdo definitivo.

Veio a Carta de 1988, que limitou o trato da matéria a duas situações, afastando, portanto, o preceito da alínea *b*, no que cogitava de afastamento temporário.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, mas agregação é.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Exato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Agregação é afastamento temporário.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Sempre de caráter temporário...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Está definido no Estatuto dos Militares.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Exato, exato, chegarei à mesma conclusão a que Vossa Excelência chegou, e também o Ministro Carlos Velloso, divergindo do Relator, o Ministro Maurício Corrêa. Veio à balha o § 8º, inciso I, do art. 14, dispondo que:

> I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá [aquele que se apresente e que queira concorrer a cargo eletivo] afastar-se da atividade;

Não há restrição ao preceito. Versa o afastamento da atividade, portanto com conteúdo definitivo. No tocante àqueles que contem com "mais de dez anos de serviço", o que ocorre, inicialmente, "será agregado pela autoridade superior", é o primeiro passo, o primeiro estágio para concorrer, enquanto simples candidato. Vem a segunda parte, "se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade."

Vossa Excelência ressaltou que, no caso, tem-se militar que acabou eleito e que, portanto, foi alcançado pela cominação constitucional, ou seja, automaticamente passou à inatividade.

Não há, Presidente, no mandado de segurança, e ele chegou ao Supremo via recurso extraordinário, direito líquido e certo a proteger, ao contrário do que vislumbrou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O que se tem é norma reveladora da inatividade que não é temporária, como ocorria quanto aos que tivessem mais de cinco anos, sob a proteção da Carta de 1967.

Por isso, peço vênia – àquele que já não está entre nós, no Plenário, mas está ainda nesta vida, e continuará estando – a Sua Excelência o relator Ministro Maurício Corrêa para acompanhar o ponto de vista do Ministro Carlos Velloso, agora sufragado pelos integrantes do Tribunal.

Provejo, Presidente, o recurso extraordinário interposto para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e assentar a improcedência do pedido de concessão da ordem.

EXTRATO DA ATA

RE 279.469/RS — Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul (Advogados: PGE-RS – Yassodara Camozzato e outros). Recorrido: Joaldo Afonso Nery (Advogado: Francisco de Paula Bermúdez Guedes).

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de

2003. Presidência, em exercício, do Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 13-5-2004.

Decisão: Colhido o voto-vista do Presidente, Ministro Cezar Peluso, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso, contra o voto do Ministro Maurício Corrêa (Relator). Redigirá o acórdão o Presidente. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Ministro Ayres Britto.

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

Brasília, 16 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 475.551 — PR

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Relatora para o acórdão: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Recorrente: União — Recorrida: Indústria Têxtil Apucarana Ltda.

Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Insumos ou matérias-primas tributados. Saída isenta ou sujeita à alíquota zero. Art. 153, § 3º, inciso II, da Constituição da República. Art. 11 da Lei 9.779/1999. Princípio da não cumulatividade. Direito ao creditamento: inexistência. Recurso extraordinário provido.

1. Direito ao creditamento do montante de Imposto sobre Produtos Industrializados pago na aquisição de insumos ou matérias-primas tributados e utilizados na industrialização de produtos cuja saída do estabelecimento industrial é isenta ou sujeita à alíquota zero.

2. A compensação prevista na Constituição da República, para fins da não cumulatividade, depende do cotejo de valores apurados entre o que foi cobrado na entrada e o que foi devido na saída: o crédito do adquirente se dará em função do montante cobrado do vendedor do insumo e o débito do adquirente existirá quando o produto industrializado é vendido a terceiro, dentro da cadeia produtiva.

3. Embora a isenção e a alíquota zero tenham naturezas jurídicas diferentes, a consequência é a mesma, em razão da desoneração do tributo.

4. O regime constitucional do Imposto sobre Produtos Industrializados determina a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores, esta a substância jurídica do princípio da não cumulatividade, não aperfeiçoada quando não houver produto onerado na saída, pois o ciclo não se completa.

5. Com o advento do art. 11 da Lei 9.779/1999 é que o regime jurídico do Imposto sobre Produtos Industrializados se completou, apenas a partir do início de sua vigência se tendo o direito ao crédito tributário decorrente da aquisição de insumos ou matérias primas tributadas e utilizadas na industrialização de produtos isentos ou submetidos à alíquota zero.

6. Recurso extraordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Menezes Direito. Vencidos os Ministros Cezar Peluso (Relator) e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento, e o Ministro Eros Grau, que lhe dava parcial provimento. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 6 de maio de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconheceu possibilidade de manutenção de créditos decorrentes da aquisição de insumos e matérias-primas tributados, empregados no fabrico de produtos cuja saída é isenta ou tem alíquota zero. A questão, nas palavras da recorrente, cinge-se ao "direito de manter o crédito de IPI quando há aquisição de matéria-prima tributada e a fabricação de bens desonerados do mesmo tributo" (fl. 315). Eis o teor do acórdão impugnado (fl. 294):

> *IPI – Creditamento – Alíquota zero – Compensação.*
>
> Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção.
>
> O art. 11 da Lei n. 9.779/99 permite a utilização do saldo credor do IPI decorrente da **aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem**, aplicados na industrialização, "**inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero**".
>
> O contribuinte pode utilizar seu saldo credor do IPI acumulado a cada trimestre-calendário, na forma disposta nos artigos 73 e 74 da Lei n. 9.460/96, quando não puder compensar com o IPI devido na saída dos produtos por ele industrializados, ainda que a mercadoria final seja isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero (Lei n. 8.383/91, art. 66).
>
> Limitado o direito de compensar os créditos aos últimos 5 anos anteriores à propositura da ação, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

2. Inconformada com a decisão favorável ao contribuinte, aduz a recorrente, em síntese, ter havido:

> (a) aplicação retroativa do art. 11 da Lei 9.779/1999, que reconheceu "o direito aos créditos de IPI quando da aquisição de bens tributados para a fabricação de bens desonerados (isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero)" (fl. 315), pois norma legal anteriormente em vigor[1] determinava a anulação desse crédito;

[1] Lei 4.502/1964, art. 25, § 3º, com redação dada pelo art. 12 da Lei 7.798/1989, e art. 27, § 1º.

b) consequente violação ao art. 5º, inciso XXXVI, que protege o ato jurídico perfeito e que, proibindo a retroação, estabeleceria "eficácia prospectiva às leis" (fl. 316);

c) ofensa ao art. 150, § 6º, já que, antes da Lei 9.779/1999, não havia previsão de cancelamento dos créditos. Entende a recorrente que é "imprescindível a existência de lei para reconhecer o crédito" e, no cenário anterior ao da edição da lei de 1999, existia, na legislação, "determinação de anulação ou estorno do crédito de IPI, em se tratando da produção de bem desonerado (...), motivada pela lei que institui o tributo" (fls. 316-317); e

d) afronta ao art. 153, § 3º, inciso II, pois "o reconhecimento do crédito pela aquisição de bens tributados e industrialização de bens desonerados, à margem de **disposição legal**, ignora que o princípio da não cumulatividade significa apenas que o valor de IPI pago pelo industrial em operação anterior possa ser aproveitado para quitar o débito do mesmo imposto em face da industrialização de novo bem (...). No caso concreto, quando a produção não é sujeita ao IPI (casos em que a saída do estabelecimento se faz com isenção, não tributação ou é beneficiada pela alíquota zero), não há crédito para ser utilizado na operação seguinte".

(Fls. 318-319.)

Requer, diante disso, que se obste a "aplicação retroativa" da Lei 9.779/1999 e se determine a aplicação da "legislação anterior (art. 25, § 3º, da Lei 4.502/1964, com a redação dada pelo art. 12 da Lei nº 7.798/1989), no período em que esteve em vigor (ou seja, até a Lei nº 9.779/99)" (fl. 319).

3. Em contrarrazões, a contribuinte, Indústria Têxtil Apucarana Ltda., sustenta que:

a) não cabe indagar acerca da "retroatividade da Lei nº 9.779/99, art. 11, porque essa lei nada mais fez do que adequar-se ao preceito constitucional (incondicional) da não cumulatividade" (fl. 324);

b) a empresa buscou a prestação jurisdicional precisamente contra a determinação, dada pela legislação anterior, de estorno dos créditos obtidos com a aquisição de insumos tributados "quando empregados na industrialização de produtos isentos ou tributados à alíquota 0%" (fl. 326);

c) o creditamento atende ao princípio da não cumulatividade do IPI, que, "contrariamente ao princípio da não cumulatividade do ICMS, não comporta qualquer limitação por parte do legislador infraconstitucional, pois o direito ao creditamento do IPI, pago na compra de insumos é direito subjetivo do contribuinte, assegurado constitucionalmente e de forma *ampla*, *incondicional* e *irrestrita*." (fls. 326-327); e

d) a publicação da Lei 9.779/1999 resultou da necessidade de adequar a legislação às decisões judiciais e à doutrina. De sua exposição de motivos (item 15), aliás, consta expressamente que "o art. 11 do projeto permite o aproveitamento dos créditos do IPI incidente nas aquisições de matérias-primas, produto intermediário e material de embalagem empregados na industrialização, *inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero*".

(Fl. 334.)

4. O recurso especial, que não fora admitido pelo TRF4 (fls. 336-337), foi analisado pelo STJ em razão do provimento a agravo de instrumento. O Superior

Tribunal de Justiça, contudo, negou provimento ao recurso especial fazendário, em acórdão cuja ementa merece transcrição (fl. 396):

> *Constitucional. Tributário. IPI. Insumos. Isenção. Creditamento. Princípio da não cumulatividade. Lei n. 9.779/99.*
>
> 1. Até que seja totalmente implementada a Reforma Tributária e criado o IVA – Imposto sobre o Valor Agregado (o que ocorrerá somente em 2007), valerá a regra da não cumulatividade, que encontra assento constitucional.
>
> 2. A Lei n. 9.779/99, por força do assento constitucional do princípio da não cumulatividade, tem caráter meramente elucidativo e explicitador. Apresenta nítida feição interpretativa, podendo operar efeitos retroativos para atingir a operações anteriores ao seu advento, em conformidade com o que preceitua o artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, segundo o qual "a lei se aplica a ato ou fato pretérito" sempre que apresentar conteúdo interpretativo.
>
> 3. Se a Lei n. 9.779/99 apenas explicita uma norma constitucional que é auto-aplicável (princípio da não cumulatividade) não há razão lógica, nem jurídica, que justifique tratamento diferenciado entre situações fáticas absolutamente idênticas, só porque concretizada uma antes e outra depois da lei.
>
> 4. Recurso especial improvido.

5. Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário, em parecer assim ementado:

> Constitucional e tributário. IPI incidente sobre insumos empregados no ramo da indústria (...), tributados à alíquota zero na saída da indústria. Creditamento extemporâneo. Impossibilidade. Sem demonstrar que suportou os ônus financeiros da tributação, o contribuinte não tem direito de aproveitar os créditos relativos aos pagamentos efetuados antes da edição da lei específica (Lei n. 9.799/99), que, atendendo a exigência de preceito constitucional (art. 150, § 6º), passou a regulamentar a concessão dos créditos presumidos nas respectivas operações. Parecer recomendando o conhecimento e provimento do recurso interposto pela Fazenda Nacional. (Fl. 404.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator):

I – Particularidades do caso: entradas tributadas e saídas desoneradas.

1. Antes de considerar a questão sobre direito à manutenção de créditos de IPI, obtidos na aquisição de insumos tributados, empregados na fabricação de produtos desonerados, cumpre advertir que a matéria deste recurso é de todo diversa daquela que constituiu objeto do **RE 353.657** e do **RE 370.682**, embora guardem ambas relação de complementaridade.

Cuidava-se ali da questão da existência de crédito presumido, decorrente da aquisição de produtos não tributados ou sujeitos à alíquota zero, com subsequente venda de produto tributado. Aqui, está em jogo situação oposta, caracterizada por aquisição de insumos **tributados**, empregados na fabricação de

produtos desonerados. Ou seja, debate-se, no caso, a questão da desoneração de IPI na saída e dos seus efeitos sobre a manutenção dos créditos, reais e não fictos, obtidos nas aquisições tributadas.

2. Ao comentar a radical mudança operada da Corte no precedente sobre aquisições desoneradas, **Marciano Seabra de Godoi** faz útil síntese da posição que acabou prevalecendo:

> O Relator do RE n. 353.657, Ministro Marco Aurélio (...) posicionou-se em sentido radicalmente oposto ao decidido pela maioria no Pleno no RE 350.446 (...). Três argumentos do Ministro Ilmar Galvão foram expressamente acolhidos no voto do Ministro Marco Aurélio: o argumento de que **só pode existir crédito se na operação anterior houver algum "valor cobrado pelo fisco"** (p. 9 do voto); o argumento de que **o Judiciário não pode inovar** a ordem jurídica determinando a aplicação, para cálculo do crédito presumido, de uma alíquota relativa a outra operação (p. 10 do voto); e finalmente o argumento de que as figuras de alíquota zero e do produto não tributado "estão direcionadas **não ao benefício do contribuinte** de fato (...) **mas do adquirente** de certo insumo indispensável à fabricação, que fica, nessa fase, desonerada do produto. (...) O argumento novo é o de que o entendimento anterior do STF leva a uma espécie de "seletividade às avessas". (...) O voto do Ministro Gilmar Mendes pôs bastante ênfase na nova situação criada pelo advento do art. 11 da Lei 9.779 (...) Como o adquirente do insumo não "herda" qualquer ônus tributário passado, a regra da não cumulatividade já estaria cumprida pela norma do art. 11 da Lei 9.779. O Ministro Gilmar Mendes também criticou os efeitos da "seletividade invertida" que seriam atingidos caso se garantisse **o crédito presumido calculado pela alíquota do produto final** (...), citando o exemplo do produtor de um cosmético que, sobre a compra do insumo "formol" (alíquota zero), iria escriturar um crédito presumido muito maior do que o crédito que caberia ao produtor que adquirisse o mesmo formol para fabricar medicamentos essenciais. (...) O Ministro Gilmar Mendes defendeu que a Constituição não determina que a alíquota zero, prevista para um insumo do qual se fazem diversos produtos finais, reduza necessariamente a carga tributária de todos esses produtos finais, independente de sua essencialidade. (...) Também retomou o argumento (...) de que o Judiciário **não pode inovar a ordem jurídica** determinando a aplicação, para cálculo do crédito presumido, de uma alíquota relativa a outra operação e mercadoria. Também houve acolhimento expresso (...) da impossibilidade de o industrial pleitear o crédito presumido em função da natureza indireta do IPI, cujo **ônus econômico é suportado pelo consumidor final**.[2]

3. Percebe-se, logo, que muitos dos argumentos agitados contra o creditamento presumido, no caso de entradas desoneradas, não se aplicam à discussão sobre saídas desoneradas, pois seria, doutro modo, ilógico qualquer esboço de argumentação. Seria, nesse sentido, incoerente debater, neste caso:

(i) a exigência de lei específica e exclusiva para concessão de crédito **presumido**. A invocação, feita pela Fazenda Nacional e referendada pelo Ministério Público Federal, do art. 150, § 6º, da Constituição da República, é de toda

---

[2] *Questões atuais do direito tributário na jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 124-126. Grifos nossos.

impertinência. Aí onde a Constituição cuida, textualmente, de "concessão de crédito presumido", a União não se dá conta de que, na hipótese vertente, o crédito nada tem de presumido ou fictício, pois é gerado de aquisição regularmente tributada. Perde sentido, pois, toda discussão sobre a natureza dos créditos, em se tratando, aqui, de créditos reais, a que faz jus o adquirente por conta de tributos incidentes na etapa anterior;

(ii) está presente aqui a premissa, segundo a qual só haveria crédito, se, na operação prévia, tivesse ocorrido cobrança de tributo, ou seja, se se tivesse verificado algum "valor anteriormente recolhido."[3] E está-o como consectário da sistemática da não cumulatividade e da própria jurisprudência da Corte, aliás desfavorável ao contribuinte, sobre aquisições desoneradas: incidindo imposto na etapa anterior, é automático o nascimento consequente do respectivo crédito;

(iii) o argumento de inexistência de alíquota referencial de entrada para compensação, que se invocou no caso das entradas desoneradas, é, nesta hipótese, exorbitante, porque se conhece a precisa alíquota do imposto que incidiu na operação anterior. O Ministro **Gilmar Mendes** aduzia ao propósito: "caso prevaleça a tese da União, [um aspecto a considerar é] a ausência de alíquota a definir o tributo que supostamente constituiria um crédito para a etapa posterior (...). Não temos, no âmbito da alíquota zero, por evidente, uma alíquota que sirva de referencial para a compensação." Tal afirmação, que, com o devido respeito, já era então discutível, tornar-se-ia aqui disparate ante a evidência de que as aquisições tributadas têm alíquota expressa e unívoca, destacada na nota de entrada;

(iv) não há excogitar, portanto, o argumento *ad consequentiam* referente à chamada "seletividade às avessas", pois não está o Tribunal, neste caso, na injunção de conferir "garantia de crédito presumido na entrada do insumo sujeito à alíquota zero utilizando-se a alíquota do **produto acabado [final]** tributado".[4] Negar creditamento à conta de entradas anteriores, na situação de saídas beneficiadas por incentivo, só prejudicaria a seletividade mesma, onerando, não sem grave ofensa à não cumulatividade, precisamente os produtos tidos, digamos assim, por mais essenciais;

(v) diante da existência de alíquota definida, afasta-se, ainda, o problema relativo a eventual atuação do Supremo como legislador "positivo", na medida em que não há como nem por onde arguir, na espécie, que a Corte aqui estaria a "inovar na ordem jurídica determinando a aplicação, para cálculo do crédito presumido, de uma alíquota relativa a outra operação e a outra mercadoria;"[5]

(vi) a tese de que a desoneração fiscal teria por escopo beneficiar o adquirente de certas matérias-primas e insumos, não o consumidor em si, perde a pouca força

---

[3] Argumento da Fazenda mencionado, por exemplo, no voto do Ministro *Ricardo Lewandowski* no *RE 370.682*.

[4] GODOI, Marciano Seabra de. Op. cit., p. 124.

[5] Idem, p. 126.

que tinha na origem: o benefício, aqui, é dado na saída do produto, precisamente para beneficiar os intervenientes situados a jusante da cadeia produtiva; e

(vii) exigir do contribuinte prova de que "suportou os encargos do pagamento do imposto" (fl. 409), como condição para que faça jus ao crédito, como propõe a Procuradoria-Geral da República, é, *data venia*, confundir institutos jurídicos absolutamente distintos. É que a transferência do ônus do tributo para o consumidor final, à luz da previsão do art. 166 do CTN, diz apenas com a repetição de indébito tributário. E, como consignei no julgamento do RE 370.682, "não se trata de repetição de indébito (...). Reconhecido o direito ao crédito, este será usado para abater o valor do IPI devido pelo sistema exigido pela não cumulatividade". O que se pleiteia é o direito, de matriz constitucional, à manutenção e ao uso do crédito de IPI, donde a conclusão óbvia de que se não está diante de hipótese de repetição de indébito tributário, donde não caber aplicação do art. 166 do CTN.

II – Requisitos para geração e aproveitamento de créditos de IPI.

4. Perante esse conjunto de elementos pré-excluídos do debate da causa, vê-se, logo, que sua solução é muito mais simples que a dos precedentes sobre desoneração na entrada. A dessemelhança das hipóteses é apreciável e, como tal, pede tratamento distinto.

Já a princípio, é mister assentar que o nascimento do crédito na entrada não está sujeito ou subordinado à realização do fato gerador tributado (débito efetivo) na saída. Eis o que, a respeito, nota **José Eduardo Soares de Melo**:

> a) o crédito nasce de operações anteriores relativas à aquisição de bens necessários e utilizáveis pelo industrial, direta ou indiretamente, na fabricação dos produtos (...);
>
> b) o débito nasce da realização de negócio jurídico, tendo por objeto produto industrializado pelo próprio contribuinte, devidamente quantificado.
>
> Crédito e débito concernem a **categorias jurídicas distintas** que implicam relações independentes, nas quais devedor e credor se alternam. Na primeira, a União é credora e o industrial devedor, enquanto na segunda as posições se invertem, **submetendo-se a princípios, critérios e regras distintas**.[6]

Isso significa que o direito ao crédito pelos insumos entrados no estabelecimento industrial não se subordina nem vincula a saída tributada. O contribuinte faz jus ao crédito, por força da só aquisição de insumos tributados, embora dependa, para dele fruir, da realização de operação integrante da classe típica de incidência do IPI, conquanto não necessariamente tributada pelo IPI, e este é o ponto crucial da causa.

Basta que a empresa, cujas saídas sejam exoneradas, realize operações com produtos industrializados (art. 153, inciso IV, da CF), para que se lhe assegure o creditamento relativo às aquisições, pouco se dando a modalidade do tratamento

---

[6] Limites constitucionais face à legislação ordinária. In: *O princípio da não cumulatividade* (Pesquisas Tributárias: Nova Série). Coord. Ives Gandra Martins. São Paulo: RT/CEU, 2004. p. 201-202.

normativo-tributário reservado às vendas, isto é, tributação, não tributação, alíquota zero ou isenção.

O instituto do crédito do IPI deve, ademais, analisado à luz de duas subcategorias unidas por liame indissolúvel: a **geração** de créditos e seu **aproveitamento**. Cuida-se de dois momentos distintos no tempo, mas indissociáveis na essência, porque guardam relação finalística e instrumental: o crédito nasce para ser aproveitado! A Constituição estaria a hospedar princípio absurdo, se previsse direito de crédito sem possibilidade de exercício. O sistema de não cumulatividade tem por fundamento a compensabilidade entre créditos e débitos de imposto, gerados, respectivamente, na entrada e na saída dos *inputs* e *outputs*.[7]

Porque não é sistema de tributação de valor agregado *stricto sensu*[8] – em que se tributa o diferencial de valor acrescido ao produto por agente da cadeia produtiva –, não se pode condicionar ou subordinar a geração de créditos ao que suceda do ponto de vista fiscal em momento posterior, i.e., saída **onerada** ou **desonerada**, sob pena de comprometimento da sistemática adotada no texto constitucional. Não se tributa um "delta" ou diferencial que se adiciona,[9] mas a operação de venda do produto industrializado. Em nada é relevante, para fins de geração e gozo dos créditos, a previsão de eventuais desonerações ou benefícios (como alíquota zero, não tributação, isenção) na saída do produto. Nem se alegue que, desonerada a saída, a entrada não poderia gerar créditos, que isso fora verdadeira *petitio principii*.

O que decide não é o pagamento de tributo na operação de saída, mas a própria operação de venda do produto industrializado, considerada em si mesma, seja tributada ou não. Satisfeita essa premissa, o que se admite, ou, antes, o que se impõe, é o abatimento do montante de imposto já suportado nas operações anteriores.

Está aí a essência da não cumulatividade no IPI. Sua "finalidade está na divisão ou distribuição do impacto financeiro do tributo entre os diversos elos da cadeia produtiva, de modo que a tributação total (oneração) seja equivalente ao resultado da aplicação da alíquota sobre o preço final do produto (ao consumidor). Noutras palavras, é a exclusão da incidência, em cascata, do tributo que oneraria o produto final mediante acréscimo do imposto nas diversas etapas da cadeia produtiva".[10] Permitir o acúmulo de créditos por conta de saída desonerada equivaleria a converter um sistema concebido para evitar cumulação em algo totalmente cumulativo.

---

[7] Tanto assim é que, se todo produto industrializado for vendido ao preço de aquisição, haverá incidência do tributo, embora seja integralmente compensado, porque os débitos serão iguais aos créditos.

[8] Como bem advertiu o Ministro *Ricardo Lewandowski*, em seu voto no *RE 562.980.*

[9] Tanto assim que, se todo produto industrializado por uma empresa for vendido a preço de custo, haverá incidência do tributo, embora ele seja integralmente compensado (porque os débitos serão iguais aos créditos).

[10] Como afirmei em meu voto no *RE 353.657*.

5. Consideremos um exemplo grosseiro da cumulatividade que decorreria da tese da recorrente. Imagine-se que a empresa B compre insumos da indústria A por R$ 1.000,00, dos quais 10% correspondem ao IPI (R$ 100,00, supondo-se alíquota de 10%). Ato seguinte, a empresa B industrializa produto e vende-o à indústria C por R$ 2.000,00, com saída desonerada. Caso não se lhe reconheça direito a creditamento dos R$ 100,00, a empresa B terá assumido como custo próprio o montante de tributos embutido nas incidências anteriores. Seu custo efetivo será de R$ 1.000,00, e não de R$ 900,00, como deve ser, caso se lhe reconheça o direito constitucional ao crédito. Esse aumento de custo terá efeito econômico cumulativo e deletério, sobretudo se a desoneração recair no meio da cadeia produtiva. Suponha-se agora que a empresa C venda o produto, adquirido ao custo de R$ 2.000,00, por R$ 3.000,00. Não terá, segundo a jurisprudência do tribunal, a meu entender equivocada, como então sustentei, direito a crédito dito "presumido". Pagará R$ 2.000,00 pelos insumos e de nada se creditará ao vender o produto por R$ 3.000,00 (dos quais **R$ 300,00** correspondem a impostos). Nessa hipótese, o total dos tributos que incidiram, mas não podem ser compensados, é de R$ 100,00 da primeira operação, **mais** R$ 300,00 da última, montando a **R$ 400,00**, que é valor superior ao que resultaria da aplicação da alíquota final sobre a última venda e que corresponderia a R$ 300,00!

Por outro lado, reverenciando-se a técnica constitucional da não cumulatividade, o quadro será o seguinte: o industrial **B** poderá creditar-se dos **R$ 100,00** por conta do insumo que comprou. O crédito poderá ser usado para outros fins, nos termos legais, mas, ao receber destinação economicamente aproveitável, deixará de sobrecarregar o peso tributário da cadeia produtiva. Embora não tenha formalmente imposto a pagar pela venda, o industrial realizou a operação típica de incidência teórica do IPI e poderá creditar-se dos **R$ 100,00** incidentes sobre a aquisição. É que, restando-lhe meios legais para usar tais créditos – como para pagamento de outros tributos, por exemplo –, assegurada estará a não cumulatividade. Seu custo efetivo será de R$ 900,00, e já não de R$ 1.000,00. Na etapa posterior, o industrial B venderá o produto à empresa C, com desoneração (sem nenhum imposto), por R$ 2.000,00. A empresa C, de acordo com a desfavorável jurisprudência da Corte, não poderá creditar-se de nada. Ao vender o bem industrializado por R$ 3.000,00, sobre o qual incidiram 10% de IPI (ou seja, **R$ 300,00**), arcará com o custo da exoneração da etapa anterior, porque adicionou R$ 1.000,00 de valor, mas recolherá tributo sobre o total da venda. Mas esse problema, que é só de cunho econômico, em nada resvala na cumulatividade da situação anterior. Afinal, o impacto tributário efetivo sobre a cadeia produtiva, assegurado o creditamento de R$ 100,00, é de apenas R$ 300,00, que, não surpreendentemente, constituem o exato valor da aplicação da alíquota (10%) sobre o preço final (R$ 3.000,00)!

Este é exemplo, matemático e irrefutável, de como atua o regime da não cumulatividade, a cujo respeito se diz: "a consequência principal da não cumulatividade, que dá a nota diferencial e específica de tais tributos, é o fato de que, quando bem aplicada a técnica, o montante total do tributo incidente relativamente a certa

mercadoria ou produto corresponderá necessariamente ao apurado mediante **aplicação da alíquota final** à base de cálculo correspondente ao **preço final de venda, na última fase tributada** (geralmente aquela praticada junto ao consumidor), independentemente do número de operações intermediárias".[11]

6. Retomando o raciocínio, vê-se que há, entre a aquisição da matéria-prima e a venda final, certo intervalo que não pode ser ignorado. **Sacha Calmon Navarro Coelho** capta com clareza tal peculiaridade, ao notar:

> Tanto o ICMS quanto o IPI foram estruturados não para a prática da não cumulatividade *por produto* (em cada operação), mas por *períodos de tempo*, frequentemente 30 dias. Assim sendo, durante o mês os contribuintes contabilizam "entradas" e "saídas". As entradas geram "créditos", as saídas geram "débitos". Abatendo dos débitos os créditos, alcança-se, ao fim do período, o *imposto devido*. Se houver mais créditos que débitos, *não há imposto a pagar, senão crédito* a transferir para o mês seguinte.[12]

Esse interregno, despendido no processo de transformação produtiva e na estocagem de produtos acabados, tem relevantes efeitos do ponto de vista fiscal. A saída do produto industrializado do estabelecimento industrial ou equiparado, enquanto operação compreendida na categoria daquelas sujeitas a incidência teórica de IPI, é elemento que autoriza a *utilização* dos créditos já acumulados, tanto quanto o autoriza a regra legal que permite compensação dos créditos com outros tributos administrados pela Receita Federal. Trata-se de simples fato jurídico capaz de desencadear a fruição de um direito previamente adquirido, mediante aproveitamento de valor já integrado ao patrimônio jurídico-financeiro do contribuinte.

Faria sentido, no entanto, que o ordenamento conferisse, no sistema, tal direito subjetivo, sem garantir-lhe meio de exercício? Evidente que não. É inconcebível atribuir à lei a garantia desse direito, pois a lei apenas deve assegurar forma de aproveitamento dos créditos, para que possa o contribuinte *utilizar* – no sentido etimológico da palavra – os créditos que de outro modo se lhe acumulariam inutilmente no patrimônio jurídico. Em qualquer circunstância, é inegável o direito ao crédito, bem como ao seu aproveitamento, quando, independentemente do respectivo tratamento tributário, haja operações de saída que envolvam produtos industrializados.

A própria concepção dogmática do instituto da não cumulatividade torna claro que, tendo havido pagamento de tributo na entrada dos insumos e de material similar, não há lugar para dúvida sobre o nascimento dos créditos oriundos dessa operação ou operações: "somente a compensação total dos impostos **pagos na**

---

[11] FERRAZ, Roberto. Não cumulatividade do PIS (Lei 10.637) e da Cofins (10.833). In: *O princípio da não cumulatividade* (Pesquisas Tributárias: Nova Série). Coord. Ives Gandra Martins. São Paulo: RT/CEU, 2004. p. 452.

[12] *Curso de direito tributário brasileiro.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 365.

aquisição de insumos, produtos intermediários (...) possibilita a não cumulação, a competitividade nos preços e a desoneração total do produtor ou comerciante".[13]

Se a empresa comprou matéria-prima, com incidência do IPI, industrializou o produto final, mas não o vendeu, ou, por hipótese, vendeu apenas décima parte da produção, isso não implica que perde o crédito adquirido em razão da compra. Tampouco o perde, se vende produtos industrializados desonerados. Não se lhe pode negar, em nenhum caso, direito, de raiz constitucional, ao crédito, que será compensado, na forma da legislação vigente – lei futura pode até admitir negociação e venda dos créditos a terceiros, por exemplo. A lei só não tem competência para, à margem da norma constitucional, vedar a própria formação de créditos ou deixar de prever alguma forma para sua fruição.

Apenas uma limitação é concebível ao propósito. A empresa não pode utilizar o crédito, de cujo direito já se tornou titular, até que promova saída da produção, realizando operação característica do regime de IPI, quando uma de duas situações pode configurar-se: (a) empregará o crédito que acumulou para abater do imposto devido na saída, o que se dá ordinariamente, porque a tributação na saída é a regra; ou (b), havendo desoneração na saída, como no sucede no caso, poderá compensá-lo com outros tributos,[14] cedê-los a terceiros – hipótese de *lege ferenda*, mas, em tese, compatível com a vigente ordem constitucional –, ou *utilizá-los* outra maneira, consentânea com o princípio da não cumulatividade.

Em nenhuma hipótese, porém, pode ser condenada a *acumulá-los* inútil e indefinidamente. Menos ainda poderá ser compelida a *abdicar* os créditos, nem a suportar-lhes *anulação* prática, já que nasceram de imposição constitucional. Noutras palavras, nenhuma empresa industrial pode ser forçada a acumular créditos sem propósito, nem privada desse como direito-dever, que decorre da aquisição de insumos e o obriga a abater aqueles em eventual operação sujeita à incidência do IPI.

Fica claro, portanto, que, a despeito da distinção conceitual e técnica entre *geração* de créditos, no primeiro momento da aquisição de insumos tributados, e sua fruição em momento ulterior, substanciada, via de regra, no abatimento do valor de tributos por recolher, a desoneração da saída não se propõe nunca como óbice ao total aproveitamento dos créditos adquiridos pelo contribuinte.

III – Natureza exclusivamente constitucional da não cumulatividade.

7. A Lei 9.799/1999, acertada, mas expletivamente, permitiu o aproveitamento do crédito acumulado, mediante compensação. Mas, ainda que o não tivesse feito, não traria repercussão sobre o momento anterior, o da geração dos

---

[13] COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel A. M. ICMS – não cumulatividade e temas afins. In: *O princípio da não cumulatividade* (Pesquisas Tributárias: Nova Série). Coord. Ives Gandra Martins. São Paulo: RT/CEU, 2004. p. 113.

[14] Aqui, sim, nos termos da legislação infraconstitucional em vigor, a Lei 9.779/1999, no art. 11, prevê que o crédito não compensado com o próprio IPI devido na saída "poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei 9.430, de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal – SRF, do Ministério da Fazenda".

créditos, nem retiraria o ônus do legislador de prever meios para a fruição dos valores correlatos.

O que releva é só que se dê operação típica de IPI, bastando à fruição dos créditos que a empresa realize – peço vênia por tamanha obviedade – operação com produto industrializado. Esse é o cerne da norma constitucional que autoriza a instituição do imposto (art. 153, inciso IV), independentemente do tratamento tributário que a lei reserve à saída. Afinal, a não cumulatividade exige a "possibilidade de manutenção dos créditos tributários, decorrentes da aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, **independentemente da forma de tributação a incidir no resultado do processo produtivo**."[15]

Nisto insiste **José Eduardo Soares de Melo**:

> A dicção constitucional **não impõe** que o crédito esteja vinculado a um determinado bem adquirido, e só possa ser **mantido se o produto final** (em que tenha sido utilizado, integrado ou participado) for **tributado**, também gerando **débito de IPI**. (...)
>
> No momento em que é realizada a operação [anterior, de aquisição] é que nasce o direito constitucional ao crédito, que **não pode sofrer deformações** de qualquer natureza, **nem se condicionar** ao tipo de operação que futuramente seja realizada.[16]

8. Exponho agora as razões pelas quais entendo que nenhuma espécie desonerativa[17] pode ensejar anulação dos créditos provenientes de entradas tributadas.

---

[15] FERNANDES, Rodrigo de A. *Do creditamento de IPI quando a saída seja isenta ou não tributada.* In: *Revista de Estudos Tributários*, n. 35, jan.-fev. 2004.

[16] Princípio da não cumulatividade tributária. Limites constitucionais face à legislação ordinária. In: *O princípio da não cumulatividade* (Pesquisas Tributárias: Nova Série). Coord. Ives Gandra Martins. São Paulo: RT/CEU, 2004. p. 203. Grifos nossos.

[17] "Inexistindo exceção ao direito de crédito de IPI, é fácil concluir que afronta o Texto Maior a regra (...) segundo a qual o contribuinte está obrigado a estornar o crédito de IPI relativo a insumos utilizados na fabricação de produto cuja saída não seja tributada pelo referido imposto. Ora, a classificação de produtos nas categorias isentos, não tributados ou tributados à alíquota zero, decorre de prática infraconstitucional, voltada a atender ao princípio da seletividade, regra matriz do imposto federal em comento. Para a Carta Magna, no entanto, nada diz a classificação imposta por normas que lhe são hierarquicamente inferiores. A não cumulatividade é princípio, norma cogente, que colore todas as operações em que ocorre a incidência do imposto sobre produtos industrializados, nada distinguindo tratar-se de produto classificado no campo da *isenção*, da *não tributação* ou da *tributação em alíquota zero*. Se, de um lado, a classificação em distintos códigos visa a facilitar o exercício do princípio constitucional da seletividade, não se pode admitir, por outro, que tal distinção classificatória venha a ser utilizada para impedir a aplicação do princípio da não cumulatividade. Isso porque, lembra *Paulo de Barros Carvalho*, 'a norma isentiva tem objetivo determinado: mutilar, parcialmente, a regra-matriz de incidência tributária. Daí porque não alcançar a estrutura da regra-matriz de direito ao crédito. Entre os efeitos produzidos pela regra de isenção não se encontra qualquer detrimento à norma jurídica que regula o direito ao crédito'. (...) De grande valia o alerta do saudoso *Geraldo Ataliba*, com o seguinte conteúdo: 'Não é lícito extrair nenhuma inferência lógico-sistemática do Texto Magno, no sentido de vincular – considerando a natureza específica dos bens – os objetos das operações anteriores e atuais. Essa pretendida vinculação por espécie e natureza dos bens, nada mais é que mera projeção de preconceitos e preocupações econômicas, na esfera independente e autônoma do jurídico. Resulta daí, a patente inconstitucionalidade de dispositivos de leis

Na saída com **isenção** ou **alíquota zero**, é manifesta a ocorrência de operação típica de IPI. Em ambas, dá-se venda de produto industrializado, mas, por técnicas diferentes, não há imposto por pagar. "É evidente que, em relação à não cumulatividade, assim a isenção, como a alíquota zero produzem o mesmíssimo efeito jurídico e prático, não se justificando, pois, a ideia de tratamentos diferenciados."[18] Ademais, a supressão de algum aspecto da regra-matriz da incidência ou a nulificação do elemento quantitativo não subtraem a operação concreta à categoria das ações em tese submissas à incidência do IPI.

Dá-se o mesmo em quase todas as hipóteses de **não tributação**, que se manifesta de maneiras distintas.[19] Valho-me, no particular, de considerações que expendi no julgamento do **RE 353.657**:

> Em relação aos produtos "não tributados", embora o resultado prático seja o mesmo (= não pagamento do tributo), cumpre identificar e distinguir três situações teóricas possíveis:
>
> i) produtos não tributados (N/T) por **ausência de competência** tributária (imunidade ou ausência de competência por **exclusão lógico-residual** da norma atributiva);
>
> ii) produtos não tributados (N/T) por **não estarem incluídos na lei** que fixa o âmbito de incidência, mas estarem incluídos no da competência;
>
> iii) produtos não tributados (N/T) por **expressa disposição legal** (dentro do âmbito de competência e dentro do âmbito de incidência).
>
> Estas duas últimas situações (ii e iii) equiparam-se às da isenção e da alíquota zero por subtraírem à regra-matriz de incidência determinado aspecto, no caso, o material (o fato gerador), podendo ser adotadas pelo Poder Legislativo como instrumento de política fiscal. Por estarem no âmbito de competência do tributo, permitem a incidência da norma da não cumulatividade e autorizam o contribuinte a creditar-se do valor relativo à aquisição de produto, atendendo à finalidade inerente à mesma norma.
>
> Já em relação ao primeiro exemplo (não tributação por ausência de competência), a regra da não cumulatividade não enseja direito a crédito, porque alheio ao ciclo econômico tomado como pressuposto de fato do imposto (não se trata de produto industrializado). Não há direito a crédito, porque se cuida de bem (mercadoria ou produto) que não pertence ao universo factual pressuposto à disciplina do Imposto sobre Produtos Industrializados.

---

ordinárias, ou de decretos que – em casos de operação atual isenta, imune ou por qualquer modo não tributada – determinam o chamado 'estorno' de créditos relativos às mercadorias ou produtos objeto dessa operação (não tributada)." PIERDONÁ, Marcelo A. *A possibilidade de creditamento pleno de IPI sem as limitações impostas pela INSRF 33/99* – previsão constitucional. In: *Revista de Estudos Tributários,* n. 15, set.-out. 2000. p. 32.

[18] Como afirmei em meu voto no RE 363.657.

[19] Também aceita divisão tripartite, semelhante à nossa, o Ministro *Gilmar Mendes*, que, no julgamento do *RE 370.682*, distinguiu as seguintes situações de não tributação: "*imunidade constitucional (...), produtos em que não há notoriamente processo de industrialização e aqueles não tributados por uma opção do legislador*" (g.n.).

Aprofundando tais afirmações, estou em que o verdadeiro fator desencadeante da regra da não cumulatividade não é a competência *stricto sensu*, mas a existência do "pressuposto de fato legitimador da competência para instituição do IPI" e que é a "existência de um produto industrializado (art. 153, IV, da CF)".

Reconheço, daí, que há funda diferença entre **imunidade** e **falta de competência por exclusão lógico-residual**. No primeiro caso, é induvidosa ocorrência do pressuposto de fato! Deve-se cindir a categoria "i", a que me referi, em duas classes distintas: (*i.a*) nas situações **imunes**, a operação com produto industrializado ocorre, a despeito da norma de incompetência veiculada pela imunidade. Opção constitucional expressa, a norma imunizante que prevê a não tributação tem por finalidade o estabelecimento de benefício fiscal que seria frustrado se fora negado direito ao creditamento.[20] Somente na segunda hipótese (*i.b*), de **exclusão lógico-residual**, em que não se cuida de operação com produto industrializado, é que quadra cogitar de fato "alheio ao ciclo econômico tomado como pressuposto de fato do imposto ([pois] não se trata de produto industrializado). Não há direito a crédito, porque se cuida de bem (mercadoria ou produto) que não pertence ao universo factual pressuposto à disciplina do Imposto sobre Produtos Industrializados".

Logo, suposto retire a competência para instituição de IPI sobre certa situação ou posição jurídica, a imunidade não elide a existência do pressuposto de fato do tributo, cuja presença invoca a não cumulatividade. Essa situação, aliada a uma interpretação teleológica e sistemática – razão de ser das imunidades perante o princípio da não cumulatividade –, permite discernir as duas espécies de não tributação por incompetência: uma, de imunidade, autoriza a manutenção dos créditos pelas entradas, que só podem ser anulados na outra, e exclusivíssima, hipótese de falta de competência por exclusão lógico-residual, ou seja, nos casos em que se não realizem operações com produtos industrializados.

Assim, deve-se garantir sempre o aproveitamento de créditos na isenção, na não incidência, na alíquota zero e, também, na não tributação, salvo nos casos restritos que não envolvam produtos industrializados, porque seu estorno, anulação ou não aproveitamento tornariam o imposto cumulativo, como penso haver demonstrado.

Reitero que somente numa hipótese poderia haver vedação ao aproveitamento de créditos: na saída de produtos não tributados pelo IPI em razão de sua própria natureza, i. é, saída de produtos **não industrializados**, onde é perceptível a inviabilidade de fruição dos créditos. Aliás, é curioso notar que esse tipo

---

[20] Ademais, fora de dúvida que, tanto quanto a regra imunizante, "o direito ao crédito já se encontra previsto na própria Constituição, dentro do núcleo significativo da regra de não cumulatividade" (como afirmei no *RE 353.657*). Ora, a regra que impõe o creditamento, de estatura normativa idêntica à da imunidade, não comporta exceção e *não* prevê anulação dos créditos em nenhuma das espécies desonerativas: imunidade, não tributação, alíquota zero, isenção ou não incidência (diversamente do que se verifica com o ICMS, em relação às duas últimas figuras). Logo, não podem a lei nem a jurisprudência, em aberta ofensa à Constituição, determinar a perda dos créditos decorrentes das aquisições tributadas.

de operação não ensejaria fruição dos créditos de IPI nem sequer com saídas tributadas,[21] porque referentes a produtos alheios ao ciclo produtivo industrial.

A conclusão prática é que, **qualquer que seja a espécie desonerativa** que beneficie a saída (à exceção da não tributação por ausência de competência, na subespécie exclusão lógico-residual), asseguradas estarão sempre a subsistência e fruição dos créditos, desde que a empresa adquirente dos insumos tributados realize operações com produtos industrializados (art. 153, inciso IV, da CF).

9. Diante deste já longo discurso, é necessário reconhecer que, embora incorporando fundamentação imperfeita, na medida em que subordina parcialmente a manutenção dos créditos à legislação infraconstitucional, o *dispositivo* do acórdão ajusta-se à mais acertada interpretação da Constituição Tributária: aquela que reconhece, **no próprio texto constitucional**, a presença declarada, que não comporta nenhuma exceção (pressuposta a ocorrência de operação com produto industrializado), do princípio da não cumulatividade em matéria de IPI. Colho aqui, mais uma vez, a opinião irrefutável de **Soares de Melo**:

> A Constituição Federal não estabelece **nenhuma restrição** ao direito de crédito, **não havendo embasamento** na legislação ordinária que determina a anulação dos créditos a anulação dos créditos do IPI em diversas situações (RIPI/02, art. 93), como no caso de industrialização de produtos isentos (...).[22]

Geração e utilização de créditos derivam, pois, diretamente da Constituição da República, que agasalha, no ponto, norma de eficácia plena e incidência imediata, a todos oponível. Este juízo singelo bastaria para arredar, de plano, qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do creditamento de IPI, perante desoneração quer a montante, quer a jusante (como se tem na espécie) do ciclo produtivo.

Insisto num ponto que defendi no debate sobre entradas desoneradas, mas que convém ao caso: não se pode interpretar a Constituição à luz de normas subalternas. O Min. **Gilmar Mendes** já advertira, noutro julgamento célebre,[23] para o risco dessa impropriedade hermenêutica, ao afirmar que não se pode tomar elemento da lei como "parâmetro de controle", ou seja, é vedado fazer "uma interpretação da Constituição segundo a lei". Não obstante, com a vênia devida, ao votar no julgamento do **RE 370.682**, incorreu nesse mesmo deslize hermenêutico, por haver subordinado a previsão constitucional de aproveitamento de créditos ao teor da lei. Por isso, prestando homenagem à coerência, reitero: é claro equívoco usar "a Lei 9.779/1999 (...) como critério de revelação do alcance constitucional da cláusula da não cumulatividade, o que inverte toda a hierarquia normativa. Revogada a lei, a Constituição passaria a ter outra interpretação?"[24] Essa observação vale tanto para

---

[21] Exceto, é óbvio, pela via indireta da "compensação com outros tributos", em que outras exações incidentes sobre tais mercadorias não industriais poderiam ser abatidas com os créditos de IPI previamente conquistados.

[22] Op. cit., p. 202.

[23] *RE 357.950* (Rel. Min. *Marco Aurélio*, *DJ* de 15-8-2006), p. 145 do inteiro teor do acórdão.

[24] *RE 370.682* (Rel. p/ o ac. Min. *Gilmar Mendes*, *DJ* de 19-12-2007), p. 439 do inteiro teor.

desoneração na entrada, quanto na saída, embora esta conte, ainda, com diversos argumentos adicionais, exposto ao longo do voto, para a subsistência dos créditos auferidos pelas aquisições oneradas.

A conclusão de que o direito ao creditamento tem raiz e natureza constitucional, já a tirara o saudoso **Geraldo Ataliba**:

> A Constituição dá; só a Constituição poderia tirar créditos. É inválida e nula toda a disposição infraconstitucional que retire, reduza, condicione ou exclua crédito de IPI ou ICMS. Resulta absolutamente inquestionável que:
>
> a) **a compensação (e, pois, o direito de crédito) é constitucional**, e, portanto, não pode ser alterada pela lei, em detrimento de seu beneficiário, o contribuinte;
>
> b) **não há caso de operação não geradora de crédito de IPI.**
>
> (...) Se o constituinte tratou de modo categórico a matéria, não pode o intérprete entender que formulou **mera sugestão**. Se foi taxativo (excepcionou dois casos só relativamente ao ICMS) não se pode estender que autorizou o legislador a ampliar esses casos, nem estendê-los ao IPI (...).
>
> À vista do exposto, conclui-se que:
>
> a) a não cumulatividade do IPI e do ICMS traduz-se em **direito de compensação** (abatimento);
>
> b) a Constituição não prevê exceções a esse direito, quanto ao IPI; e só uma exceção quanto ao ICMS;
>
> c) nenhuma lei pode condicionar, reduzir ou eliminar o direito de "**creditar-se pelo IPI** ou ICMS" **relativo a operações anteriores**;
>
> d) a formulação constitucional é ampla e irrestrita: **toda operação tributável gera crédito**;
>
> e) logo, o industrial (e/ou o comerciante) pode creditar-se pelo IPI (ou ICMS) relativo a todas as aquisições de peças, partes, insumos, matérias-primas (...).[25]

A mais avisada doutrina condena, frontalmente, a anulação de créditos na hipótese de saídas desoneradas. Atente-se nas palavras de **Marilene Talarico Martins Rodrigues**:

> A norma constitucional da não cumulatividade é ampla e não contém restrições (...). Ora, se no IPI a não cumulatividade é ampla e irrestrita, não tendo a Constituição imposto os limites que foram estabelecidos para o ICMS, não pode a legislação infraconstitucional, nem a Administração pública, estabelecerem restrições, vedando o crédito, ou criando óbices ao seu aproveitamento. (...)
>
> Em consequência, **são inconstitucionais** os dispositivos da lei ordinária e respectivo regulamento, determinando **a anulação do crédito** referente **às matérias-primas**, quando integrarem o processo industrial de **produtos isentos de IPI**, como é o caso, por exemplo, da Lei 4.502/64, na redação dada pela Lei 7.789/89 e do art.82, I, do RIPI. (...) Um outro exemplo ocorre com o art. 25 da Lei 4.502/64 e art. 174 do RIPI (Dec. 2.637/98), que, ao dispor sobre a não cumulatividade do IPI, **restringiu** o direito ao crédito do imposto, pelas operações anteriores, quando **a saída do produto final** fosse **isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero**. Ora, essas disposições normativas não podem retirar o direito de crédito do contribuinte com

[25] Cf. Parecer, nov. de 1994, p. 14, apud Coelho & Derzi, op. cit., p. 116-117.

> relação ao IPI, que lhe é garantido pela Constituição, sendo vedado à legislação infraconstitucional estabelecer quaisquer restrições não autorizadas pela lei maior.
>
> Tanto assim é que a Lei 9.779/99 veio alterar legislação anterior para prever expressamente o direito de o contribuinte manter o crédito de IPI relativo a insumos e matérias-primas, não obstante haver isenção, alíquota zero ou não-incidência na operação subsequente (...). Qualquer lei infraconstitucional que pretenda vedar ou dificultar a aplicação do princípio da não cumulatividade plena para o IPI estará violando a Constituição Federal. Assim, o art. 11 da Lei 9.779, de 1999, **apenas regulamentou aquilo que já estava expresso** na Constituição em relação ao princípio da não cumulatividade (...). Em outras palavras, toda a interpretação que de forma direta ou indireta leve à inconstitucionalidade do art. 11 da Lei 9.779/99 e demais dispositivos reguladores do direito ao crédito em questão deve ser rechaçada e substituída por uma "interpretação conforme a Constituição", assegurando direitos do contribuinte.[26]

De tudo, a lição por extrair é que a *geração* de créditos não pode ser impedida por norma infraconstitucional. Tampouco pode seu *aproveitamento* ser obviado, tendo em conta a própria natureza da não cumulatividade: é o caso da empresa que, vendendo apenas produtos desonerados, não pode ser prejudicada por hipotética ausência de lei que a autorize a *utilizar* seus créditos de outra maneira (*v. g.*, compensação com demais tributos, negociação no mercado mediante transferência a terceiros, etc.). A lei **deve** prever formas para exercício do direito subjetivo assegurado constitucionalmente, mas não pode nunca **deixar** de concretizar essa previsão constitucional.

10. Salta aos olhos, por fim, que o repúdio ao reconhecimento do direito de crédito expõe a graves riscos **outros princípios constitucionais**, como o da isonomia, em prejudicando economicamente aquele que produz bem desonerado, e o da seletividade em função da essencialidade. Este cânone, ínsito ao IPI, "dirige as maiores atenções desse imposto para bens suntuosos ou supérfluos, e tende a afastá-lo ou atenuá-lo no caso de produtos essenciais".[27] Ora, deixar que produtores de bens essenciais suportem maior ônus tributário não é apenas deixar de observar a seletividade conforme a essencialidade, mas subvertê-la aplicando-a em sentido oposto ao que determina a Constituição! Aqui, sim, teríamos verdadeira "seletividade às avessas".

IV – Conclusão

11. Os precedentes sobre aquisições exoneradas são inversos e, até por isso, complementares. Já que a Corte definiu, por razões inaplicáveis ao caso, que não há direito a "crédito presumido" na compra de insumos desonerados, deverá, por necessário, reconhecer a obrigatoriedade de manutenção dos créditos na outra ponta do processo. Se o não faz, fere de morte, não apenas a técnica da não cumulatividade, mas a coerência.

---

[26] Princípio da não cumulatividade (aspectos polêmicos). In: *O princípio da não cumulatividade* (Pesquisas Tributárias: Nova Série). Coord. Ives Gandra Martins. São Paulo: RT/CEU, 2004. p. 270-276.

[27] AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.

Nos precedentes sobre *entradas* desoneradas, a Corte, ainda que por maioria, parece ter partido do princípio de que a Lei 9.779/1999 seria suficiente para garantir a eficácia da não cumulatividade. Pouco se dá que tal premissa esteja, *venia concessa*, a meu sentir, equivocada. Não é mister retroceder, nem alterar radicalmente, como o fez na ocasião, entendimento consolidado.

Basta reconheça agora que o direito à manutenção dos créditos, no caso das saídas desoneradas, promana **diretamente** da Constituição, e não, de norma subalterna.

Assim, acertou o acórdão recorrido, ao reconhecer, embora sob fundamento de natureza diversa,[28] o direito de o contribuinte manter créditos decorrentes da aquisição de *inputs* tributados, ainda na hipótese em que se dedique à fabricação de produtos desonerados (isentos, sujeitos a alíquota zero ou – acresça-se aqui – não tributados).

As curiais razões do acerto da decisão são, em resumo, as seguintes: (*i*) a natureza exclusivamente constitucional e ilimitada do princípio da não cumulatividade do IPI; (*ii*) a existência de efetiva incidência de tributo na aquisição de insumos (onerados); (*iii*) a autonomia entre os momentos de geração do crédito e de seu aproveitamento; (*iv*) a ocorrência de operação de saída inserta no âmbito daquelas típicas do IPI e reveladora do pressuposto de fato da competência (venda de produto industrializado); (*v*) a insignificância jurídico-constitucional, para fins de creditamento, da disciplina tributária da saída dos produtos industrializados (imunidade, não tributação, isenção, alíquota zero, não incidência); (*vi*) a possibilidade de aproveitamento de créditos, na forma prevista em lei (compensação com outros tributos, ou meios diversos de fruição que venham a ser estabelecidos); e (*vii*) inviabilidade jurídica de, sob qualquer pretexto, anular ou estornar créditos, ou permitir-lhes acumulação indefinida, em razão da desoneração das saídas.

12. Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu estou entendendo que nós, vou até pedir depois que tanto o Ministro **Lewandowski** quanto o Ministro **Eros Grau** se manifestem, porque o Ministro **Eros Grau** pediu vista e o Ministro **Lewandowski** votou nesse processo.

---

[28] Consta do voto do Relator, adotado por unanimidade pela Primeira Turma do TRF4: "Aliás, é nessa linha que dispôs a Lei 9.779, de 19-1-1999, em seu art. 11, permitindo expressamente a utilização do saldo credor do IPI decorrente da aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização. Assim, por força de tal *comando legal*, poderá o contribuinte utilizar seu saldo credor de IPI acumulado (...) quando não puder compensar com o IPI devido na saída dos produtos por ele industrializados, ainda que a mercadoria final seja isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero". Embora a conclusão esteja correta, o direito ao creditamento não é de cunho legal, mas constitucional.

A minha dificuldade é a seguinte, nós estamos diante de três situações: a questão dos produtos isentos, não tributados, ou alíquota zero. E temos duas situações de fato: uma situação no tocante aos produtos que são insumos, que entram sem tributação com isenção ou com alíquota zero; e produtos que entram com tributação, com isenção, com alíquota zero, ou com imunidades.

Pelo que estou deduzindo, nós enfrentamos largamente aquela situação relativa aos insumos isentos, não tributados e alíquota zero.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Do outro caso.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu estou tentando resgatar exatamente esse problema.

Então, essa matéria, com relação aos insumos não tributados, isentos ou com alíquota zero, a Corte já examinou e fixou uma orientação. Há até uma decisão do Ministro **Cezar Peluso** fazendo um histórico da evolução jurisprudencial a partir de um precedente do Ministro **Nelson Jobim**. Fez referência ao Ministro **Nelson Jobim** relativamente à isenção, depois houve a expansão desse precedente no tocante à isenção também para a alíquota zero e para a não tributação.

E, finalmente, veio o precedente do Plenário, de que foi Relator o Ministro **Ilmar Galvão**, com acórdão na relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, entendendo de fazer a distinção no sentido de que, sim, com relação à isenção haveria esse aproveitamento, e se não me falha a memória, nesse precedente o Ministro **Cezar Peluso** destacou, no voto divergente que proferiu, que a própria União reconhecia e não discutia com referência à isenção, mas afastou a compensação com relação à alíquota zero e à não tributação. Que me parece ser a hipótese dos dois recursos que vão ser completados nesta sessão com pedido de vista do Ministro **Eros Grau**.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, é exatamente o contrário. Os dois recursos que estão sob julgamento são casos de entradas oneradas, tributadas, e saídas desoneradas por qualquer modalidade exonerativa. Ou seja, o insumo entra, a operação de entrada é tributada, e a operação de saída é que não sofre.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas esse é o caso que vossa Excelência está julgando.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Os dois casos estão em julgamento, o caso do Ministro Ricardo Lewandowski e o meu, e são exatamente o contrário.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Os três casos?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Foi por isso que eu me abstive, para não cansar Vossas Excelências nem a audiência, de dar as razões pelas quais o outro caso não pode ser invocado. Nenhum dos argumentos ou questões discutidas nos precedentes da entrada não tributada pode ser aplicado.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Aquele caso de que foi Relator para o acórdão o Ministro **Gilmar Mendes**, é esse caso a que Vossa Excelência está se referindo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Um deles.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Que é o que ficou consolidado nesse sentido. Então, os três casos que estão sob julgamento agora são relativos a insumo que é tributado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Tributado, e a saída é que é desonerada.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Desonerada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Noutras palavras, cria-se um crédito na entrada e o que se discute é se esse crédito pode ser usado quando a saída é desonerada. Tentei mostrar, com o devido respeito, se é possível, diante da Constituição – não diante da lei – fixar a tese de que a Constituição reconhece um crédito que nunca poderá ser exercido. Se a empresa for, por exemplo, produtora de produto cuja saída é desonerada, ela terá sempre um crédito que nunca poderá ser usado em coisa alguma.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, nesse caso, vou pedir vista.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Parece-me, salvo melhor juízo, Ministro Peluzo, que o problema só surge quando as primeiras operações são oneradas e a final não é.

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

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ou uma intermediária é, quando a primeira não foi, a intermediária foi e a última não é. Sempre quando a operação final é desonerada.

O Sr. Ministro Menezes Direito: O que nós assentamos na jurisprudência foi quando os insumos não são onerados. São os três outros processos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Este caso é exatamente o contrário, os insumos são onerados na entrada e geram créditos, ou não.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, peço vista.

EXTRATO DA ATA

RE 475.551/PR — Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: União (Advogado: PFN – Artur Alves da Motta). Recorrida: Indústria Têxtil Apucarana Ltda. (Advogados: Adriana Mourão Nogueira e outro).

Decisão: Após o voto do Ministro Cezar Peluso (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Menezes Direito. Falaram, pela recorrente, o Dr. Luiz Carlos Martins Alves, Procurador da Fazenda Nacional, e, pela recorrida, o Dr. Fernando Albino. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

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

Brasília, 1º de outubro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Menezes Direito: A empresa recorrida ajuizou ação ordinária de manutenção do direito ao crédito do IPI pago na aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagens empregados na industrialização dos produtos de sua fabricação, cumulada com pedido de compensação. A empresa é fabricante de fios, sacos, panos de prato e tecidos, que têm alíquota zero.

A sentença julgou improcedente o pedido. Segundo o Juiz Federal, "não há como acolher o entendimento pelo qual o direito ao creditamento do imposto nasce tão só com a aquisição de insumos tributados, independentemente de haver ou não tributação nas operações posteriores. O direito ao crédito de IPI não existe por si só. É dizer, não pode ser analisado de modo dissociado da sistemática da não cumulatividade. Em verdade, o direito ao crédito de IPI somente terá sentido à medida em que seja imperioso para evitar a incidência do tributo de forma cumulativa. Não implicando a operação em ofensa ao princípio da não cumulatividade, não haverá que se falar em direito ao crédito de IPI" (fl. 213). Destacou o Magistrado que, no caso, "houve a incidência de IPI por ocasião da entrada das matérias-primas no estabelecimento industrial da Requerente. Entretanto, não se deu imposição de ônus na saída do produto industrializado, pela redução de sua alíquota zero. Logo, se a alíquota zero nada acrescenta, nada haverá a abater por absoluta ausência de qualquer tributação acrescida ao produto final" (fl. 213). Mencionou o Juiz precedente desta Suprema Corte, de que Relator o Ministro **Octavio Gallotti**. Ademais, disse a sentença, ainda que houvesse direito, a autora não se beneficiaria dele, porquanto "o direito postulado está restrito a período pretérito, ou seja, a período anterior ao primeiro trimestre de 1999, a partir do qual a Requerente passou a aproveitar o crédito de IPI, por força do disposto no artigo 11 da Lei n. 9.779/1999" (fl. 217). Conclui a sentença afirmando que "se o contribuinte não escriturou como crédito o IPI pago nas entradas dos insumos, significa dizer que tal imposto foi incluído como custo de produção e, consequentemente, inserido no preço do produto industrializado, de modo que o ônus do IPI que a Requerente pretende se creditar foi suportado pelos adquirentes dos produtos. Logo, o reconhecimento do crédito pretendido importaria em enriquecimento ilícito da parte autora, à medida em que estar-se-ia permitindo o creditamento por quem não suportou de fato a carga tributária" (fl. 218).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região proveu, em parte, a apelação da empresa **"para declarar o direito da autora de compensar os créditos de IPI relativos à aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero, nos últimos 5 anos anteriores à propositura da ação"** (fl. 292). Afirmou o acórdão o direito de compensar os créditos de IPI "relativos à aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero, nos últimos 5 anos anteriores à propositura da ação" (fl. 292). Identificou o Tribunal de origem isenção e alíquota zero, porque "tanto numa como noutra o que afinal ocorre é o não recolhimento do tributo" (fl. 291). Os embargos de declaração foram rejeitados.

O Superior Tribunal de Justiça desproveu o recurso especial. Segundo o voto do Relator, Ministro **Castro Meira**, a questão é saber o alcance da Lei 9.779, de 1999, considerando que a Fazenda somente reconhece o aproveitamento decorrente de aquisição tributada de insumos utilizados na fabricação de produtos cujas saídas estão sujeitas à isenção ou tributadas à alíquota zero após a referida Lei. Entendeu aquela Corte Superior que não há ofensa à Constituição Federal quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Em conclusão, disse o acórdão "que o direito ao crédito discutido nos autos encontra assento constitucional, por força do princípio da não cumulatividade do IPI. A Lei 9.779/1999 apresenta feição nitidamente declaratória de um direito consagrado na Constituição da República (art. 153, § 3º, II), de modo que não impede o creditamento do IPI incidente sobre os insumos adquiridos em momento anterior a sua publicação" (fl. 394).

O parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. **Eitel Santiago de Brito Pereira**, é pelo provimento do recurso extraordinário, porquanto "antes da edição da lei específica (Lei 9.799/1999), que atendeu a exigência do preceito constitucional (art. 150, § 6º) e passou a regulamentar a concessão de creditamento presumido, o contribuinte não tinha direito de aproveitar os créditos relativos ao IPI incidente sobre os insumos, empregados na fabricação de seus produtos tributados à alíquota zero na saída da indústria. Mormente se, como na hipótese, não demonstrou ter suportado os ônus financeiros da tributação" (fl. 416).

O eminente Ministro **Cezar Peluso** negou provimento ao extraordinário. Esclareceu o Relator que o tema é diverso da matéria tratada no RE 353.657/PR e no RE 370.682/SC. Nestes cuidava-se "da existência de crédito presumido, decorrente da aquisição de produtos não tributados ou sujeitos à alíquota zero, com a subsequente venda de produto tributado. Aqui, está em jogo situação oposta, caracterizada por aquisição de insumos **tributados**, empregados na fabricação de produtos **desonerados**. Ou seja, debate-se, no caso, a questão da desoneração de IPI na saída e dos seus efeitos sobre a manutenção dos créditos reais e não fictos, obtidos nas aquisições tributadas". Acentua o voto do Ministro **Cezar Peluso** "que muitos dos argumentos agitados contra o creditamento presumido, no caso das entradas desoneradas, não se aplicam à discussão sobre saídas desoneradas, pois seria, doutro modo, ilógico qualquer esboço de argumentação". Excluídos, portanto, alguns elementos do debate nestes autos, impõe-se tratamento distinto, sendo, desde logo, "mister assentar que o nascimento do crédito na entrada não está sujeito ou subordinado à realização do fato gerador tributado (débito efetivo) na saída". Daí se segue que "basta que a empresa, cujas saídas sejam exoneradas, realize operações com produtos industrializados (art. 153, inciso IV, da CF), para que se lhe assegure o creditamento relativo às aquisições, pouco se dando a modalidade do tratamento normativo-tributário reservado às vendas, isto é, tributação, não tributação, alíquota zero ou isenção". Segundo o Relator, "Se a empresa comprou matéria-prima, com incidência de IPI, industrializou o produto final, mas não o vendeu, ou por hipótese, vendeu apenas a décima parte da produção, isso não implica que perde o

crédito adquirido em razão da compra. Tampouco o perde, se vende produtos industrializados desonerados. Não se lhe pode negar, em nenhum caso, direito, de raiz constitucional, ao crédito, que será compensado, na forma da legislação vigente – lei futura pode até admitir negociação e venda dos créditos a terceiros, por exemplo. A lei só não tem competência para, à margem da norma constitucional, vedar a própria formação de créditos ou deixar de prever alguma forma para sua fruição". E aqui, diz o Relator que "apenas uma limitação é concebível ao propósito. A empresa não pode utilizar o crédito, de cujo direito já se tornou titular, até que promova saída da produção, realizando operação característica do regime de IPI, quando uma de duas condições pode configurar-se: (a) empregará o crédito que acumulou para abater do imposto devido na saída, o que se dá ordinariamente, porque a tributação na saída é a regra; ou (b), havendo desoneração na saída, como sucede no caso, poderá compensá-lo com outros tributos, cedê-los a terceiros – hipótese de *lege ferenda*, mas, em tese, compatível com a vigente ordem constitucional –, ou utilizá-los de outra maneira, consentânea com o princípio da não cumulatividade". O que não pode é ser a empresa condenada "a acumulá-los inútil e indefinidamente". No que concerne ao tempo, firmou o Relator posição no sentido de que a Lei 9.779/1999, "acertada, mas expletivamente, permitiu o aproveitamento do crédito acumulado, mediante compensação. Mas, ainda que não o tivesse feito, não traria repercussão sobre o momento anterior, o da geração dos créditos, nem retiraria o ônus do legislador de prever meios para a fruição dos valores correlatos". O raciocínio desenvolvido pelo Relator mostra que "na saída com **isenção** ou **alíquota zero**, é manifesta a ocorrência de operação típica de IPI. Em ambas, dá-se a venda de produto industrializado, mas, por técnicas diferentes, não há imposto a pagar. 'É manifesto que, em relação a não cumulatividade, assim a isenção, como a alíquota zero produzem o mesmíssimo efeito jurídico e prático, não se justificando, pois, a ideia de tratamentos diferenciados'. Ademais, a supressão de algum aspecto da regra-matriz a incidência ou a nulificação do elemento quantitativo não subtraem a operação concreta à categoria das ações em tese submissas à incidência do IPI". Daí afirmar também o Relator que se deve garantir "sempre o aproveitamento de créditos na isenção, na não incidência, na alíquota zero e, também, na não tributação, salvo nos casos restritos que não envolvam produtos industrializados, porque seu estorno, anulação ou não aproveitamento tornariam o imposto cumulativo, como penso haver demonstrado". Assim, para o Ministro **Peluso**, a "conclusão prática é que, **qualquer que seja a espécie desonerativa** que beneficie a saída (à exceção da não tributação por ausência de competência, na subespécie exclusão lógico-residual), asseguradas estarão sempre a subsistência e fruição dos créditos, desde que a empresa adquirente dos insumos tributados realize operações com produtos industrializados (art. 153, inciso IV, da CF)". Assevera, com apoio na doutrina, que a "geração de créditos não pode ser impedida por norma infraconstitucional. Tampouco pode seu aproveitamento ser obviado, tendo em conta a própria natureza da não cumulatividade: é o caso da empresa que, vendendo apenas produtos desonerados, não pode ser prejudicada por hipotética ausência de lei que a autorize a utilizar seus créditos de outra maneira (v.g., compensação

com demais tributos, negociação no mercado mediante transferência a terceiros, etc.). A lei **deve** prever formas para exercício do direito subjetivo assegurado constitucionalmente, mas não pode nunca **deixar** de concretizar essa previsão constitucional". Comenta, ainda, que o "repúdio ao reconhecimento do direito de crédito expõe a graves riscos **outros princípios constitucionais**, como o da isonomia, em prejudicando economicamente aquele que produz bem desonerado, e o da seletividade em função da essencialidade". Finalmente, anota que os "precedentes sobre aquisições exoneradas são inversos e, até por isso, complementares. Já que a Corte definiu, por razões inaplicáveis ao caso, que não há direito a 'crédito presumido' na compra de insumos desonerados, deverá por necessário, reconhecer a obrigatoriedade de manutenção dos créditos na outra ponta do processo. Se o não faz, fere de morte, não apenas a técnica da não cumulatividade, mas a coerência". Prossegue afirmando que nos "precedentes sobre entradas desoneradas, a Corte, ainda que por maioria, parece ter partido do princípio de que a Lei 9.779/1999 seria suficiente para garantir a eficácia da não cumulatividade. Pouco se dá que tal premissa esteja, **vênia concessa**, a meu sentir, equivocada. Não é mister retroceder, nem alterar radicalmente, como o fez na ocasião, entendimento consolidado", sendo suficiente reconhecer "agora que o direito à manutenção dos créditos, no caso das saídas desoneradas, promana **diretamente** da Constituição, e não, de norma subalterna". Com tais fundamentos, negou provimento ao recurso extraordinário.

Está claro, portanto, que a hipótese que estamos julgando é a de insumos que entram onerados com saída de produto isento ou sujeito à alíquota zero, ou, em outras palavras, se o adquirente de insumos tributados que os utiliza na fabricação de produtos desonerados faz jus ao crédito pelo imposto suportado em suas aquisições, apesar de não ter débito na saída de produtos em que tais insumos são incorporados.

Resgato, apenas para meu raciocínio, que esta Suprema Corte já decidiu, por maioria, que no ingresso de insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados não se admite o crédito presumido de IPI, diante dos princípios da não cumulatividade e da seletividade (RE 370.682/SC, Tribunal Pleno, Rel. p/ o ac. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 19-12-2007). Na ocasião ficaram vencidos os Ministros **Cezar Peluso**, **Nelson Jobim**, **Sepúlveda Pertence**, **Ricardo Lewandowski** e **Celso de Mello**. Igual resultado, na mesma sessão de 25 de junho de 2007, prevalecendo o voto do Ministro **Marco Aurélio** no sentido de que deve "observar-se o princípio da não cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero" (RE 353.657/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 7-3-2008).

Assim, o que temos hoje assentado é a vedação para a utilização de crédito presumido e a decisão neste feito estabelecerá, portanto, a outra ponta, isto é, se é possível, ou não, o crédito, considerando que o insumo ingressa onerado e o produto sai desonerado.

Sem dúvida alguma, o princípio da não cumulatividade tem assento constitucional e não pode ser modificado por lei de menor hierarquia. Como funciona o sistema?

O princípio da não cumulatividade do IPI, que decorre diretamente da Constituição Federal, como bem mostra Vittorio Cassone, "consiste, tão somente, em abater do imposto devido o montante exigível nas operações anteriores, sem qualquer consideração à existência ou não de valor acrescido". Isso significa que os pressupostos da não cumulatividade, diz o professor Cassone, são dois: "o devido e o cobrado, que, por consistirem em aspectos objetivos no bojo de uma interpretação, merecem, do intérprete, a devida consideração" (*Revista Fórum de Direito Tributário n. 26*, p. 10/11).

Ora, de fato, esses dois momentos estão vinculados diretamente, não sendo necessário fazer cálculo avançando sobre operações seguintes, salvo para visualizar efeito de natureza meramente econômica. O que se tem de identificar para efeito de afastar a cumulatividade do imposto são os dois momentos em que a operação tributária desse imposto se torna perfeita, embora nem sempre o tempo seja igual. É que a compensação prevista na Constituição depende basicamente dessa conferência que se faz entre o que foi cobrado na entrada e o que foi devido na saída. O crédito do adquirente se dá em função da cobrança do vendedor do insumo e o débito do adquirente ocorre quando o produto industrializado é vendido a terceiro. É claro que quando o insumo não for produto industrializado, como no caso de sucata, não há incidência do IPI e com isso o sistema só será restabelecido quando houver operação de industrialização, seguindo-se, então, o sistema da não cumulatividade porquanto começou a incidência na operação de saída.

No caso da autora da ação, ora recorrida, os seus produtos têm alíquota zero. É relevante destacar esse aspecto, pelo menos na minha compreensão, porquanto tecnicamente a alíquota zero e a isenção não são a mesma coisa. E não são porque a isenção é benefício fiscal e a alíquota zero alcança o campo específico da tributação. É certo ser possível que os dois conceitos se encontrem matematicamente, mas, sem dúvida, são distintos tecnicamente, sendo certo que a alíquota zero tem direta ligação com a natureza seletiva do imposto.

O Ministro **Eros Grau** pôs a distinção ao votar no RE 460.785/RS. Faço o destaque considerando que a conclusão do voto do Ministro **Peluso** neste feito julgou ser insignificante do ponto de vista jurídico-fiscal, para fins de creditamento, a disciplina tributária da saída dos produtos industrializados, assim, imunidade, não tributação, isenção, alíquota zero, não incidência.

Diz Ives Gandra da Silva Martins, nesse ponto, que "na imunidade não nasce nem obrigação tributária, nem o crédito correspondente, por força de vedação absoluta da Carta Magna ao poder de tributar. Na não incidência não nasce nem obrigação tributária, nem o crédito respectivo, por força do não exercício da capacidade – ou na linguagem constitucional – da competência, a que tem direito o Poder Tributante. Na isenção nasce a obrigação tributária, mas não nasce o crédito tributário, em face de estímulo legal expresso. Na alíquota zero

nascem a obrigação tributária e o crédito tributário, que ficam, todavia, reduzidos à expressão nenhuma". Como se percebe, diz Ives Gandra, "todas as quatro formas desonerativas implicam idêntica exclusão de ônus fiscal para o sujeito passivo da obrigação tributária, mas têm conformação jurídica distinta" (**in** Direito Empresarial, Pareceres, 2. ed., Forense, p. 298 a 317).

A alíquota zero, portanto, significa ser o crédito tributário inexigível, sendo uma modalidade de desoneração do tributo.

De todos os modos, a consequência final não é alterada, porque em todos os casos de isenção ou de alíquota zero o que existe é desoneração do tributo e daí, penso, respeitando embora aqueles que entendem em sentido oposto, não há falar na distinção para efeito de se estabelecer o sistema da não cumulatividade.

Quando a Suprema Corte, em duas oportunidades, considerou que os princípios da não cumulatividade e da seletividade desautorizam o direito ao crédito presumido para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos a alíquota zero, deu o equilíbrio ao sistema. Se a entrada não é onerada, o débito na saída fica sem nenhum suporte para efeito de resguardar a não cumulatividade, considerando que o IPI é imposto indireto, como assinalou o voto do Ministro **Gilmar Mendes** no RE 370.682/SC, já antes referido. Na verdade, se não há o crédito na entrada fica vazio qualquer argumento para dar sequência ao princípio da não cumulatividade, porquanto não há como proceder à compensação decorrente do débito do imposto na saída do produto onerado. De qualquer maneira, essa é a jurisprudência que foi assentada e não cabe agora reexaminá-la.

Na situação dos autos, o crédito na entrada é efetuado considerando que os insumos são onerados. Todavia, não há débito na saída porque o produto industrializado é submetido à alíquota zero.

Ocorre, então, uma questão a ser resolvida que é saber se nesses casos em que não há o aperfeiçoamento do sistema de compensação porque uma das pontas fica a descoberto, não onerado o produto, a legislação infraconstitucional pode estabelecer um regramento que dê equilíbrio ao sistema.

Disse o Ministro **Marco Aurélio**, ao votar no RE 460.785/RS, que o crédito é utilizado "com o objetivo único de não haver a sobreposição, a cobrança do tributo em cascata, transgredindo-se o princípio vedador da duplicidade".

Na verdade, como já assinalei, o sistema constitucional relativo ao IPI deixa isso claro quando elege o princípio da não cumulatividade, assim, a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. Então, se houver crédito na entrada, mas não houver produto onerado na saída, não há como fazer a compensação. Daí que se torna necessário fixar na lei específica o procedimento a ser adotado.

A Lei 9.799, de 1999, tratou do assunto de forma que, antes dela não seria possível o crédito do IPI na saída de produto desonerado que utilizou insumos que entraram tributados porque inviável a compensação. O Ministro **Peluso**, com erudita fundamentação, entendeu não ter força a legislação ordinária porquanto

o princípio da não cumulatividade decorre diretamente da Constituição Federal. O Ministro **Gilmar Mendes** ao votar na questão relativa à entrada de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero afirmou não ter dúvida "quanto ao relevante efeito da inovação da Lei 9.779 tanto na perspectiva dos agentes industriais beneficiados pela alíquota zero quanto nos contribuintes das fases subsequentes".

Anoto, de passagem, que a disciplina constitucional sobre o ICMS, além de estabelecer o princípio da não cumulatividade, diz no inciso II do § 2º do art. 155 que a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores. Tal comando não existe no que concerne ao IPI. Neste, o comando é o da compensação, o que tecnicamente implica aceitar que somente poderá ser o crédito aproveitado mediante regulamentação da lei específica que a própria Constituição Federal indicou no art. 150, § 6º, como se segue:

> Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XIII, "g".

Ora, a própria Constituição Federal autoriza lei específica para regular essa matéria, referindo-se expressamente ao crédito presumido. Assim, a Lei 9.779/1999 regula com amparo constitucional o aproveitamento do crédito.

Naquele precedente anterior sobre a compensação em torno de produtos que ingressam com alíquota zero ou não tributados, o Ministro **Ilmar Galvão** ofereceu ao princípio da não cumulatividade o conteúdo que se segue: "Quando a matéria-prima é tributada, tem o industrial o direito de creditar-se do valor do imposto pago na sua entrada, para fim de compensação com o IPI recebido dos adquirentes do produto fabricado, recolhendo aos cofres públicos a diferença apurada, ao final de cada dez dias, tendo em vista o princípio da não cumulatividade". O Ministro **Lewandowski**, no voto que proferiu no RE 562.980/SC, em curso no Pleno, entendeu que o princípio da não cumulatividade "objetiva, em última análise, assegurar que o valor recolhido aos cofres públicos seja correspondente à alíquota final incidente sobre o produto, impedindo a incidência de tributo sobre tributo, em outras palavras, evitando o indesejado 'efeito cascata', o qual ocorreria caso o valor pago em cada etapa se agregasse ao produto, passando a integrar a base de cálculo nas etapas seguintes". E, mais adiante, agregou o fundamento de que o princípio tem como objetivo "proteger o consumidor, impedindo que a carga tributária incidente sobre cada etapa necessária à fabricação de determinado produto lhe seja integralmente repassada". Mas concluiu que "o direito ao aproveitamento de créditos oriundos de insumos tributados, no caso de produtos isentos ou tributados à alíquota zero, não surgiu apenas com a promulgação da Lei 9.799/1999 visto que deriva diretamente do princípio da não cumulatividade abrigado na Constituição de 1988, tal como nas Cartas que a

antecederam, mostrando-se, destarte, inadmissível que lei ordinária ou, o que é pior, um simples regulamento possam erigir obstáculos a tal direito", na mesma linha do voto proferido neste extraordinário pelo eminente Ministro **Peluso**.

Mas, na minha compreensão, a própria Constituição Federal dispôs que lei específica poderia regular o vácuo existente nas situações em que não se dá o aperfeiçoamento do sistema pela ausência em uma das pontas do elemento necessário a que ocorra a compensação.

E a Lei 9.779/1999 ocupou esse espaço.

Se existe o crédito na entrada, deve ser estabelecido um critério para que o contribuinte não perca esse crédito. Tenha-se presente que essa operação não diz respeito à mercadoria em si, mas sim às entradas que foram realizadas em um dado período, podendo, por isso, ser utilizado para cobrir saídas tributadas que venha a ter. É que não se pode desprezar o crédito obtido que foi cobrado na etapa precedente. Se assim fosse deixar-se-ia uma etapa do sistema sem equilíbrio porque o contribuinte que se creditou do que efetivamente pagou deixaria de aproveitar esse crédito em favor do Fisco. Faz-se menção no dispositivo, art. 11 da Lei 9.779/1999, ao saldo credor acumulado em cada trimestre-calendário que o contribuinte não puder compensar com o IPI.

Com isso, admitiu-se a possibilidade de aproveitamento do crédito obtido na entrada do insumo onerado.

Nesse sentido, parece-me bem esclarecedor o voto proferido pelo Ministro **Gilmar Mendes** no RE 370.682/SC que cuidou da entrada de insumo desonerado. Partindo da distinção entre "incidência própria, ou originária" e "incidência herdada", o Ministro **Gilmar** mostrou que a não cumulatividade faz com "que o adquirente de um produto elimine a incidência tributária já verificada na fase anterior (o que denomino por 'incidência herdada'), no momento em que se verifica a incidência especificamente vinculada a esse adquirente (o que designo por 'incidência originária')". Ora, diz o Ministro **Gilmar**, "considerando-se que a regra da não cumulatividade tem como objetivo básico evitar que, nas sucessivas fases da cadeia produtiva, o custo tributário de uma fase seja computado na fase imediatamente subsequente para fins de nova tributação, não se vislumbra, na etapa subsequente à da alíquota zero, qualquer carga tributária 'herdada'", isso porque os "custos tributários das etapas anteriores foram integralmente compensados. Considerada a fase da alíquota zero temos que, aquele custo tributário 'herdado' da fase anterior foi devidamente objeto de aproveitamento, nos termos da Lei 9.779". Assim, com esse mecanismo, se há alíquota zero na entrada, não há falar em crédito. Na situação inversa, porém, há, sim, o crédito cobrado na fase anterior, isto é, o adquirente do insumo credita-se do IPI que lhe foi cobrado. A ausência da legislação específica deixaria o crédito sem qualquer aproveitamento.

Diga-se, ainda, que o Ministro **Marco Aurélio**, no voto que proferiu no RE 353.657/PR, já mencionado, deixou claro que não pode a norma infraconstitucional nortear a Constituição. Disse o Ministro **Marco Aurélio**: "Esclareça-se que o teor do art. 11 da Lei 9.779/1999, interpretado à luz da Constituição

Federal – descabendo a inversão, ou seja, como se a norma legal norteasse esta última –, não encerra o direito a crédito quando a alíquota é zero ou o tributo não incida. Contempla, sim, pedagogicamente no texto, a situação na qual as operações anteriores foram oneradas com tributo e a final, a da ponta, não o foi. Então, para que não fique esvaziado em parte este último benefício, tem-se a consideração do que devido e cobrado anteriormente".

Essa regulamentação está no campo do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, e, portanto, antes da vigência dessa lei não seria possível autorizar a pretensão da autora.

Com tais razões, pedindo respeitosa vênia aos que entendem em sentido contrário, eu conheço do extraordinário e dou-lhe provimento para julgar improcedente o pedido, restabelecendo, assim, a sentença.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu apenas quero salientar e consultar se essa hipótese que nós estamos julgando, como me parece que é, trata de insumos que entram onerados, com a saída de produto isento ou sujeito à alíquota zero.

Em outras palavras, se o adquirente de insumos tributados que os utiliza na fabricação de produtos desonerados faz jus ao crédito pelo imposto suportado em suas aquisições, apesar de não ter débito na saída de produtos em que tais insumos são incorporados. Parece-me que essa é a questão que nós estamos julgando, ou seja, produtos que entram com insumos tributados e que saem com isenção ou com alíquota zero.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O produto final é que é isento.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Exatamente isso. O produto final, a saída é isenta ou está alíquota zero.

Peço vênia a Vossa Excelência, Senhor Presidente, porque, na mesma linha, eu pedi vista do RE 475.551, do Paraná e, portanto, a hipótese me parece assemelhada, embora tenha o eminente Ministro **Eros Grau** feito uma distinção entre isenção e alíquota zero.

Peço vênia a Vossa Excelência para que esse processo também seja incluído e passo a ler o voto que produzi para esse processo.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, permita-me apenas esclarecer os fatos um pouco mais. Não digo por precisão, porque o eminente Ministro Menezes Direito delimitou bem os limites do julgamento. Apenas quero recordar à Corte do que trata do RE 562.980:

Trata-se de recurso extraordinário da União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deu provimento parcial à apelação do contribuinte, na qual este pretendia ver reconhecido o direito à compensação ou restituição dos créditos de IPI, até dezembro de 1998, relativos à aquisição de insumos utilizados na industrialização de produtos isentos ou taxados à alíquota zero, superando a limitação estabelecida no art. 174 do Decreto 2.637/1998 (...)

Como nós todos sabemos, logo em seguida veio a Lei 9.779/1999, que autorizou esse crédito mediante requerimento do contribuinte.

Todo o meu argumento está centrado no seguinte, como lembrou, com muita propriedade, o ilustre Ministro Menezes Direito: o princípio da não cumulatividade decorre diretamente da Constituição, e não poderia um simples decreto ou uma norma infraconstitucional – não é nem uma lei ordinária – obstar a aplicação do princípio da não cumulatividade que se repete em várias e várias Constituições como já foi assinalado aqui.

A questão é apenas esta: saber se, até 1998, antes da edição da lei, por força do princípio da não cumulatividade, podia, ou não, o contribuinte fazer jus a esses créditos, como de fato foi reconhecido, aqui, pelo Tribunal Regional da 4ª Região. Essa é a questão.

O meu posicionamento, no longo voto que proferi, foi no sentido de que seria possível, porque uma lei de natureza infraconstitucional, um simples dispositivo regulamentar não pode impedir a aplicação desse princípio constitucional basilar, a meu ver, no que tange ao regime tributário e fiscal.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, apenas dois esclarecimentos: os casos versam situação pretérita à lei, e, no meu voto, sustentei realmente que a Constituição Federal cogita de compensação, e compensação pressupõe algo devido que terá parcela subtraída mediante esse fenômeno – o da compensação.

Há mais, Presidente. Há um aspecto muito interessante: se não entendermos dessa forma, o que ocorrerá, evidentemente por uma via diversa, quanto ao recolhimento anterior? Se se credita o valor recolhido anteriormente, quando a saída do produto é isenta, estar-se-á procedendo à retroação dessa mesma isenção a ponto de alcançar a primeira operação e, claro, isso não está previsto na Constituição Federal. A Constituição Federal visa, com o princípio da não cumulatividade, a evitar sobreposições, não a extensão retroativa de benefício, considerada a operação tributada anteriormente.

Por isso mantenho, nos dois casos, os votos proferidos, ressaltando que, como não se reconhece o direito ao principal, não se pode cogitar de acessórios – a correção monetária.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, não tive acesso aos processos. A minha conclusão, objetivamente, é no sentido de que estou identificando alíquota zero e isenção, e entendendo que, antes da lei, não poderia haver esse tipo de compensação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Permita-me, Ministro, adiantar, mas está no seu voto a notícia: os dois casos versam período anterior à lei.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, estou acompanhando, creio eu, naquele em que o Ministro **Marco Aurélio** é o Relator, o voto de Sua Excelência no sentido de que, realmente, não alcança...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Conheceu e deu provimento ao recurso da União.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No caso sob a minha relatoria, declaro prejudicado o recurso do contribuinte, no que visaria ao afastamento da prescrição e à incidência da correção monetária, porque não reconheço o próprio direito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Na verdade, aqui se tem o provimento do recurso da própria União.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência não reconhece o direito à correção monetária. Eu também não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não reconheço o próprio direito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O provimento do recurso da União.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, neste caso, como eu disse, estou acompanhando o voto do Ministro **Marco Aurélio** no sentido de prover o recurso da União e, em função disso, julgar prejudicado o recurso do contribuinte.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E no caso da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski?

O Sr. Ministro Menezes Direito: É exatamente o inverso. O Ministro Ricardo Lewandowski, neste caso...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Neste caso, ele nega provimento ao recurso da União.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque é só um. Porque, no do Ministro Ricardo Lewandowski, é apenas da União. Então, neste caso, apenas nega provimento.

O Sr. Ministro Menezes Direito: No caso do Ministro Ricardo Lewandowski, eu conheço e dou provimento ao recurso da União, nos termos do voto que acabei de proferir, Senhor Presidente.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu também tenho algo muito simples, mas basicamente vou acompanhar o Relator, Ministro Marco Aurélio, com as vênias, evidente, do Ministro Ricardo Lewandowski, no caso em que ele é Relator, exatamente pelos argumentos que foram por ele agora enfatizados, que foram apresentados no voto e que foram enfatizados pelo eminente Ministro Eros Grau e, agora, também pelo Ministro Menezes Direito.

Eu, portanto, estou conhecendo e dando provimento ao recurso da União.

No caso da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, eu tenho que acrescentar o prejuízo do recurso da "Calçados Tabita Ltda.", que é a recorrida no caso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E nesse caso que o Ministro Menezes Direito acaba de trazer, Vossa Excelência também dá provimento?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: No terceiro caso, é só da União, estou acompanhando o Relator.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ele não é o Relator, o Relator é o Ministro Cezar Peluso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim, desculpe. Então, estou acompanhando a divergência.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, permita-me apenas uma tentativa de esclarecimento. Porque tenho uma dúvida: o que se discute em ambos os casos é o aproveitamento na situação de isenção e na situação de alíquota zero. A impressão que me ficou – e é isso que eu gostaria de confirmar – é a de que, na situação de alíquota zero, o voto do Ministro Menezes Direito não reconhece o crédito. A situação seria diferente para Vossa Excelência no caso de isenção?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Exatamente isso. Eu agradeço a pergunta de Vossa Excelência, como sempre oportuna.

O que eu disse é o seguinte: eu estou identificando todas as hipóteses, porque as identifico como saída desonerada; portanto, eu aplico o mesmo princípio, tanto para a isenção quanto para a alíquota zero. Por isso, fiz questão de homenagear a distinção que Vossa Excelência faz no ponto de vista jurídico sobre a distinção entre a isenção e a alíquota zero, só que estou entendendo que para os efeitos fiscais o que importa é a oneração ou desoneração.

O Sr. Ministro Eros Grau: Perfeito. Era só um esclarecimento.

Eu também gostaria de esclarecer que, na parte do meu voto em que falei da correção monetária, referia-me única e exclusivamente à situação em que houvesse crédito. Porque a correção monetária de zero é igual a zero.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Em relação a este, agora.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Este meu, o Ministro Ricardo Lewandowski me acompanha, porque ele diz, exclusivamente, respeito à alíquota zero. O Ministro **Eros Grau** me acompanha porque esse que estou julgando é só sobre a alíquota zero. Não é sobre isenção.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pelo que entendi, o Ministro Eros Grau, quando se trata de isenção, aceita o crédito.

O Sr. Ministro Eros Grau: Aceito o crédito porque é um benefício. Não aceito nos casos de alíquota zero.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Só não aceita quando se trata de alíquota zero. Exatamente.

Portanto, acompanha parcialmente.

O Sr. Ministro Eros Grau: O que é uma técnica.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Ricardo Eros Grau, em relação a esse – desculpe –, Ministro Eros Grau.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu, na verdade, divirjo totalmente do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, porque Sua Excelência não admite nos dois casos e eu admito em um caso. Mas, a essa altura, não é relevante.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu admito em todos os casos.

O Sr. Ministro Eros Grau: E eu admito em um deles. Perfeito.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Inclusive digo que a Lei 9.779 tem um caráter meramente declaratório, interpretativo. Ela não retroage.

O Sr. Ministro Eros Grau: Por isso é que não estou de acordo; por isso, eu ressalvei.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, em todos esses casos, eu tenho votado pelo conhecimento e provimento dos recursos extraordinários da União. E no caso dos recursos dos contribuintes, no mérito, tenho votado pelo desprovimento.

No RE 35.657, fundamentei o meu ponto de vista a propósito da alíquota zero para não reconhecer ao contribuinte o direito ao crédito presumido, mas me sirvo desses mesmos fundamentos para chegar à idêntica conclusão quando se tratar de isenção.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, mantenho meu voto no RE 475.571 e, nos demais, acompanho o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, sintetizando – aliás, meu voto já foi de certo modo sintetizado, de modo

substancial, pelo voto do eminente Ministro Menezes Direito – que, do ponto de vista prático e jurídico, não há diferença nítida entre as hipóteses de tratamento normativas ou tributárias das saídas.

E afirmo textualmente no meu voto – e torno a reafirmá-lo – que tanto o direito de crédito quanto o direito de compensação nascem diretamente da Constituição. De modo que me parece, com o devido respeito, inaceitável que a Constituição preveja direito de crédito sem possibilidade de fruição.

Assim, mantenho integralmente meu voto no RE 475.551 e acompanho, com o devido respeito, o Ministro Ricardo Lewandowski, nos demais.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Com as vênias de estilo, também acompanho o Ministro Marco Aurélio no RE 562.980 e no RE 460.785; e acompanho o Ministro Menezes Direito no RE 475.551, que dá provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 475.551/PR — Relator: Ministro Cezar Peluso. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Recorrente: União (Advogado: PFN – Artur Alves da Motta). Recorrida: Indústria Têxtil Apucarana Ltda. (Advogados: Adriana Mourão Nogueira e outro).

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Cezar Peluso (Relator) e Ricardo Lewandowski, que lhe negavam provimento, o Ministro Eros Grau, que lhe dava parcial provimento. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e a Ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 6 de maio de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 549.055 — SP

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Agravante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS — Agravado: Manoel Gomes de Jesus

Agravo regimental em recurso extraordinário. Desnecessidade de requerimento administrativo prévio de concessão de benefício previdenciário para o acesso ao Judiciário. Precedentes.

1. A jurisprudência desta nossa Corte firmou-se no sentido de ser desnecessário para o ajuizamento de ação previdenciária o prévio requerimento administrativo do benefício à autarquia federal. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao agravo regimental, o que fazem por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: É do seguinte teor a decisão agravada (fls. 146/147):

> Trata-se de processo em que se discute a constitucionalidade da exigência do prévio indeferimento do pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condição de acesso ao Poder Judiciário.
>
> 2. Pois bem, a parte recorrente sustenta violação ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.
>
> 3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.
>
> 4. Tenho que a insurgência merece acolhida. Isso porque o juízo de origem divergiu da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Leia-se, a propósito, a ementa do RE 549.238-AgR, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:
>
> "*Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Previdenciário. Benefício. Prévio requerimento administrativo. Negativa da autarquia previdenciária como condição da ação: desnecessidade. Art. 557 do CPC. Atribuições do relator. Agravo regimental improvido.*

I – Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário. Precedentes.

II – Quanto ao art. 557 do CPC, na linha do entendimento desta Corte, é constitucionalmente legítima a, 'atribuição conferida ao relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este – RISTF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/1990, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/1998 – desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado' (RE 321.778-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Velloso).

III – Agravo regimental improvido."

5. Decisões no mesmo sentido: AI 525.766, da relatoria do Ministro Marco Aurélio; e RE 548.676 e 548.767, ambos da relatoria do Ministro Eros Grau.

Assim, frente ao § 1º-A do art. 557 do CPC, dou provimento ao recurso, para determinar que o Juizado Especial Federal Previdenciário da 3ª Região aprecie o direito da ora recorrente à percepção do benefício previdenciário pleiteado.

2. Pois bem, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) alega ser necessário o prévio requerimento administrativo para o ajuizamento da ação previdenciária.

3. Mantida a decisão agravada, submeto o feito à apreciação desta nossa Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Feito o relatório, passo ao voto. Ao fazê-lo, consigno que o recurso não merece acolhida. Isso porque, segundo assentado na decisão agravada, afina com a jurisprudência dessa nossa Corte, em ambas as Turmas, no sentido de que não há o condicionamento ao prévio indeferimento do pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo para o acesso ao Poder Judiciário. Leiam-se, por ilustrativas, as seguintes ementas:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Previdência social. Pensão por morte. Prévio requerimento administrativo. Negativa da autarquia previdenciária como condição para o acesso ao Poder Judiciário. Desnecessidade.

1. Não há no texto constitucional norma que institua a necessidade de prévia negativa de pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condicionante ao pedido de provimento judicial.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 548.676, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Eros Grau.)

Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Previdenciário. Benefício. Prévio requerimento administrativo. Negativa da autarquia previdenciária como condição da ação: desnecessidade. Art. 557 do CPC. Atribuições do relator. Agravo regimental improvido.

I – Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário. Precedentes.

II – Quanto ao art. 557 do CPC, na linha do entendimento desta Corte, é constitucionalmente legítima a "atribuição conferida ao relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este – RISTF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/1990, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/1998 – desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado" (RE 321.778-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Velloso).

III – Agravo regimental improvido.

(RE 549.238-AgR, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.)

6. Ante o exposto, meu voto é pelo desprovimento do agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

RE 549.055-AgR/SP — Relator: Ministro Ayres Britto. Agravante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS (Procurador: Procurador-Geral Federal). Agravado: Manoel Gomes de Jesus (Advogado: Sebastião Carlos Ferreira Duarte).

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, 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. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 564.413 — SC

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Incasa S.A. — Recorrida: União

Imunidade – Capacidade ativa tributária. A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita.

Imunidade – Exportação – Receita – Lucro. A imunidade prevista no inciso I do § 2º do art. 149 da Carta Federal não alcança o lucro das empresas exportadoras.

Lucro – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – Empresas exportadoras. Incide no lucro das empresas exportadoras a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao recurso extraordinário, por maioria e nos termos do voto do Relator, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de agosto de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negou provimento a recurso de apelação, ante fundamentos assim resumidos (fl. 130):

> *Tributário – Contribuição Social sobre o Lucro – Receitas oriundas das operações de exportações – Emenda Constitucional n. 33/2001.*
>
> O contribuinte não tem direito de excluir da base de cálculo da CSLL as receitas oriundas das operações de exportação efetuadas a partir da Emenda Constitucional n. 33/2001, pois sua base de cálculo é o lucro líquido, que não se confunde com a receita.

No extraordinário de fls. 134 a 167, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, a contribuinte articula com a transgressão do inciso I do § 2º do art. 149 da Lei Fundamental, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 33/2001. Aduz não ser cabível a distinção entre receitas de exportação e lucro. Assevera constituir o lucro receita qualificada, apresentada de forma depurada, com as inclusões e exclusões previstas na legislação tributária. Diz, em última análise, estar-se tributando as receitas em extensão maior ou menor, quando se tributa o lucro.

Prossegue citando precedente do Supremo, para afirmar não ser pertinente a imposição de restrição, pelo legislador infraconstitucional, de aplicação de regra de imunidade. Ainda com base na jurisprudência do Tribunal, menciona a necessidade de o intérprete, considerado o instituto da imunidade tributária, "fazer os imprescindíveis confrontos e as necessárias conotações de ordem teleológica, toda vez que tiver de dedicar-se à exegese dos dispositivos constitucionais instituidores de tais princípios" (fl. 147).

Sustenta ter o poder constituinte derivado, mediante reforma no texto constitucional, implementado regra geral de incentivo às exportações, de maneira a viabilizar a concorrência entre produtos nacionais e estrangeiros. Assevera ter a emenda visado a alcançar as contribuições de forma genérica e não somente o PIS e Cofins, já excluídas de tributação por regra de isenção. Transcreve os ensinamentos doutrinários do Professor Roque Carrazza, em que assentado tal entendimento. Afirma existir, na legislação do Imposto de Renda, procedimentos que operacionalizam a forma de exclusão das receitas de exportação da base de cálculo. Alfim, requer o provimento do extraordinário, de forma a ser assegurado, relativamente à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), o direito à imunidade prevista na atual redação do inciso I do § 2º do art. 149 do Diploma Maior.

A União apresentou as contrarrazões de fls. 172 a 176. Aduz não estar a CSLL abrangida pela imunidade preceituada no § 2º do art. 149, ante a circunstância de alcançar apenas as contribuições enunciadas na cabeça do dispositivo. Ressalta encontrar-se a CSLL prevista no art. 195 do Diploma Maior, não sendo abrangida pela imunidade. Destaca mostrarem-se distintos os conceitos de lucro e receita. Argumenta competir à lei a fixação da base de cálculo dos tributos. Assevera ser o conceito de lucro real definido em norma legal, integrando-o as parcelas ali versadas.

O procedimento atinente ao Juízo primeiro de admissibilidade encontra-se à fl. 178.

A repercussão geral da questão constitucional foi reconhecida pelo Plenário mediante votação eletrônica finalizada em 29 de novembro de 2007.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 188 a 197, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso. Assim resumiu o entendimento sobre o tema (fl. 189):

> *Constitucional. Tributário. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Imunidade quanto a contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico conferida pelo art. 149, § 2º, I, da CF sobre as receitas decorrentes de exportação. Inaplicabilidade.*
>
> 1. O parágrafo segundo, inciso I, do artigo 149, da CF, acrescentado pela EC 33/2001, determina que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico previstas no *caput* do referido artigo não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.

2. Sendo a CSLL e a CPMF contribuições de natureza distinta daquela prevista pelo artigo 149 da CF – contribuição social geral –, à elas não se estende a imunidade prevista no § 2º do aludido dispositivo.

3. Além disto, o fato gerador dos tributos em questão não guarda qualquer relação com aquele objeto da imunidade – receita decorrente de exportações.

4. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Os pressupostos gerais de recorribilidade foram observados. A peça, subscrita por profissional da advocacia regularmente credenciado (fl. 14), restou protocolada no prazo a que tem jus a recorrente.

Cumpre examinar o enquadramento, ou não, do recurso no permissivo da alínea *a* do inciso III do art. 102 da Carta da República, presente, a esta altura, o reconhecimento da repercussão geral do tema nele veiculado.

Interpretem a Constituição Federal de forma sistemática e teleológica, compreendendo-a como um grande todo a revelar preceitos, expressões e vocábulos com sentido próprio. Reitero o que já ressaltei nesta Corte, em voto proferido no RE 240.785-2/MG, versando a constitucionalidade da inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na base de cálculo do PIS e da Cofins, cujo julgamento ainda se encontra pendente de conclusão pelo Plenário:

> Em voto proferido no RE 71.758, *RTJ* 66/165, na dicção do Ministro Luiz Gallotti, "se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário escrito na Constituição", sendo que, consoante salientado pela melhor doutrina, a Cofins só pode incidir sobre o faturamento e, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas. *A contrario sensu*, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da contribuição. Deve-se atentar para o princípio da razoabilidade pressupondo-se a fidelidade do texto constitucional, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que possuem, tendo em vista a doutrina e a jurisprudência. Por isso mesmo, o art. 110 do Código Tributário Nacional conta com regra simplesmente pedagógica, didática, a revelar que:
>
> > "A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias."

Volto à Constituição Federal e tenho presente princípio básico considerado esse valor maior que é a seguridade social. Financiam-na toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e certas contribuições sociais.

Sob o ângulo da obrigação do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, as contribuições sociais incidem sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, a pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Já aqui, veio a Emenda Constitucional 20/1998 a modificar o quadro de incidência da contribuição. Antes, o inciso I do art. 195 do Diploma Maior previa a incidência sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

Quando em vigor a redação primitiva do preceito, o Tribunal, ao julgar o RE 166.772-9/RS, no qual funcionei como Relator, concluiu não existir campo propício para a incidência, considerada a relação jurídica de prestação de serviços, sem que houvesse a satisfação de salário, tomado o vocábulo como a revelar vínculo empregatício. Eis o que assentou o Tribunal:

> *Interpretação – Carga construtiva – Extensão.* Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe "inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que 'conviria' fosse por ela perseguida" – Celso Antônio Bandeira de Mello – em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele.
>
> *Constituição – Alcance político – Sentido dos vocábulos – Interpretação.* O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos, quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.
>
> *Seguridade social – Disciplina – Espécies – Constituições Federais – Distinção.* Sob a égide das Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, bem como da Emenda Constitucional 1/1969, teve-se a previsão geral do tríplice custeio, ficando aberto campo propício a que, por norma ordinária, ocorresse a regência das contribuições. A Carta da República de 1988 inovou. Em preceitos exaustivos – incisos I, II e III do art. 195 –, impôs contribuições, dispondo que a lei poderia criar novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecida a regra do art. 154, inciso I, nela inserta (§ 4º do art. 195 em comento).
>
> *Contribuição social – Tomador de serviços – Pagamentos a administradores e autônomos – Regência.* A relação jurídica mantida com administradores e autônomos não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador dos serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorra via folha de salários. Afastado o enquadramento no inciso I do art. 195 da Constituição Federal, exsurge a desvalia constitucional da norma ordinária disciplinadora da matéria. A referência contida no § 4º do art. 195 da Constituição Federal ao inciso I do art. 154 nela insculpido, impõe a observância de veículo próprio – a lei complementar. Inconstitucionalidade do inciso I do art. 3º da Lei 7.787/1989, no que abrangido o que pago a administradores e autônomos. Declaração de in-

constitucionalidade limitada pela controvérsia dos autos, no que não envolvidos pagamentos a avulsos.

Pois bem, observada a boa técnica própria aos textos legais, notou-se a necessidade de aludir-se ao gênero rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, a pessoa natural prestadora desses serviços, indo-se além para dizer-se, pedagogicamente, da irrelevância de não estar configurado o vínculo empregatício – "mesmo sem vínculo empregatício".

A par desse aspecto, com a alteração decorrente da mencionada Emenda, a base da incidência da contribuição passou a ser ainda mais abrangente. Agora, não só o faturamento serve a tal fim. Ocorreu a inserção, na alínea *b* do inciso I do art. 195 do Diploma Maior, do vocábulo "receita". Isso aconteceu após questionamentos sobre ter o legislador, ao aprovar o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, desvirtuado o conceito de faturamento. Segundo esse último dispositivo, dever-se-ia entender por faturamento a receita bruta, configurando esta "a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas".

O Supremo, julgando os RE 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS, por mim relatados, e n. 346.084-6/PR, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em que atuei como Redator do acórdão, declarou a inconstitucionalidade do referido parágrafo. Na ocasião, assentou a tomada das expressões "receita bruta" e "faturamento", na óptica anterior à Emenda, como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

O cenário normativo constitucional de 1988 veio à balha com previsão de imunidade quanto às contribuições em geral para a seguridade, muito embora cometido o equívoco de aludir-se à isenção, instituto próprio considerado o legislador comum. Dispôs-se de forma abrangente não a partir de espécie de contribuição, mas, ante o gênero – "contribuição para a seguridade social" –, presente a qualificação da pessoa jurídica. O § 7º do art. 195 da Constituição Federal não versa sobre a exclusão da contribuição, ou seja, a imunidade, no tocante a certa base de incidência, mostrando-se largo ao estabelecer:

> § 7º São isentas [leia-se são imunes] de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Reafirmo, a mais não poder, que as citadas entidades, uma vez observadas as exigências prescritas em lei – e aqui não adentrarei o mérito sobre a necessidade de norma de natureza complementar ou ordinária –, estão imunes relativamente ao gênero "contribuição para a seguridade social".

Pois bem, com a Emenda Constitucional 33/2001, em política fiscal de incentivo às exportações, passou-se a dispor sobre imunidade quanto às contribuições – gênero –, incluídas as contribuições de intervenção no domínio econômico.

De início, afasto a possibilidade de resolver a questão a partir da óptica da União. Não procede o que asseverado sob o ângulo da ênfase dada à seguridade

social, sustentando-se apenas haver, no tocante aos tributos cuja arrecadação destina-se a esta última, a imunidade do § 7º do art. 195 da Carta de 1988. É que o art. 149 refere-se ao gênero "contribuições sociais" e, mais especificamente, a nova regra de imunidade encontra previsão em parágrafo que também remete às citadas contribuições sociais, considerada a redação da cabeça do artigo. Iniludivelmente, aplica-se o inciso I do § 2º do art. 149 em comento às contribuições sociais que visam a manter a seguridade social, sob pena de distinguir-se onde a norma não distingue, sob pena de olvidar-se o objeto da imunidade – incentivo às exportações. O referido preceito trata da imunidade de forma abrangente. Mostra-se necessário tomar o dispositivo tal como ele se contém.

Em bom vernáculo, presente o sistema da Constituição Federal – e aqui levo em conta a distinção versada no art. 195 quanto à folha de salários e aos demais rendimentos do trabalho, à receita ou faturamento e ao lucro, institutos com significados próprios ante a organicidade do Direito –, previu-se regra de imunidade específica, incidente sobre as receitas decorrentes de exportação.

O uso do vocábulo "receitas" encontra justificativa. Visou-se, em determinado estágio, a evitar-se a subtração de valores, considerado o aporte advindo das exportações, incentivando-se, com isso, a atividade. A par de não se poder, diante do tratamento conferido pelo Diploma Maior, confundir receita ou faturamento com lucro, nota-se que a limitação da imunidade apresenta motivação plausível. Uma coisa é haver a incidência independentemente do êxito alcançado em termos de enriquecimento. Outra diferente é caminhar-se para, verificado resultado positivo, auferindo a pessoa jurídica lucro, afastar-se a incidência da contribuição. Evidentemente, o objeto da imunidade se fez todo peculiar, mediante exclusão explícita de certa base da contribuição social, inconfundível com a revelada em passo subsequente, em outro momento – e, portanto, todo próprio, presente o que logrado com o negócio jurídico e a subtração das despesas, dos ônus inerentes –, a fase do êxito, do lucro.

Se ficar entendido que o vocábulo "receita", tal como previsto no inciso I do § 2º do art. 149, engloba algo totalmente diverso – o lucro –, acabar-se-á aditando norma a encerrar benefício para o contribuinte considerada certa etapa, contrariando-se a lição de Luiz Gallotti transcrita no início deste voto. E mais, deixará capenga o sistema constitucional, no que passará a albergar a distinção entre receita e lucro, em face da incidência da contribuição social para as pessoas jurídicas em geral e, de forma incongruente, a alusão explícita a receita a ponto de alcançar, também, o lucro quanto a certo segmento de contribuintes – os exportadores.

Ressalto haver sido editada a Emenda Constitucional 33/2001 à luz do texto primitivo da Carta Federal. Logicamente, a ela não se pode, em interpretação ampliativa, conferir alcance que com este se mostre em conflito. Esta Corte, em julgamentos anteriores, distinguiu o sentido vernacular e técnico de vocábulos, quase sempre em benefício do contribuinte – no RE 166.772-9/RS, assentou não estarem abrangidos pela expressão "folha de salários" os pagamentos efetuados a autônomos e administradores; no RE 116.121-3/SP, proclamou não se poder considerar serviço a locação de bens, não sendo passível de tributação pelo ISS;

no RE 170.058-1/SC, concluiu não caber falar em imposto de renda sem que haja acréscimo patrimonial representado pela aquisição ou disponibilidade sobre a renda; no RE 357.950-9/RS, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal mediante o qual se fez incluir, no conceito de faturamento, todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa.

Pois bem, o princípio do terceiro excluído bem como o sistema constitucional até aqui proclamado pelo Tribunal afastam a visão simplória de assentar-se que, estando o principal – a receita – imune à incidência da contribuição, também o estará o acessório – o lucro. A regra civilista segundo a qual o acessório segue a sorte do principal não é adequada à solução do conflito. O legislador poderia muito bem ter estendido ainda mais a imunidade, mas mediante opção político-legislativa constitucional não o fez, não cabendo ao Judiciário esta tarefa. Jungiu-a, repito, a receitas decorrentes de exportação, inconfundíveis com algo passível de não ocorrer, ou seja, o lucro.

Desprovejo o extraordinário.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, começo consignando a coerência da Procuradoria-Geral da República. O parecer é pelo conhecimento e desprovimento do recurso no processo sob a minha relatoria e que envolve a contribuinte Incasa.

A única distinção, tendo em conta os objetos desses recursos, é que, no caso sob a minha relatoria, apenas se discute a contribuição social sobre o lucro e se busca definir, nesta Corte, o alcance do texto da Lei Maior quanto à imunidade introduzida pela Emenda Constitucional 33/2001. Houve a admissão, como já anunciado por Vossa Excelência, da repercussão geral e se articula, no recurso, com regência própria – a regência do art. 195 da Carta Federal.

Tenho, portanto, o relatório como feito.

VOTO
(Incidências)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, quanto ao tributo que surgiu masculino e depois passou a ser feminino – IPMF e CPMF –, concluo que não se fez alcançado pela norma de imunidade decorrente da Emenda 33. E assim o faço, sem emprestar ao preceito interpretação verbal, gramatical, porque a alusão é à contribuição social. E a CPMF, como o IPMF – em que pese inclusive à peregrinação do Professor Jatene, o qual dizia que visava salvar a saúde –, é uma contribuição de intervenção no domínio econômico e não propriamente dita, sob o ângulo da especificidade, uma contribuição social.

Portanto, no tocante ao recurso, sob a relatoria de Vossa Excelência e levando em conta a CPMF, a ele nego provimento.

O Tribunal ainda não enfrentou, considerado pronunciamento definitivo, a questão alusiva à contribuição social sobre o lucro líquido, se estaria ela ou não apanhada pela norma de imunidade.

Digo que não enfrentou porque, do Plenário – e somei o voto ao do Relator Ministro Cezar Peluso –, não participaram os Ministros Celso de Mello, Eros Grau e Menezes Direito porque justificadamente ausentes, isso tendo em vista a cautelar, sempre precária e efêmera.

Registrei, no voto proferido, que haveria, no caso, relevância para emprestar-se ao citado recurso, além do efeito de evitar o trânsito em julgado e o efeito devolutivo, também o suspensivo.

Presidente, começo consignando que a Constituição Federal deve ser interpretada de forma sistemática e teleológica, compreendida como um grande todo a revelar preceitos, expressões e vocábulos com sentido próprio.

Em voto prolatado no RE 240.785-2/MG, versando a constitucionalidade da inclusão do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços na base de cálculo do PIS e da Cofins, cujo julgamento ainda se encontra pendente de conclusão, ressaltei nesta Corte:

> Em voto proferido no RE 71.758, *RTJ* 66/165, na dicção do Ministro Luiz Gallotti, "se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário escrito na Constituição"

E depois de citar esse trecho do saudoso Ministro Luiz Gallotti, fiz ver:

> (...) sendo que, consoante salientado pela melhor doutrina, a Cofins só pode incidir sobre o faturamento e, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas. *A contrario sensu*, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da contribuição. Deve-se atentar para o princípio da razoabilidade pressupondo-se a fidelidade do texto constitucional, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que possuem, tendo em vista a doutrina e a jurisprudência. Por isso mesmo, o art. 110 do Código Tributário Nacional conta com regra simplesmente pedagógica, didática, a revelar que:
>
> > "A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias."
>
> Volto à Constituição Federal e tenho presente princípio básico considerado esse valor maior que é a seguridade social. Financiam-na toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e certas contribuições sociais.
>
> Sob o ângulo da obrigação do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, as contribuições sociais incidem sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, a pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Já aqui, veio a Emenda Constitucional 20/1998 a modificar o quadro de incidência da

contribuição. Antes, o inciso I do art. 195 do Diploma Maior previa a incidência sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

Quando em vigor a redação primitiva do preceito, o Tribunal, ao julgar o RE 166.772-9/RS, no qual funcionei como Relator, concluiu não existir campo propício para a incidência, considerada a relação jurídica de prestação de serviços, sem que houvesse a satisfação de salário, tomado o vocábulo como a revelar vínculo empregatício. Eis o que assentou o Tribunal:

Interpretação – Carga construtiva – Extensão. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. – por isso se diz mesmo que a interpretação é um ato de vontade – No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe "inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que 'conviria' fosse por ela perseguida" – Celso Antônio Bandeira de Mello – em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele.

Disse aqui, perdoe-me o Ministro Eros Grau, novamente:

Constituição – Alcance político – Sentido dos vocábulos – Interpretação. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.

Seguridade Social – Disciplina – Espécies – Constituições Federais – Distinção. Sob a égide das Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, bem como da Emenda Constitucional 1/1969, teve-se a previsão geral do tríplice custeio, ficando aberto campo propício a que, por norma ordinária, ocorresse a regência das contribuições. A Carta da República de 1988 inovou. Em preceitos exaustivos – incisos I, II e III do art. 195 – impôs contribuições, dispondo que a lei poderia criar novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecida a regra do art. 154, inciso I, nela inserta (§ 4º do art. 195 em comento).

Contribuição social – Tomador de serviço..." – e, aí, lancei a distinção entre a tomada de serviços, considerado o vínculo empregatício, a desaguar em contra prestação – o salário – e a tomada de serviço, considerada a autonomia.

Pois bem, observada a boa técnica própria aos textos legais, notou-se a necessidade de aludir-se ao gênero rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título..." – porque se pretendeu, Presidente, cobrar a contribuição também em relação aos autônomos. O Tribunal, decidindo a favor dos contribuintes, assentou que não, que salário remetia – salário referido no 195 –, ao vínculo empregatício – "a pessoa natural prestadora desses serviços, indo-se além para dizer-se, pedagogicamente, da irrelevância de não estar configurado o vínculo empregatício – "mesmo sem vínculo empregatício".

A par desse aspecto, com a alteração decorrente da mencionada Emenda, a base da incidência da contribuição passou a ser ainda mais abrangente. Agora, não só o faturamento serve a tal fim. Ocorreu a inserção, na alínea *b* do inciso I do art. 195 do Diploma Maior, do vocábulo "receita". Isso aconteceu após questionamentos sobre ter o legislador, ao aprovar o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, desvirtuado o conceito de faturamento. Segundo esse último dispositivo, dever-se-ia

entender por faturamento a receita bruta, configurando esta "a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Mais uma vez, o Tribunal decidiu a favor dos contribuintes com apego à linguagem utilizada pelos constituintes.

O Supremo, julgando os RE 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS, por mim relatados, e n. 346.084-6/PR, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em que atuei como redator para o acórdão, declarou a inconstitucionalidade do referido parágrafo.

Por quê? Porque teria ido além, incluindo, no conceito de faturamento, aportes decorrentes de atividades diversas e não apenas dos negócios jurídicos próprios à atividade principal da empresa.

Na ocasião, assentou a tomada das expressões "receita bruta" e "faturamento", na óptica anterior à emenda, como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

O cenário normativo constitucional de 1988 veio à balha com previsão de imunidade quanto às contribuições em geral para a seguridade, muito embora cometido o equívoco de aludir-se à isenção, instituto próprio considerado o legislador comum. Dispôs-se de forma abrangente não a partir de espécie de contribuição, mas, ante o gênero – "contribuição para a seguridade social" –, presente a qualificação da pessoa jurídica. O § 7º do art. 195 da Constituição Federal não versa sobre a exclusão da contribuição, ou seja, a imunidade, no tocante a certa base de incidência, mostrando-se largo ao estabelecer:

"§ 7º São isentas [leia-se são imunes] de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei."

Reafirmo, a mais não poder, que as citadas entidades, uma vez observadas as exigências prescritas em lei – e aqui não adentrarei o mérito sobre a necessidade de norma de natureza complementar ou ordinária –, estão imunes relativamente ao gênero "contribuição para a seguridade social".

Pois bem, com a Emenda Constitucional 33/2001, em política fiscal de incentivo às exportações, passou-se a dispor sobre imunidade quanto às contribuições – gênero –, incluídas as contribuições de intervenção no domínio econômico.

De início, afasto a possibilidade de resolver a questão a partir da óptica da União. Não procede o que asseverado sob o ângulo da ênfase dada à seguridade social, sustentando-se apenas haver, no tocante aos tributos cuja arrecadação destina-se a esta última, a imunidade do § 7º do art. 195 da Carta de 1988.

Conforme consignei, o preceito é abrangente e, no caso, parte da qualificação do contribuinte – entidades de assistência, entidades beneficentes. Então, digo que não procede a óptica.

Continuo:

É que o art. 149 refere-se ao gênero "contribuições sociais" e, mais especificamente, a nova regra de imunidade encontra previsão em parágrafo que também remete às citadas contribuições sociais, considerada a redação da cabeça do artigo.

Iniludivelmente, aplica-se o inciso I do § 2º do art. 149 em comento às contribuições sociais que visam a manter a seguridade social, sob pena de distinguir-se onde a norma não distingue, sob pena de olvidar-se o objeto da imunidade – incentivo às exportações. O referido preceito trata da imunidade de forma abrangente. Mostra-se necessário tomar o dispositivo tal como ele se contém.

Em bom vernáculo, presente o sistema da Constituição Federal – e aqui levo em conta a distinção versada no art. 195 quanto à folha de salários e aos demais rendimentos do trabalho, à receita ou faturamento e ao lucro, institutos com significados próprios ante a organicidade do Direito –, previu-se regra de imunidade específica, incidente sobre as receitas decorrentes de exportação.

O uso do vocábulo "receitas" encontra justificativa. Visou-se, em determinado estágio, a evitar-se a subtração de valores, considerado o aporte advindo das exportações, incentivando-se, com isso, a atividade. A par de não se poder, diante do tratamento conferido pelo Diploma Maior, confundir receita ou faturamento com lucro, nota-se que a limitação da imunidade apresenta motivação plausível. Uma coisa é haver a incidência independentemente do êxito alcançado em termos de enriquecimento. Outra diferente é caminhar-se para, verificado resultado positivo, auferindo a pessoa jurídica lucro, afastar-se a incidência da contribuição. Evidentemente, o objeto da imunidade se fez todo peculiar, mediante exclusão explícita de certa base da contribuição social, inconfundível com a revelada em passo subsequente, em outro momento – e, portanto, todo próprio, presente o que logrado com o negócio jurídico e a subtração das despesas, dos ônus inerentes –, a fase do êxito, do lucro.

Se ficar entendido que o vocábulo "receita", tal como previsto no inciso I do § 2º do art. 149, engloba algo totalmente diverso – o lucro –, acabar-se-á aditando norma a encerrar benefício para o contribuinte considerada certa etapa, contrariando-se a lição de Luiz Gallotti transcrita no início deste voto. E mais, deixará capenga o sistema constitucional, no que passará a albergar a distinção entre receita e lucro, em face da incidência da contribuição social para as pessoas jurídicas em geral e, de forma incongruente, a alusão explícita a receita a ponto de alcançar, também, o lucro quanto a certo segmento de contribuintes – os exportadores.

Ressalto haver sido editada a Emenda Constitucional 33/2001 à luz do texto primitivo da Carta Federal. Logicamente, a ela não se pode, em interpretação ampliativa, conferir alcance que com este se mostre em conflito. Esta Corte, em julgamentos anteriores, distinguiu o sentido vernacular e técnico de vocábulos, quase sempre em benefício do contribuinte – no RE 166.772-9/RS, assentou não estarem abrangidos pela expressão "folha de salários" os pagamentos efetuados a autônomos e administradores; no RE 116.121-3/SP, proclamou não se poder considerar serviço a locação de bens, não sendo passível de tributação pelo ISS; no RE 170.058-1/SC, concluiu não caber falar em imposto de renda sem que haja acréscimo patrimonial representado pela aquisição de disponibilidade sobre a renda; no RE 357.950-9/RS, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal mediante o qual se fez incluir, no conceito de faturamento, todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa.

Pois bem, o princípio do terceiro excluído bem como o sistema constitucional até aqui proclamado pelo Tribunal afastam a visão simplória de assentar-se que, estando o principal – a receita – imune à incidência da contribuição, também o estará o acessório – o lucro. A regra civilista segundo a qual o acessório segue a sorte do principal não é adequada à solução do conflito. O legislador poderia muito bem ter estendido ainda mais a imunidade, mas mediante opção político-legislativa

constitucional não o fez, não cabendo ao Judiciário esta tarefa. Jungiu-a, repito, a receitas decorrentes de exportação, inconfundíveis com algo passível de não ocorrer, ou seja, o lucro.

Peço vênia a Vossa Excelência para desprover, também quanto à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, o recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: No presente caso, a controvérsia restringe-se à abrangência da regra de imunidade tributária prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição da República, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 33, de 12 de dezembro de 2001.

Discute-se se a mencionada regra de desoneração tributária seria aplicável à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – instituída com base no art. 195, I, *c*, da Constituição Federal.

No caso, o acórdão recorrido afirmou que a imunidade instituída no art. 149, § 2º, I, da Constituição da República não abrangeria as referidas contribuições sociais, haja vista a existência de postulado hermenêutico segundo o qual os enunciados normativos constitucionais que veiculam imunidades deveriam ser interpretados de forma restritiva.

Por conseguinte, tendo em vista que o conceito de receita não se confundiria com o de lucro, apenas as exações instituídas com base nos arts. 195, I, *b*, e 239 da Constituição (Cofins e PIS, respectivamente) estariam incluídas no âmbito de incidência da regra desonerativa.

No presente recurso extraordinário, a recorrente alega que a finalidade da EC 33/2001, ao criar nova hipótese de imunidade tributária, teria sido a de afastar a incidência da CSLL sobre as receitas decorrentes de exportação, pois, em relação ao PIS e à Cofins, já existiriam dispositivos infraconstitucionais isentando essas receitas.

Argumenta, ademais, que o estímulo à desoneração das exportações constituiria princípio inerente a nossa ordem constitucional.

Por derradeiro, sustenta a necessidade de se conferir, consoante jurisprudência reiterada desta Corte, interpretação extensiva ou compreensiva às regras gerais de imunidade. Segundo a recorrente, o conceito de lucro decorreria logicamente do de receita e, portanto, deveria ser abrangido pela regra desonerativa.

Eis o teor do dispositivo constitucional controvertido:

> 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 ação 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.
>
> (...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.

Não há dúvida, pois, de que se trata de regra de imunidade tributária, que veda à União, sob pena de inconstitucionalidade, a instituição de contribuição que incida sobre as receitas decorrentes de exportação. Controvérsia há, todavia, acerca da abrangência dessa regra desonerativa.

Com efeito, a interpretação meramente literal do dispositivo poderia conduzir à conclusão de que apenas as contribuições instituídas com fundamento nos arts. 195, I, *b*, (Cofins) e 239 (PIS) da Carta Magna seriam abrangidas pela regra da imunidade. Isso porque as exações instituídas com base nesses enunciados normativos têm, por expressa disposição constitucional, a realização de receita como o seu fato gerador.

Todavia, tal exegese, que restringe em demasia os efeitos do dispositivo constitucional, destoa da jurisprudência desta Corte acerca da interpretação a ser conferida aos dispositivos que veiculam regras de imunidade tributária.

Não obstante o fato de que, em alguns julgados, este Supremo Tribunal Federal tenha adotado uma interpretação ampliativa das imunidades, de modo a abarcar fatos, situações ou objetos *a priori* não abrangidos pela expressão literal do enunciado normativo, e, em outros, tenha excluído da regra desonerativa algumas hipóteses fáticas, por intermédio de uma interpretação que se poderia denominar de restritiva, é indubitável que, em todas essas decisões, a Corte sempre se ateve às finalidades constitucionais às quais estão vinculadas as mencionadas regras de imunidade tributária.

Tanto para ampliar o alcance da norma quanto para restringi-lo, o Tribunal sempre adotou uma interpretação teleológica do enunciado normativo.

No sentido da interpretação ampliativa (ampliação teleológica), destacam-se os seguintes julgados: RE 221.239/SP, Rel. Min. Ellen Gracie. *DJ* de 6-8-2004, em que esta Corte entendeu que a imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da CF/1988 também abrangeria os "álbuns de figurinha"; RE 221.395, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 21-5-2000, no qual foi declarado que os imóveis utilizados como escritório e residência de membros de instituições de educação e de assistência social estariam inseridos na regra desonerativa do art. 150, VI, *c*, § 4º, da CF/1988; RE 144.900, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 26-9-1997, em que se definiu que a mencionada regra de imunidade também alcançaria as rendas obtidas pelas instituições de assistência social mediante a cobrança de estacionamento de veículos em área interna da entidade; RE 116.188/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 16-3-1990, no qual se entendeu que a prestação de serviços de diversão pública por entidades de assistência social gozaria de imunidade tributária.

No sentido da exegese restritiva (redução teleológica), podem ser citadas as seguintes decisões: RE 169.628, Rel. Min. Maurício Corrêa. *DJ* de 19-4-2002, em que se decidiu que o terceiro adquirente de títulos da dívida agrária não

seria contemplado pela regra desonerativa prevista no art. 184, § 5º, da CF/1988; RE 178.863/SP. Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 30-5-1997, no qual se afirmou que apenas os materiais relacionados com papel estariam abrangidos pela imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da CF/1988; RE 134.573, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 29-9-1995, em que se entendeu que entidades de assistência social que auferem renda com produção e venda de pães não gozariam de imunidade.

Isso porque as regras de imunidade tributária – embora imediatamente prescritivas, impondo aos entes federativos um dever de abstenção legislativa – têm por escopo a consecução de determinadas finalidades ou a preservação de certos valores consagrados no texto constitucional. E somente à luz dessas finalidades e valores, elas devem ser interpretadas.

A regra de imunidade não se afigura apenas como simples óbice à imposição de um gravame tributário, mas como a exclusão de determinada atividade, situação ou objeto do âmbito da tributação, com vistas ao atendimento de um escopo constitucional.

Nesse sentido o magistério de José Souto Maior Borges:

> Sistematicamente através da imunidade resguardam-se princípios, ideias-força ou postulados essenciais ao regime político. Consequentemente, pode-se afirmar que as imunidades representam muito mais um problema do direito constitucional do que um problema de direito tributário. (...)
>
> Analisada sob o prisma do fim, objetivo ou escopo, a imunidade visa a assegurar certos princípios fundamentais ao regime, a incolumidade dos valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretendem manter livres das interferências ou perturbações da tributação (...)
>
> A imunidade, diversamente do que ocorre com a isenção, não se caracteriza como regra excepcional frente ao princípio da generalidade do tributo.
>
> (BORGES, José Souto Maior. *Isenções Tributárias*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 184-185.)

Por conseguinte, na definição do conteúdo semântico de um enunciado normativo que veicule uma imunidade tributária, deve-se perquirir qual finalidade constitucional ensejou a sua instituição. Somente por intermédio desse esforço interpretativo, é possível definir se determinado fato está ou não excluído da competência impositiva de determinado ente.

Constata-se, pois, a impertinência de se afirmar genericamente que as imunidades sempre deverão ser interpretadas de forma ampla ou restrita.

Apenas em relação às normas constitucionais que atribuem competência tributária e às normas legais que instituem isenções pode-se afirmar peremptoriamente que a interpretação constitucionalmente adequada é a restritiva ou a literal. As primeiras, por constituírem restrições à liberdade e à propriedade do cidadão. E as segundas, por se caracterizarem como regras excepcionais "frente ao princípio da generalidade do tributo" (BORGES, José Souto Maior, op. cit., p. 185).

Assim, a admissão de uma interpretação ampla das normas de imunidade dependerá do contexto normativo e das circunstâncias do caso. Também devem

ser ponderadas as finalidades e os princípios que a regra desonerativa busca resguardar com outros princípios e interesses também consagrados no texto constitucional.

A adoção, por esta Corte, de uma interpretação teleológica das normas de imunidade tributária se extrai facilmente da leitura das ementas dos seguintes julgados:

> *Constitucional. Tributário. Imunidade. Art. 150, VI, d, da CF/1988. "Álbum de figurinhas". Admissibilidade.* 1. **A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação.** 2. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. 3. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.
> (RE 221.239/SP, Rel. Min. Ellen Gracie. *DJ* de 6-8-2004.)

> *Imunidade tributária. Livro. Constituição, art. 19, inciso III, alínea d. Em se tratando de norma constitucional relativa as imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transparecerem os princípios e postulados nela consagrado. O livro, como objeto da imunidade tributária, não é apenas o produto acabado, mas o conjunto de serviços que o realiza, desde a redação, até a revisão de obra, sem restrição dos valores que o formam e que a constituição protege.*
> (RE 102.141/RJ, Rel. Min. Carlos Madeira. *DJ* de 29-11-1985.)

Fixadas tais premissas, é possível vislumbrar, no caso, uma aparente tensão entre dois valores, ambos de extração constitucional: a garantia do desenvolvimento nacional mediante o estímulo às exportações, que conduziria à interpretação ampliativa da imunidade, e a universalidade do financiamento da Seguridade Social, que militaria favoravelmente à interpretação literal do enunciado normativo.

No tocante ao estímulo às exportações, entendo razoável a sua admissão como diretriz decorrente do art. 3º, I, da Constituição, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional.

É possível extrair da Constituição Federal de 1988 clara orientação normativa no sentido da desoneração da atividade exportadora, com a finalidade de aumentar a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional. Nesse particular, cabe observar, sobretudo, as regras contidas nos arts. 153, § 2º, III, e 155, § 2º, X, da Constituição, que impedem a incidência do IPI e do ICMS sobre os produtos industrializados destinados ao exterior.

Sobre a desoneração ampla das exportações, cito o magistério de Misabel Derzi, em nota inserida no clássico de Aliomar Baleeiro, Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar:

> A Constituição de 1988, abrigando as tendências das anteriores, é marcada por duas características relevantes na política tributária, direcionada ao desenvolvimento:
>
> – estímulo ao desenvolvimento industrial, voltado à exportação;
>
> – incentivo ao desenvolvimento harmonioso da Federação, pela redução das desigualdades inter-regionais.
>
> Assim, foram repetidas as imunidades que marcaram as constituições anteriores, das últimas décadas como a imunidade do imposto incidente sobre a produção industrial destinada ao exterior (art. 153, § 3º, III) e a imunidade do imposto sobre a circulação desses mesmos produtos nas operações de exportação (art. 155, § 2º, X, *a*). Como registrou Aliomar Baleeiro, **trata-se de uma política destinada a impedir ou atenuar a exportação de impostos**, que afetam a competitividade dos produtos nacionais no mercado externo, a obtenção de divisas e o equilíbrio da balança de pagamentos. Coerentemente, tanto os créditos incidentes sobre a produção ou a circulação nas etapas anteriores eram mantidos para abatimento ou devolução, de modo que os produtos nacionais chegassem ao exterior livres de tributos.
>
> (BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 467.)

Nesse contexto, é que foi editada a Emenda Constitucional 33/2001, que introduziu na Constituição Federal a norma desonerativa relativa às contribuições sociais (art. 149, § 2º, I, da Constituição).

Na exposição de motivos da emenda, restou evidenciado o propósito desonerativo amplo:

> Com a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e ao gás natural, tornam-se necessárias as alterações propostas, como única forma de se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele, que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual. Assim, adotada a presente proposta, poder-se-á se implementar, sem nenhum obstáculo de natureza constitucional, uma forma de tributação dos referidos produtos que garanta a plena neutralidade tributária.
>
> (*Diário da Câmara dos Deputados*, 16-8-2008.)

Nesse sentido, são também relevantes as observações contidas no parecer do relator da Comissão Especial responsável pela análise da Proposta de Emenda à Constituição 227-A, de 2000, que deu origem à Emenda Constitucional 33:

> O dispositivo que desonera as receitas decorrentes de exportação e contribuições sociais e das contribuições de intervenção no domínio econômico é bastante pertinente, e até mesmo imprescindível, pois, dada a acirrada concorrência no comércio internacional não se pode admitir qualquer forma de agregação de tributos a bens e serviços exportados.

Por outro lado, argumenta-se que a exegese ampliativa violaria o princípio da universalidade do financiamento da Seguridade Social, previsto no art. 149, *caput*, da Constituição da República, ou até mesmo o princípio da igualdade, pois um determinado grupo, o dos exportadores, seria excluído da base de custeio da Seguridade Social. Estar-se-ia ampliando indevidamente o sentido do dispositivo constitucional.

Tal argumento revela-se totalmente infundado. Primeiro, cumpre esclarecer que a imunidade em questão é de índole objetiva, vinculada, portanto, a determinado fato ou objeto. Diversamente da subjetiva, não possui em seu suporte fático qualquer elemento ligado a características pessoais do contribuinte.

Por conseguinte, não se está afastando determinado segmento ou grupo social do financiamento da Seguridade Social, mas excluindo-se determinado fato da incidência tributária, em virtude de outros princípios constitucionais.

Ademais, a interpretação que revele o verdadeiro alcance da regra de imunidade não viola o princípio da igualdade, mas apenas o reafirma, na medida em que efetiva o desigual tratamento de situações desiguais.

À luz dessas premissas, é que se deve proceder à análise do conceito de lucro: se ele guarda pertinência, ou não, com o conceito de receita e se é alcançado pela teleologia da norma do art. 149, § 2º, I, da Constituição da República.

Não obstante sejam, em termos contábeis, econômicos, tributários ou jurídicos, conceitos diversos, o lucro sempre pressupõe a receita, e as diferenças entre esses institutos não são suficientes para excluir o lucro do âmbito de incidência da norma desonerativa.

Cumpre registrar que o art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal emprega a expressão "receita" no plural, diversamente do que ocorre com o art. 195, I, *b*, da Carta Magna. Tal dado configura indício de que a norma desonerativa possui suporte fático mais amplo do que a mencionada norma atributiva de competência tributária.

Sobre os conceitos de receita bruta, faturamento e receita líquida, esta Corte já se manifestou em diversos julgados. No julgamento do RE 150.755, *DJ* de 20-8-1993, o voto vencedor do Ministro Sepúlveda Pertence assentou que a receita bruta, tal como prevista no DL 2.397/1987 ("a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza"), corresponderia ao conceito de faturamento, restando vencidos os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

No julgamento da ADC 1, *DJ* de 16-6-1995, o Relator, Min. Moreira Alves, também afirmou a coincidência entre os conceitos de "faturamento" e "receita bruta":

> Note-se que a Lei Complementar 70/1991, ao considerar o faturamento como "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza" nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro *Ilmar Galvão*, no voto

> que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços "coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1° da Lei 187/1936).

No julgamento dos RE 357.950 e 346.084, Rel. Min. Marco Aurélio, este Supremo Tribunal Federal – ao declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, que ampliara o conceito de receita bruta – reafirmou a coincidência entre os termos "receita bruta" e "faturamento" e a sua distinção do termo "receita", que abrangeria a totalidade dos ingressos pecuniários e não apenas os decorrentes da atividade-fim (venda de mercadorias ou prestação de serviço) da empresa.

Por fim, no tocante ao conceito de receita líquida, o art. 280 do Regulamento do Imposto de Renda (Dec. 3.000/1999) o define como a receita bruta excluída as vendas canceladas e as devoluções.

É indubitável, pois, que o art. 149, § 2º, I, da Constituição, ao utilizar o termo "receitas decorrentes de exportação", abrange tanto a receita propriamente dita quanto a receita bruta, ou faturamento, e a receita líquida.

Definido, portanto, o conceito de receita, em suas diversas acepções, passo à análise do conceito constitucional de lucro.

A Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988, estabelece como hipótese de incidência da CSLL a obtenção de lucro em um determinado exercício. O art. 2º do mencionado diploma legal define como base de cálculo da exação "o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda".

Nesse ponto, convém esclarecer que o lucro tributado pela CSLL não se confunde com o lucro líquido definido pela legislação comercial (art. 191 da Lei 6.404/1976). Trata-se, em verdade, do lucro real, que pode ser conceituado como o "lucro líquido do exercício ajustado pelas adições e exclusões determinadas ou autorizadas pela legislação comercial". Cuida-se, pois, de conceito definido pela legislação tributária e não pelas disposições do Direito Civil ou Empresarial.

Da legislação tributária, portanto, extrai-se que lucro significa o resultado positivo em um determinado exercício, ou seja, a receita auferida nesse período menos as despesas necessárias à sua obtenção.

É certo, pois, que os lucros advindos de exportação pressupõem as receitas auferidas na mesma operação. E, se estas são contempladas pela imunidade, também os lucros devem ser.

O lucro não constitui figura jurídica desvinculada da receita, mas dela depende, até mesmo para a sua definição.

Nesse sentido o magistério de Roque Antônio Carrazza:

> A nosso ver, dentre as contribuições alcançadas pela norma imunizante em foco inclui-se a CSLL (contribuição social sobre o lucro líquido).

> Este tributo, delineado no art. 195, I, "c", da CF (...) foi instituído pela Lei 7.689, de 15-12-1988, cujo art. 2º aponta-lhe a base de cálculo: "o valor do resultado do exercício antes da provisão do imposto de renda".
>
> Tal dicção legal há de ser entendida como sinônima de "lucro", até porque é justamente sobre ele que a Constituição autoriza a criação da figura exacional em estudo.
>
> Muito bem, lucro é instituto afeto ao direito societário. De acordo com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15-12-1976), é a disponibilidade de riqueza nova apresentada pela pessoa jurídica ao cabo do período de apuração.
>
> Vai daí que, ao referir-se a lucro, a CF, em seu art. 195, I, "c", quis que a contribuição ali prevista recaia sobre um resultado final que leve em conta as receitas da pessoa jurídica, ajustadas aos ditames legais acima apontados. Em suma, que leve em conta modalidade qualificada de receita. Mas sempre receita.
>
> É certo que o art. 195, I, "b" e "c", da CF, se literalmente interpretado, pode levar à conclusão de que lucro e receita se contrapõem. Com efeito, o Texto Magno, ao autorizar a criação de contribuições sociais para o custeio da seguridade social, apontou-lhes as bases de cálculo possíveis, e dentre elas "a receita ou faturamento" (alínea "b") e o "lucro" (alínea "c"). A prevalecer tal interpretação poder-se-ia eventualmente sustentar que a imunidade criada pela Emenda Constitucional 33/2001 estaria restrita às contribuições que têm por base de cálculo a receita, ficando excluída, pois, a CSLL do benefício fiscal em tela.
>
> Deveras, o § 2º do art. 149 da Lei das Leis declara imunes às contribuições sociais as "receitas decorrentes de exportação".
>
> (...) as diferenças entre receita e lucro, conquanto existam, não sustentam a assertiva de que se estaria diante de realidades reciprocamente excludentes. Isto porque a receita não exclui o lucro, e vice-versa. Assim, há perfeita compatibilidade entre estes dois conceitos, já que o lucro – sob os ângulos econômico, contábil e, sobretudo, tributário – nada mais é que receita depurada, isto é, a receita que teve expungidos os custos e despesas necessários à sua obtenção.
>
> (CARRAZZA, Roque Antonio; BOTALLO, Eduardo. Operações de Exportação e Equiparadas e Imunidade à Contribuição Social sobre o Lucro. In: *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 91, p. 112.)

Por conseguinte, não remanesce dúvida de que o art. 149, § 2º, I, da Constituição também abarca a CSLL. Até mesmo porque, caso se admitisse que o lucro decorrente das exportações pudesse ser tributado, estar-se-ia indiretamente onerando as receitas decorrentes desse tipo de operação.

Não se pode olvidar, como mencionado alhures, que a imunidade em questão possui natureza objetiva, pré-excluindo da tributação "as receitas decorrentes de exportação". Afasta, portanto, toda e qualquer forma de tributação que onere essas receitas. Seu efeito não é apenas o de impedir a incidência de determinado tributo que tenha como fato gerador a "receita ou o faturamento", caso da Cofins e do PIS, mas o de garantir, mediante a desoneração ampla das receitas provenientes de exportação, a maior competitividade dos produtos nacionais no exterior.

Ressalte-se que esta Corte, ao apreciar pedido de liminar na AC 1.738/SP, entendeu ser juridicamente razoável que a imunidade instituída pelo art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal também abrangesse a CSLL. O Relator, Ministro Cezar Peluso, afirmou em seu voto que "o lucro, como entidade provinda

das receitas de exportação, não pode ser atingido, de maneira transversa, por nenhuma contribuição social, vedada que está a incidência desta sobre aquelas. Se se não pode tributar o mais (as receitas), a fortiori não se pode gravar o menos (o lucro)" (AC 1.738-MC /SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 19-10-2007).

Entendo, portanto, que a regra do art. 149, § 2º, I, da Carta Magna confere, sim, imunidade às "receitas provenientes de exportação", também com relação à CSLL.

Por oportuno, saliente-se que as normas que instituem imunidades, consoante afirmado pela doutrina e pela jurisprudência deste Tribunal, possuem aplicação e eficácia imediatas. Desse modo, o art. 149, § 2º, I, da Constituição é eficaz desde a sua introdução no texto constitucional, com a edição da Emenda 33/2001.

Ante o exposto, conheço do recurso e a ele dou provimento, para fixar a interpretação segundo a qual, na expressão "receitas decorrentes de exportação" contida no art. 149, § 2º, I, da Constituição, está inserido o lucro auferido em operações de exportação. Por conseguinte, desde a edição da Emenda Constitucional 33/2001, tais valores não mais podem ser incluídos na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 564.413/SC — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Incasa S.A. (Advogados: Eros Santos Carrilho e outros). Recorrida: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), negando provimento ao recurso, e o voto do Presidente, Ministro Gilmar Mendes, dando-lhe provimento, o julgamento foi suspenso para continuação em sessão próxima. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello e a Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela recorrente, a Dra. Estefânia Viveiros e, pela recorrida, o Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr., Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

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

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

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, antes de Vossa Excelência iniciar a tomada de votos, desejo fazer uma retificação.

Os colegas estão lembrados que fui Relator de recurso extraordinário a versar estritamente a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Evidentemente, trouxe

algo que mereceu uma reflexão maior, um voto escrito. Mas Vossa Excelência, no seu processo, versou dois temas: a incidência dessa contribuição e do tributo que, costumo dizer, nasceu masculino e depois se tornou feminino – a CPMF.

No tocante a esse tributo, parti de premissa que não é a mais consentânea com o que se contém no § 2º, inciso I, do art. 149 da Constituição Federal, ou seja, de que a imunidade somente apanharia as contribuições sociais propriamente ditas, quando, na verdade, há alusão a essas contribuições e se tem o conectivo e:

> § 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

Então, vou pedir a Vossa Excelência para consignar, em relação ao recurso extraordinário sob a sua relatoria, o meu voto provendo parcialmente o recurso do contribuinte.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto à CPMF.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Exato, quanto à CPMF. Para quê? Para que a receita decorrente de exportação, revelada pelo aporte pecuniário, consideradas as movimentações a serem efetuadas pelo exportador, não fique, especificamente sendo o exportador o contribuinte, sujeita à incidência da CPMF.

No tocante à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, mantenho o voto, ressaltando apenas um aspecto: antes, havia a aplicação, quanto às exportadoras, do art. 195 da Constituição Federal, mais precisamente das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I desse artigo. Ou seja, essas empresas estavam sujeitas ao recolhimento, presente a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, pagos ou creditados, a receita ou faturamento, e, no tocante à alínea *c*, ao lucro.

O que ocorreu com a Emenda Constitucional 33? A introdução da imunidade. Imunidade relativamente a quê? À receita. Evidentemente, se quisesse o legislador, numa opção político-normativa constitucional, teria, também, previsto a imunidade quanto às demais bases de incidência.

Por isso, no voto proferido, como faz a Carta Federal e como também registrado em precedentes desta Corte, distingui lucro de receita, já que poderá haver receita sem lucro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência, portanto, reajusta o voto no sentido de prover parcialmente o recurso.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator): Nesses termos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Nesses termos. Vossa Excelência deixa de prover em relação à CSLL e provê em relação à CPMF.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Receita: movimentação do que adentre o patrimônio da empresa exportadora em virtude da atividade precípua – exportação – desenvolvida.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, como nós vimos ontem, não só dos votos proferidos por Vossa Excelência e pelo Ministro Marco Aurélio, e também pelas sustentações orais que foram proferidas, o tema, de fato, é bastante interessante e relevante. Isso ficou bem demonstrado quando esta Corte deferiu a medida cautelar na ação de que foi Relator o eminente Ministro Cezar Peluso, em que se reconheceu, efetivamente, que havia tal relevância que justificava a suspensão cautelar.

Eu não participei daquele julgamento, mas posso afirmar, com toda tranquilidade, que, se tivesse participado, acompanharia às completas o voto do eminente Ministro Cezar Peluso, tal a relevância da matéria e a necessidade de um exame acurado que se impõe em temas dessa natureza, que têm larga repercussão, seja no campo tributário, seja no campo social, considerando que a natureza da contribuição é exatamente para a manutenção de um bom Estado Social na sociedade brasileira.

Eu pude perceber, Senhor Presidente, que a diferença fundamental entre o voto brilhantíssimo proferido por Vossa Excelência, e aquele outro, proferido também de forma brilhante e inteligente pelo eminente Ministro Marco Aurélio, está na técnica de interpretação. Vossa Excelência acolhe uma interpretação teleológica da regra, de tal modo a permitir uma ampliação do conceito de receita, até mesmo usando o termo vernacular da diferença entre o que está disposto no art. 195 e aquilo que está disposto no art. 149, neste último caso, referente, sempre, ao plural. E o Ministro Marco Aurélio adota uma interpretação sistemática, procurando fazer uma integração desses dois dispositivos, e, daí, a consequência divergente na conclusão dos votos: Vossa Excelência alcançando a imunidade na receita para exportação, incluindo o lucro, e o Ministro Marco Aurélio retirando essa imunidade.

Por outro lado, também as sustentações orais, tanto da Fazenda como da eminente advogada, a quem tanto prezo, a Doutora Estefânia, e do eminente Professor Marcelo Neves, demonstraram a riqueza de detalhes.

Eu peço vênia apenas para destacar um argumento que, a meu sentir, foi extremamente poderoso, dentre tantos outros, com a invocação de Kellog, Alexy e, também, de Lacan. Fez o advogado uma distinção extremamente relevante, que foi a de distinguir o suporte fático do fato imune do suporte fático do fato tributável, de forma que nenhum elemento do suporte fático do fato imune pode ser integrador do suporte fático do fato tributável.

E, nessa medida, como as receitas decorrentes da exportação integram, normalmente, o lucro, não podem, por conta da imunidade, ser consideradas suporte fático da contribuição social sobre o lucro líquido, que é, na realidade, um argumento muito poderoso e que, na linha do que disse o Ministro Gilmar Mendes, pode ser de forma ampliativa para alcançar, na disciplina do art. 149, a questão do lucro sobre as receitas decorrentes de exportação.

Eu, todavia, vou pedir vênia aos eminentes advogados que sustentaram pelas empresas recorrentes e também ao eminente Ministro Gilmar Mendes para divergir.

O meu entendimento é que não se trata, no caso, de buscar-se apenas uma interpretação teleológica ou da eficácia com que se deve tratar a Emenda Constitucional 33. Entendo que, ao contrário, deve-se perquirir concretamente qual é o fato gerador dessa contribuição sobre lucro líquido. E, a meu sentir, a resposta sobre o fato gerador dessa contribuição social é o lucro, não é a receita. E os conceitos de lucro e de receita são absolutamente distintos, não há como fazer subsumir conceito de lucro ao conceito de receita, mesmo porque, o que é a receita? A receita é uma parte fundamental da vida da empresa que se contrabalança à despesa de tal modo a que se possa buscar o resultado.

Tanto isso é verdade que a Lei 7.689/1988 trata a base de cálculo da CSLL como o valor do resultado do exercício antes da provisão para o imposto de renda, o que significa que, realmente, essa base de cálculo não pode absorver o conceito de receita. Se absorvesse o conceito de receita, evidentemente nós traríamos um *bis in idem* com relação à própria tributação, porque a emenda trataria como lucro aquilo que a própria disciplina constitucional tratou como receita. Daí a distinção que foi feita, desde a Emenda 20, nos termos do art. 195.

Preocupa-me também um outro aspecto. É que, se nós fizéssemos o entendimento desse sentido igualitário entre o lucro e a receita, na forma de absorção do primeiro pelo segundo, nós teríamos uma contradição no tocante às empresas, por exemplo, que têm múltiplas atividades: a atividade de exportação e a atividade que não é de exportação.

Nesse caso, como separar as receitas relativas às exportações das receitas relativas às atividades do mercado interno, de modo a se ter uma contabilidade que permitisse a verificação das exportações – despesas relativas a ela – e dos lucros relativos às receitas de exportação, contabilizados com as despesas para encontrar, então – aí, sim, se se admitisse essa equiparação –, uma imunidade também presente na questão relativa ao lucro?

Portanto, Senhor Presidente, com esse raciocínio muito simples e que, na minha compreensão, é mais compatível com a própria disciplina constitucional, comparando o art. 149 com o art. 195, eu não trataria de forma igual o lucro e a receita, sob pena de inviabilizar o sistema como um todo.

Por essas razões, Senhor Presidente, peço vênia a Vossa Excelência. Eu acompanho, em parte, o Ministro Marco Aurélio, porque, no concerne à CPMF, eu acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Só gostaria de observar, Ministro Menezes Direito, que é claro que há essa preocupação, mas ela existe também em relação ao próprio PIS e Cofins. Quer dizer, é necessário que, se o constituinte opta

por garantir uma imunidade, há de se encontrar uma técnica adequada no plano da lei, no plano administrativo, para se fazer a distinção. Como também em relação à CPMF esse problema se coloca, porque haverá movimentação decorrente da exportação e aqueloutra que nada tem a ver com esse tema.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, conforme o Ministro Menezes Direito já observou, este é um tema que traz uma dificuldade exatamente em razão do cotejo necessário entre o art. 149, inciso I, alínea *a*, com o 195.

Entretanto, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio no que concerne à contribuição sobre o lucro, porque, neste caso, tenho para mim que a interpretação teleológica que, como agora acentuou o Ministro Menezes Direito, foi adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, é o que mais se coaduna em virtude do advento da Emenda Constitucional 33.

Aliás, na AC 1.738, Rel. Min. Cezar Peluso, que dissecou, com muita profundidade, mesmo em sede de cautelar – e, aliás, para sede de cautelar era extensiva – sobre receita e lucro e sobre esse embrincamento dos dois conceitos, me parece que, realmente, tal como posto no art. 149, acompanho Vossa Excelência no sentido de prover parcialmente o recurso, no que concerne à Contribuição sobre o Lucro (CSLL), porém, não quanto à CPMF, porque, aí, a definição constitucional de movimentação financeira não se enquadra e não esbarra em nenhuma incoerência relativa ao art. 195.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, e creio que ao Ministro Menezes Direito também, porque, no que concerne a esse ponto, Sua Excelência diverge do Ministro Relator.

Portanto, voto acompanhando Vossa Excelência nos dois recursos.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, apenas para registrar que não potencializo a movimentação financeira em si. Apenas perquiro, na espécie, a origem da movimentação e cinjo-me, quanto à imunidade, ao que movimentado no gênero receita.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, ouvi atentamente os debates que foram travados na sessão de ontem. Impressionei-me com os argumentos dos eminentes advogados, dos representantes da Fazenda Nacional, dos eminentes Colegas que me precederam. Peço vênia para, de início, assentar que acompanho o voto de Vossa Excelência no que concerne à CPMF. Questão que se torna, a meu ver, um pouco mais complexa no que toca à CSLL. Fiz aqui algumas anotações, ao longo dos debates de ontem, que, resumidamente, são as seguintes.

Entendo que o art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal, que estabelece a imunidade quanto às contribuições sociais, é expresso no sentido de que ela só se refere às receitas decorrentes de exportação. Não vejo como, *data venia*, conferir uma interpretação extensiva ao dispositivo, tendo em conta a forma taxativa com que tal imunidade se encontra vazada no texto constitucional, ou seja, restrita às receitas, ainda que se reconheça que a desoneração das exportações constitui uma política de Estado fixada na Constituição.

Neste aspecto, impressionei-me com uma assertiva do eminente Ministro Marco Aurélio que afirma que essa política de incentivo às exportações se concretiza na medida em que se imunizam as receitas, ou seja, antes de se verificar se as exportadoras deram ou não lucro. Mas, a partir do momento em que o resultado foi positivo em termos de lucro, então é de se concluir pela incidência da contribuição social que, aliás, é uma das contribuições, uma das taxações, uma das exações mais abrangentes que temos no País.

A CSLL, como se sabe, incide sobre o lucro, que não se confunde com a receita, como disse o eminente Ministro Menezes Direito. Mesmo porque delas, receitas, são deduzidas, dentre outras rubricas contábeis, evidentemente, as despesas.

Essa distinção foi muito bem feita, a meu ver, pelo Ministro Nelson Jobim, no julgamento do RE 227.832, do Paraná, ocasião em que Sua Excelência discriminou, para o efeito de tributação, vários conceitos: primeiro, a receita bruta, a receita líquida, o lucro bruto, o lucro operacional, o lucro líquido e, finalmente, o lucro real. São categorias que podem ser discriminadas de forma bastante clara e evidente para o efeito de tributação.

Ademais, tendo em vista o princípio da solidariedade que serve de fundamento à cobrança das contribuições sociais, entendo que, se o contribuinte derivado quisesse ter imunizado o lucro auferido nas exportações, ele o teria feito de forma expressa, na mesma linha da interpretação restritiva que foi preconizada pelo Ministro Carlos Velloso, em se tratando de contribuições sociais, no voto que proferiu naquele RE 227.832, do Paraná, já citado e, também, no RE 144.971, do Distrito Federal.

Então, Senhor Presidente, com todas as vênias aos que discordam, pelo meu voto eu nego provimento aos recursos extraordinários.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, eu teria de me desmanchar em pedidos de vênia e reproduzir argumentos que já foram devidamente expostos. Não tenho mais nada a acrescentar senão, com esses pedidos de vênias, acompanhar o voto de Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, eu entendo que o art. 149 da Constituição, no que toca a desoneração das exportações, de fato – acho que já foi realçado aqui, inclusive por Vossa Excelência –, é serviente desse valor que a Constituição chama de "garantia do desenvolvimento nacional" no art. 149, § 2º, inciso I. Essa desoneração quanto às receitas decorrentes de exportação, repito, é serviente desse valor que a Constituição rotula como garantia do desenvolvimento nacional no inciso II do seu art. 3º. Os incisos desse art. 3º compõem os valores, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Entre esses objetivos, coloca-se, por modo explícito, o desenvolvimento nacional. E, ao se estimular, ao se incentivar, mediante a isenção de imposto, as exportações, as receitas oriundas de exportações, a Constituição, efetivamente, busca concretizar um conceito de desenvolvimento que tem uma dimensão externa: o desenvolvimento nacional, na perspectiva das relações internacionais do Brasil – não vou falar na perspectiva interna, que é outro conceito –, significa um crescimento econômico sem temerária dependência externa. Então, quando se estimula, quando se incentiva as empresas brasileiras que atuam no mercado externo, obtendo divisas, obtendo recursos para o país, o vínculo operacional lógico com o desenvolvimento, nessa perspectiva externa, se estabelece automaticamente.

Muito bem. No art. 195, porém, a propósito das contribuições sociais para a seguridade social, a Constituição busca servir a outro valor, a outro mega princípio por ela albergado: o da segurança social.

A seguridade social, nós sabemos, é um capítulo da segurança social; não é toda a segurança social de que trata a cabeça do art. 6º – sobre direitos sociais. A segurança ali grafada é um termo significante de segurança social. A seguridade social é um capítulo da segurança social porque incidente sobre três aspectos apenas: a previdência social, a assistência social e a saúde.

Esses dois dispositivos, os art. 149 e 195, são harmônicos? Eles se excluem reciprocamente, ou são passíveis de uma interpretação harmônica, conciliatória? Eu entendo que é possível conciliar os dois valores e, por consequência, os dois dispositivos.

No art. 149, todos estamos acordes em que a seguridade social há de ser financiada por toda a sociedade, porque a Constituição Federal assim o diz.

Leia-se:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade (...)

Então, o financiamento coletivo da seguridade social há de recair sobre toda a sociedade. Por isso, não pode ser interpretado no plano da excludência desse ou daquele segmento social, menos ainda desse ou daquele segmento empresarial.

E nesses incisos – o Ministro Carlos Alberto Direito também fez muito bem –, as grandezas econômicas são diferenciadas, são separadas. Receita ou faturamento é uma grandeza; lucro é outra grandeza. Então, são duas bases

imponíveis numa linguagem de Direito Tributário, ou dois fatos geradores. Lucro é uma coisa, receita é outra coisa.

Ora, se é assim – eu espero não estar equivocado –, no art. 149, as receitas oriundas da exportação não se confundem com o lucro que venha a ser obtido a partir dos ingressos originários de receita de exportação, mas a se definir mediante a consideração de outros elementos. O lucro é um outro momento, a compreender, claro, o ingresso, mas incorporando a exclusão de custos, a exclusão de despesas. E ambas as grandezas se prestam autonomamente como fato gerador de tributo.

Por isso, com esse raciocínio singelo, eu perfilho o entendimento teórico aqui já defendido, e, na linha do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, eu desprovejo os recursos extraordinários.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, não vou alongar-me, porque de certo modo já adiantei ponto de vista na Cautelar 1.738.

Peço vênia à divergência para acompanhar Vossa Excelência, porque não vejo como possa ser tributada verba de receita enquanto elemento factual que entra em vários suportes fáticos, se não está sujeita à incidência da contribuição social, nem da intervenção do domínio econômico, não importa o momento em que seja considerada, ou seja, no momento da entrada, depois, ou no momento de apuração de lucro. Ela está destacada pela Constituição como objeto de exclusão de incidência que deve ser garantida em qualquer momento da circulação econômica.

Razão por que acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência, dando parcial provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 564.413/SC — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Incasa S.A. (Advogados: Eros Santos Carrilho e outros). Recorrida: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto, e os votos dos Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Cármen Lúcia, Eros Grau e Cezar Peluso, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos a Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

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

Brasília, 4 de dezembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Solicitei vista para melhor analisar a extensão da imunidade estabelecida pelo art. 149, § 2º, I, da CF, que dispõe:

> 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.
>
> (...)
>
> § 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Parágrafo acrescido pela EC 33/01)
>
> I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.

Discute-se se a norma é aplicável à CSLL.

2. O recurso extraordinário que ora se aprecia é de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que votou pelo desprovimento do recurso da empresa contribuinte para que a imunidade não alcance o lucro auferido nas receitas de exportação (CSLL), no que foi acompanhado pelos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

O Ministro Gilmar Mendes, abrindo divergência, dá provimento em sentido diametralmente oposto para que a imunidade não alcance o lucro (CSLL), no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau e Cezar Peluso.

Aguardam os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Temos, assim, por enquanto, uma votação parcial que aponta para um empate em 4 votos a favor e 4 votos contra a abrangência do lucro (CSLL).

3. A competência para a instituição de contribuições ditas especiais – por oposição às contribuições de melhoria – é outorgada pelo art. 149 e pelo art. 149-A da Constituição Federal, contando, ainda, com algum detalhamento em outros dispositivos, como os arts. 177, § 4º e 195.

Tal espécie de tributo caracteriza-se por impor a um determinado grupo de contribuintes – ou, potencialmente, à toda a sociedade, no que diz respeito às contribuições de seguridade social – o custeio de atividades públicas que lhes digam respeito voltadas à realização de fins constitucionalmente estabelecidos.

Nesse sentido é que o art. 149 permite a instituição de contribuições como instrumento da atuação da União nas áreas social, de intervenção no domínio econômico e do interesse de categorias profissionais ou econômicas, bem como autoriza os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a instituírem contribuições previdenciárias para o custeio de regime próprio de previdência e, finalmente, o art. 149-A dá competência aos Municípios e ao Distrito Federal para que instituam contribuição para o custeio da iluminação pública.

Pertinente, no ponto, detalhar a classificação das contribuições especiais, com amparo no Texto Constitucional:

Contribuições especiais
1. sociais
1.1. gerais (art. 149, primeira parte e §§ 2º, 3º e 4º, e art. 212, § 5º)
1.2. de seguridade social
1.2.1. ordinárias (art. 149, primeira parte e §§ 2º, 3º e 4º, c/c art. 195, I, II, III, e 239)
1.2.2. residuais (art. 149, primeira parte, c/c art. 195, § 4º)
1.2.3. de previdência do funcionalismo público estadual, distrital e municipal (40 e 149, § 1º)
1.2.4. temporária (art. 149, primeira parte, da CF c/c arts. 74 a 90 do ADCT)
2. de intervenção no domínio econômico (art. 149, segunda parte e §§ 2º, 3º e 4º, e art. 177, § 4º)
3. do interesse das categorias profissionais ou econômicas (art. 149, terceira parte)
4. de iluminação pública municipal e distrital (art. 149-A).

Vê-se, de pronto, que as contribuições ditas sociais se subdividem em gerais e de seguridade social. Estas são as contribuições sociais voltadas a atuações relacionadas a saúde, a assistência social e a previdência, conforme se infere do Capítulo II (Da Seguridade Social) do Título VIII (Da Ordem Social) da Constituição Federal. Aquelas, as gerais, por exclusão, são as que dizem respeito aos âmbitos de atuação definidos nos demais capítulos daquele Título VIII, como, por exemplo, os da educação, da cultura e do desporto.

A contribuição em discussão nos presentes autos é a contribuição de seguridade social. Tem suporte no art. 195, I, *c*, da CF, com a redação da EC 20/1998.

Às contribuições de seguridade social aplicam-se as normas mais gerais constantes do art. 149 da CF, relativas a quaisquer contribuições sociais, e as normas especiais que complementam seu regramento constitucional, como é o caso do art. 195 da CF, que detalhou as bases econômicas a serem tributadas para fins de custeio da seguridade social.

Há, pois, entre o art. 149 da CF, de um lado, e os arts. 195 e 239 da CF e 74 a 90 do ADCT, de outro, uma relação de complementaridade, de modo que os fundamentos constitucionais específicos da PIS, da Cofins, da CSLL e da CPMF não tornam inaplicáveis às mesmas o art. 149, inclusive seu § 2º, I, acrescido pela EC 33/2001.

Sujeitas que estão tais contribuições, no que lhes for aplicável, ao art. 149, § 2º, I, da CF, cabe verificar o alcance deste dispositivo.

4. A EC 33/2001, ao acrescentar o § 2º, inciso I, ao art. 149 da CF, dispôs que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico "não incidirão" sobre as receitas de exportação. O Texto Constitucional, como se vê, não faz uso do termo imunidade. Mas a jurisprudência deste Tribunal considera imunidade toda norma constitucional que vede a instituição de tributo, estabeleça "isenção", determine não incidência ou, mediante o emprego de qualquer outra expressão, proíba determinada tributação, do que é exemplo o entendimento adotado por ocasião do julgamento da ADI 2.028/DF acerca do conteúdo do art. 195, § 7º, da CF, que

estabeleceu imunidade valendo-se impropriamente do termo "isenção". Isso porque as vedações ou proibições constitucionais à tributação constituem normas de (in)competência tributária a serem observadas pelos entes políticos.

Efetivamente, a competência tributária é definida pelo Texto Constitucional utilizando-se tanto de normas que autorizam a instituição de tributos (normas positivas ou concessivas de competência tributária) como de normas que vedam ou proíbem a tributação (normas negativas de competência tributária ou normas de incompetência tributária).

As normas negativas (imunidades) combinam-se com as normas concessivas para moldar a competência tributária. Não constituem, pois, propriamente, normas limitadoras, mas definidoras dos lindes da competência. Isso porque as normas concessivas e proibitivas são de mesmo nível e incidem simultaneamente. A competência consubstancia-se no produto da aplicação conjunta das normas concessivas e negativas. Assim como o conteúdo do direito de propriedade vem moldado constitucionalmente por sua função social, a competência tributária não pode ser visualizada senão com suas delimitações constitucionais.

A norma do art. 149, § 2º, I, da CF, pois, ao retirar as receitas de exportação do universo passível de tributação por contribuições sociais interventivas, constitui verdadeira imunidade.

5. E mais: cuida-se de uma imunidade objetiva.

No ponto, valho-me da lição da Desembargadora Federal Regina Helena Costa, em sua obra *Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 2009, p. 81:

> Uma segunda classificação considera como critério de distinção das normas imunitórias a forma de previsão ou modo de sua incidência. A utilidade dessa distinção volta-se para a determinação da extensão dos efeitos da exoneração constitucional. Consoante esse critério, as imunidades podem ser subjetivas ou objetivas. As imunidades subjetivas ou pessoais são aquelas outorgadas em razão da condição de determinadas pessoas; recaem sobre sujeitos. Nestas impende registrar a presença de elementos objetivos – patrimônio, renda, ou serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades beneficiárias ou delas decorrentes (art. 150, § 2º e 4º) –, mas tão somente como elementos balizadores da subjetividade considerada. São outorgadas em função da natureza jurídica da pessoa ou, mesmo, em consideração ao papel socialmente relevante que desempenha. A imunidade subjetiva é, assim, atributo da personalidade jurídica de certos entes. (...) As imunidades objetivas ou reais, por seu turno, são aquelas concedidas em função de determinados fatos, bens ou situações; recaem sobre coisas. É certo que também beneficiam pessoas, mas não são outorgadas em função delas.

Acresço, apenas, que a imunidade objetiva recai sobre bens, atividades, operações ou grandezas que se pretenda excluir da possibilidade de tributação.

No caso do art. 149, § 2º, I, da CF, a imunização das "receitas de exportação" e não das "empresas exportadoras" torna claro que se trata de uma imunidade objetiva, o que é relevante para a sua interpretação, como se verá.

6. Para a interpretação das imunidades, enquanto normas negativas de competência, cabe ter em conta, em primeiro lugar, o que já foi afirmado por esta Excelsa Corte quando do julgamento do RE 166.772-9, em que foi definida a necessidade de atenção ao sentido técnico das palavras utilizadas pelo constituinte. O art. 110 do CTN, aliás, é expresso no sentido de que sejam observados as definições, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados pela Constituição para definir ou limitar competências tributárias.

A compreensão da amplitude da regra de imunidade não pode estar dissociada dos limites semânticos dos termos utilizados para estabelecê-la e da sua percepção harmônica com o sistema constitucional, sem alargamentos ou restrições. Não há que se dizer que as imunidades, como a do art. 149, § 2º, inciso I, mereçam interpretação ampliativa ou restritiva. Cabe ao intérprete ser fiel ao sentido e à extensão da norma tal qual ela se apresenta.

Note-se que, enquanto algumas imunidades estão a serviço de garantias fundamentais (a dos livros, em prol da livre manifestação do pensamento; a dos templos, em prol da liberdade de crença), o art. 149, § 2º, I, limita-se a elevar ao nível constitucional norma de desoneração das exportações, anteriormente veiculada mediante dispositivos das leis do PIS e da Cofins.

Há de se ter em conta, ainda, que o custeio da seguridade social é regido pelo princípio da universalidade do custeio e organizado tendo como objetivo a diversidade da base de financiamento, nos termos dos arts. 194 e 195 da Constituição, de modo que não se deve buscar interpretação que contrarie tais preceitos, reduzindo o custeio. Aliás, foi justamente com fundamento na previsão constitucional de que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade" que esta Corte considerou abrangido pelo vocábulo "empregador", constante da redação original do art. 195, I, da CF, inclusive "a pessoa jurídica empregadora em potencial" (RE 249.841-AgR, de minha relatoria).

O fato de cuidar-se de uma imunidade objetiva, por fim, também orienta o intérprete.

Isso porque as imunidades objetivas visam, como já se viu, a preservar da tributação determinadas grandezas, atividades ou operações consideradas em si mesmas, independentemente de quem as realize ou detenha.

Lembro que, mesmo para a imunidade dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, de que cuida o art. 150, VI, *d*, da CF, que está a serviço da liberdade pública de manifestação do pensamento, o entendimento desta Corte sempre foi no sentido de reconhecer seu caráter objetivo, negando a possibilidade de extensão às editoras, autores e empresas jornalísticas, cuja tributação do lucro é mantida (RE 206.774, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, ago/1999). Ou seja, entende-se que, se a imunidade é dos livros, somente a operação com os livros é imune, não qualquer outra operação ou atividade desenvolvida por empresas editoras ou jornalísticas, tampouco o lucro destas.

Não há que se pretender, pois, com fundamento específico na imunidade das "receitas de exportação", que é imunidade objetiva, a desoneração ampla das

empresas exportadoras, como se de uma imunidade subjetiva se tratasse. A imunidade objetiva em questão é restrita à grandeza que foi excluída à tributação pelo art. 149, § 2º, I, da CF.

Colocadas tais premissas, é necessário verificar o que se deve entender por "receitas de exportação".

7. O art. 149, § 2º, I, refere-se às receitas de exportação, qualificadas, assim, pela sua origem.

Conceitualmente, receitas são os ingressos que a pessoa jurídica aufere e que se incorporam ao seu patrimônio, não se restringindo à noção de faturamento (receita percebida na realização do seu objeto ou atividade típica), mas abarcando também o produto de operações financeiras e de qualquer outra natureza, desde que revelador de capacidade contributiva.

Exportação, por sua vez, é a operação de envio ou prestação de bem ou serviço ao exterior.

Receita de exportação, pois, é o ingresso proveniente de uma operação de exportação de bem ou serviço.

Para o seu cotejo com outras bases econômicas, vejamos a inserção de tal dispositivo no texto constitucional.

Sobreveio o § 2º do art. 149 por força da EC 33/2001, que acresceu à Constituição, simultaneamente, diversas normas relativas às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, entre as quais: a) a imunidade das receitas de exportação; b) a autorização para instituição de contribuições sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; c) a definição da base tributável quando da adoção de alíquotas *ad valorem* e a permissão da adoção de alíquota específica.

Em todas essas normas, ressalto, utilizou-se de termos técnicos, ora referindo as receitas de exportação, ora a importação, o faturamento, a receita bruta, o valor da operação, o valor aduaneiro.

Ademais, ao estabelecer a imunidade das receitas de exportação às contribuições sociais, o art. 149, § 2º, I, teve o efeito também de aditar o regime jurídico das próprias contribuições de seguridade social, cujo detalhamento constitucional, constante do art. 195, com a redação da EC 20/1998, já utilizava conceitos como os de faturamento ou receita, folha de salários e lucro, distinguindo, com isso, cada qual do outro.

Não há que se confundir, pois, a receita com as demais bases econômicas.

O que se admite, por certo, é considerar como receita o que receita efetivamente é, ainda que parcial. Assim é que consubstanciam receita, indiscutivelmente, e.g., a receita da venda de mercadorias e serviços ou de outras atividades objeto da empresa, normalmente conceituada como faturamento, e a receita de operações financeiras. Sua natureza de receita, como ingresso que se incorpora ao patrimônio, justifica o tratamento.

Mas o raciocínio de que a receita abrangeria todas as demais bases, por ser mais ampla, não é juridicamente consistente. Isso porque cada base econômica tem tratamentos constitucional e infraconstitucional distintos, ensejando a instituição e cobrança de tributo específico.

Assim é que coexistem o PIS e a Cofins, de um lado, com a CSLL, de outro, e, ainda, com as contribuições previdenciárias que incidem sobre a folha e demais pagamentos a pessoa física por trabalho prestado, isso sem falar na contribuição do importador, para ficar apenas naquelas embasadas diretamente no art. 195 da CF. Cada uma das bases econômicas tributadas por tais contribuições é tomada numa perspectiva distinta.

Entender que todas as bases estão abrangidas pela noção de receita implicaria tornar sem sentido a coexistência entre as alíneas do art. 195, I, da CF, comprometendo a compreensão do Texto Constitucional e da legislação tributária.

Sob o ponto de vista estritamente econômico, podemos admitir que a tributação sempre recai sobre a receita, ora auferida (tributos que gravam os ingressos), ora consumida (tributos indiretos suportados na aquisição de bens), ora acumulada (tributos sobre o patrimônio). Mas tal noção, importante para a elaboração de políticas fiscais, é de todo insuficiente para lidar-se com as competências e com as leis tributárias.

No Direito Tributário, segmenta-se a riqueza para fins de distribuição do ônus tributário fazendo-se com que incida em atenção a inúmeros fatos geradores reveladores de capacidade contributiva. Embora todos tenham cunho econômico, retratam modos ou momentos de revelação de riqueza distintos.

A falta de comprometimento com o sentido técnico-tributário dos termos renda, lucro e folha de salários, entre outros construídos ao longo do tempo por este próprio Tribunal e operados pelo Fisco e pelos contribuintes, faz com que se perca os instrumentos jurídicos necessários à aplicação do Direito Tributário. E isso em prol de uma descabida simplificação econômica dos fatos, de nenhuma validade jurídica.

Não há, pois, como desconsiderar que as normas de competência tributária utilizam-se de vários critérios, entre os quais o de indicarem as bases econômicas tributáveis e, em muitos casos, como o presente, as imunes à tributação. Tais bases econômicas ou materialidades condicionam o exercício da tributação e, pois, a instituição e cobrança dos tributos. Têm, assim, de ser consideradas em conformidade com o seu sentido próprio.

Por derradeiro, vale destacar que a imunidade em questão constitui elevação, ao nível constitucional, de parte da política de desoneração das exportações que já vinha sendo praticada pela própria União mediante a concessão de benefícios fiscais. O art. 7º da LC 70/2001 e o art. 14 da MP 2.158-35/2001 estabeleceram isenções das receitas de exportação às contribuições Cofins e PIS, o que também foi reproduzido nos arts. 5º, I, da Lei 10.637/2002 e 6º, I, da Lei 10.833/2003, relativos ao PIS e à Cofins não cumulativos.

Com a constitucionalização, não apenas se consolida a desoneração em diploma superior, como se suprime a própria possibilidade de tributação das receitas de exportação.

Tem, pois, o art. 149, § 2º, I, da CF seu campo de aplicação próprio, somando-se, aliás, às outras imunidades relacionadas à exportação no texto constitucional, todas estabelecidas em relação a determinada base ou tributo; nenhuma, genérica. As imunidades das exportações a impostos, e.g., não constam dos incisos do art. 150 (imunidades genéricas a impostos), mas de dispositivos constitucionais específicos, como o art. 153, § 3º, III (IPI), e o art. 155, § 2º, *a* (ICMS).

Relativamente às contribuições sociais de seguridade social, conclui-se que podem recair, entre outras bases, sobre a receita (art. 195, I, *b*, da CF), ressalvadas as receitas de exportação, imunizadas que estão (art. 149, § 2º, I, da CF).

Vejamos o tributo questionado na presente ação.

8. O lucro é base econômica dada à tributação para fins de custeio da seguridade social pelo art. 195, I, *c*, da CF. Não se confunde com a receita, estampada no mesmo art. 195, I, mas em sua alínea *b*. Tampouco existe uma simples relação de continência entre ambas.

Pode haver receita sem que se verifique lucro. Este depende do sucesso da atividade empresarial em gerar resultados positivos, após deduzidas as despesas operacionais e demais rubricas previstas em lei. A legislação que trata da CSLL, efetivamente, em especial a Lei 7.689/1988, determina que se parta do lucro líquido para, procedendo-se às adições, compensações e deduções que prevê, chegar-se ao resultado ajustado, este sim base de cálculo da contribuição.

Enquanto a receita revela, apenas indiretamente, capacidade contributiva, o lucro é a revelação mais evidente e direta desta, constituindo uma das bases mais apropriadas à tributação com ênfase em critérios de justiça distributiva.

Se a receita é de fácil apuração, podendo, inclusive, estar ligada a uma dada operação em particular, o lucro depende da consideração complexa da atividade da empresa, somente se verificando por ocasião do cotejo das receitas com as despesas.

Conforme já se destacou quando da análise da abrangência da imunidade, configuraria um equívoco técnico muito grande considerar a receita, para fins tributários, como grandeza abrangente de todas as demais bases, de modo que, ao se dizer receita se estivesse referindo também o lucro e outras grandezas econômicas relacionadas à atividade empresarial, porquanto cada base econômica tem, repito, tratamentos constitucional e infraconstitucional distintos.

Relevante considerar, ainda, que inexistiria diferença substancial entre ampliar o conceito de receita para que abarque o lucro e ampliá-lo para que abarque o pagamento de empregados. É que, se o lucro decorre da receita, num sentido amplo, também não há dúvida de que o pagamento de empregados se faz com parcela da receita.

A extensão da imunidade em questão à CSLL, nesse passo, levaria à sua extensão a toda e qualquer contribuição, o que não parece ter sido a pretensão do constituinte derivado. Assim quisesse, simplesmente teria dito que a exportação e as empresas exportadoras são imunes a contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico. Mas não o fez, restringindo a imunidade às "receitas de exportação".

Por derradeiro, vale destacar que a extensão da imunidade à CSLL desbordaria da simples desoneração das exportações em si para implicar, isto sim, a imunização do lucro da empresa exportadora, o que poderia acarretar violação ao Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, que compõe o Anexo I do Acordo Constitutivo da OMC e implementa o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio 1994 (GATT). De fato, o art. 3º do *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* proíbe subsídios vinculados ao desempenho do exportador, entre os quais a isenção de impostos diretos ou "impostos sociais" pagos por empresas industriais e comerciais, constante da alínea *e* do seu Anexo I, sendo certo, ainda, que, da nota final 56, consta esclarecimento de que o termo "impostos diretos" significa impostos sobre salários, lucros, juros, rendas, entre outros exemplos que refere.

Senão vejamos:

Agreement on subsidies and countervailing measures
Article 1
Definition of a Subsidy
For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if:
(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (hereinafter referred to as 'government'), i.e., where:
(...)
(iii) government revenue that is otherwise due, is foregone or not collected (e.g., fiscal incentives such as tax credits);
(…)
Article 3
Prohibition
3.1. except as provided in the Agreement on agriculture, the following subsidies within the meaning of Article 1 above, shall be prohibited:
(a) subsidies contingent, in law or in fact, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex I;
(…)
Annex I
Illustrative list of export subsidies
(e) The full or partial exemption, remission, or deferral specifically related to exports, of direct taxes (56) or social welfare charges paid or payable by industrial or commercial enterprises.(57)
(…)
Endnotes
56. For the purpose of this Agreement:
The term "direct taxes" shall mean taxes on wages, profits, interests, rents, royalties, and all other forms of income, and taxes on the ownership of real property.

Vale a observação feita pelo Juiz Federal Daniel Marchionatti Barbosa no artigo *Imunidade das Receitas Decorrentes de Exportação e Base de Cálculo da CSLL*, publicada na RDDT 155/24-30, justamente no sentido de que a finalidade de desoneração das exportações "observa as limitações decorrentes dos acordos de comércio internacional dos quais o Brasil é signatário". Prossegue o autor:

> A CSLL é, sob a definição do acordo da OMC, um tributo direto, visto que incide sobre o lucro. Qualquer tipo de benefício concedido ao exportador sobre essa contribuição seria considerado subsídio. (...) a extensão teleológica não é adequada.

Não é razoável, na interpretação da Emenda Constitucional 33/2001, entender que tenha pretendido efeito violador de acordos internacionais firmados no âmbito da OMC, mormente quando há exegese adequada no sentido de que a imunidade estabelecida não tem tal alcance.

Note-se que as demais imunidades à exportação que já se continham no Texto Constitucional dizem respeito ao ICMS e ao IPI, impostos indiretos cuja desoneração não ofende o acordo, enquanto que a desoneração do lucro, diversamente, é expressamente vedada por este.

Por todas essas razões, tenho que a imunidade do art. 149, § 2º, I, acrescida pela EC 33/2001, não alcança a CSLL.

9. Ante todo o exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, na qualidade de Relator, já vai algum tempo, considerada a data em que proferi o voto. E, ao fazê-lo, adotei o entendimento que agora foi externado no voto, até aqui de desempate, da Ministra Ellen Gracie, distinguindo imunidade objetiva da subjetiva e, mais do que isso, considerando a natureza do tributo. Este é único, é a contribuição social sobre o lucro líquido.

Sabemos que a imunidade e a isenção consubstanciam institutos a revelarem exceção. Então, a única interpretação possível de preceito que contemple uma ou outra é a estrita.

O que nos vem da Constituição Federal? Será que a imunidade alcançou também o resultado favorável ao contribuinte no acerto de contas, presente receita e despesas, ou seja, o lucro? Não. Tem-se, no art. 149, como ressaltado pela Ministra Ellen Gracie e também no voto que proferi, uma imunidade específica, que não parte da qualificação do beneficiário, mas de algo que possui definição própria inconfundível com o lucro. O preceito não se refere à imunidade – reafirmo esse dado, porque é importantíssimo, sob pena de aditar-se a Carta da República – quanto às contribuições sociais, considerado o lucro. Refere-se à imunidade quanto às receitas decorrentes de exportação, objetivando

inclusive o incentivo às exportações para posteriormente chegar-se, ou não, ao resultado, que é o lucro.

Presidente, há, no início do voto que proferi, lição do Ministro Luiz Gallotti, no julgamento do RE 71.758, segundo a qual, se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra e venda – no caso seria chamar de receita o lucro de exportação, o que não é exportação; de renda, o que não é renda –, ruiria todo o sistema tributário escrito na Constituição.

A Ministra Ellen Gracie também ressaltou que a tomada dos vocábulos "com sentido técnico" sempre ocorreu para beneficiar o contribuinte. É possível adotar óptica diversa, abandonar o sentido técnico – e este é do vocábulo "receita" – para haver um acréscimo em termos de benefício? Um acréscimo – repito – em preceito que encerra exceção? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Se entendermos que onde se previu a imunidade quanto às receitas decorrentes de exportações existe também a imunidade relativa ao resultado, ao lucro, estaremos colocando em plano secundário o que assentamos até hoje. Mais do que isso: estaremos elastecendo – e não podemos fazê-lo – um benefício previsto na própria Constituição.

Por isso é que votei, na oportunidade, desprovendo o recurso, entendendo que o acórdão impugnado mediante o extraordinário está afinado com a imunidade tal como prevista, de forma estrita, no art. 149 da Carta Federal, ou seja, relativamente apenas às receitas. E o tributo – volto a repetir – pressupõe, para incidência, algo diverso, que é o lucro.

Reafirmo o voto, Presidente, já agora mais confortado com o pronunciamento da Ministra Ellen Gracie, no sentido de desprover o recurso, que é do contribuinte.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, no voto que proferi sobre o assunto, chamava a atenção já para a inovação da Emenda Constitucional 33/2001, tal como já agora destacado, principalmente do art. 149, que explicitamente estabeleceu, no § 2º, que:

> § 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:
>
> I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;
>
> Não há dúvida, pois, de que se trata de regra de imunidade tributária, que veda à União, sob pena de inconstitucionalidade, a instituição de contribuição que incida sobre as receitas decorrentes de exportação. Controvérsia há, todavia, acerca da abrangência dessa regra desonerativa.
>
> Com efeito, a interpretação meramente literal do dispositivo poderia conduzir à conclusão de que apenas as contribuições instituídas com fundamento nos arts. 195, I, *b*, (Cofins) e 239 (PIS) da Carta Magna seriam abrangidas pela regra da imunidade. Isso porque as exações instituídas com base nesses enunciados nor-

mativos têm, por expressa disposição constitucional, a realização de receita como o seu fato gerador.

Todavia, tal exegese, que restringe em demasia os efeitos do dispositivo constitucional, destoa da jurisprudência desta Corte acerca da interpretação a ser conferida aos dispositivos que veiculam regras de imunidade tributária.

Cito vários precedentes nesse sentido de uma interpretação compreensiva. Aqui temos essa controvérsia. Sempre que se pretende adotar uma interpretação restritiva se diz que a imunidade é uma exceção e por isso se deve fazer, então, uma referência literal ou restritiva. Vamos encontrar, então, vários exemplos a propósito do assunto.

Tanto para ampliar o alcance da norma quanto para restringi-lo, o Tribunal sempre adotou uma interpretação teleológica do enunciado normativo.

No sentido da interpretação ampliativa (ampliação teleológica), destacam-se os seguintes julgados: RE 221.239/SP, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 6-8-2004, em que esta Corte entendeu que a imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da CF/1988 também abrangeria os "álbuns de figurinha"; RE 221.395, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 21-5-2000, no qual foi declarado que os imóveis utilizados como escritório e residência de membros de instituições de educação e de assistência social estariam inseridos na regra desonerativa do art. 150, VI, *c*, § 4º, da CF/1988; RE 144.900, Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 26-9-1997, em que se definiu que a mencionada regra de imunidade também alcançaria as rendas obtidas pelas instituições de assistência social mediante a cobrança de estacionamento de veículos em área interna da entidade; RE 116.188/SP, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 16-3-1990, no qual se entendeu que a prestação de serviços de diversão pública por entidades de assistência social gozaria de imunidade tributária.

Vejam, portanto, que aqui nós temos um plexo, um elenco de decisões, que, fazendo a interpretação teleológica, acabam por ampliar o sentido deste conceito de imunidade.

Temos também a chamada redução teleológica em muitos casos. Cito alguns exemplos:

No sentido da exegese restritiva (redução teleológica), podem ser citadas as seguintes decisões: RE 169.628, Rel. Maurício Corrêa. *DJ* de 19-4-2002, em que se decidiu que o terceiro adquirente de títulos da dívida agrária não seria contemplado pela regra desonerativa prevista no art. 184, § 5º, da CF/1988; RE 178.863/SP. Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 30-5-1997, no qual se afirmou que apenas os materiais relacionados com papel estariam abrangidos pela imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da CF/1988; RE 134.573, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 29-9-1995, em que se entendeu que entidades de assistência social que auferem renda com produção e venda de pães não gozariam de imunidade.

Essa matéria depois foi objeto de revisão em termos jurisprudenciais por parte da Corte, salvo engano.

Estou ressaltando, então:

> A regra de imunidade não se afigura apenas como simples óbice à imposição de um gravame tributário, mas como a exclusão de uma determinada atividade, situação ou objeto do âmbito da tributação, com vistas ao atendimento de um escopo constitucional.

Cito, então, o magistério de José Souto Maior Borges e, depois, destaco:

> Assim, a admissão de uma interpretação ampla das normas de imunidade dependerá do contexto normativo e das circunstâncias do caso. Também devem ser ponderadas as finalidades e os princípios que a regra desonerativa busca resguardar com outros princípios e interesses também consagrados no texto constitucional.

Recentemente nós discutíamos aqui, salvo engano, uma questão tributária estadual, a questão ligada aos programas de computadores – se contidos em CDs ou se, eventualmente, processados a partir de uma operação de *download*, virtualmente – e verificamos, exatamente, que o próprio processo tecnológico está a influir na nossa realidade. Aquele diálogo que Friedrich Müller chama entre o programa normativo e o âmbito normativo, a própria realidade influenciando no processo de interpretação. E nós concluímos que, neste caso, haveria, vamos chamar assim, a possibilidade de tributação na espécie.

Então, digo:

> A adoção, por esta Corte, de uma interpretação teleológica das normas de imunidade tributária se extrai facilmente da leitura de várias ementas dos seguintes julgados:

Por exemplo, aquele caso já citado, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o tal:

> Álbum de figurinhas. Admissibilidade. 1. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (...)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: E, agora, Ministro, também o "e-book".

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É.

> (...) tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação.

Notoriamente, aqui, uma interpretação teleológica. Ou, também, um outro precedente da relatoria do Ministro Carlos Madeira:

> *Imunidade tributária. Livro. Constituição, art. 19, inciso III, alínea d. Em se tratando de norma constitucional relativa as imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transparecerem os princípios e postulados nela consagrado. O livro, como objeto da imunidade tributária, não é apenas o produto acabado, mas o conjunto de serviços que o realiza, desde a redação, até a revisão de obra, sem restrição dos valores que o formam e que a Constituição protege.* (RE 102.141/RJ. Rel. Carlos Madeira, *DJ* de 29-11-1985.)

Portanto, essas premissas me parece que são orientadoras da questão. No que diz respeito ao tema posto, é inequívoco que:

> No tocante ao estímulo às exportações, entendo razoável a sua admissão como diretriz decorrente do art. 3º, I, da Constituição, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional.
>
> É possível extrair da Constituição Federal de 1988 clara orientação normativa no sentido da desoneração da atividade exportadora, com a finalidade de aumentar a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional.

Todos hão de se lembrar das várias críticas formuladas pelos economistas de que nós tínhamos restrições às atividades de exportação, inclusive deve ser essa a razão da Emenda nº 33, porque nós acabávamos por exportar, também, tributos. Além dos produtos, exportávamos também os tributos, diferentemente do que ocorria em outros...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Seria o caso de isentar do imposto de renda, também, os exportadores.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Essa é uma outra questão, é a questão de tornar o preço mais caro para fora, que é objeto, então, dessa discussão. É o problema da competitividade dos produtos no exterior. Depois, quanto ao imposto de renda, não há nenhuma dúvida de que eles devem pagar e contribuir para o desenvolvimento nacional nessa perspectiva. Mas, veja:

> Nesse particular, cabe observar, sobretudo, as regras contidas nos arts. 153, § 2º, III, e 155, § 2º, X, da Constituição, que impedem a incidência do IPI e do ICMS sobre os produtos industrializados destinados ao exterior.

Cito depois, também, as lições de Misabel Derzi no trabalho anotado atualizado de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar". Remetendo a Aliomar Baleeiro, disse, então: "Trata-se de uma política destinada a impedir ou atenuar a exportação de impostos". Veja que essa preocupação, portanto, já se fazia no clássico trabalho "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", muito antes, portanto, da Constituição de 1988. E é nesse contexto que foi editada, então, essa emenda.

Ainda se diz, aqui, na exposições de motivos da emenda:

> Com a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e ao gás natural, tornam-se necessárias as alterações propostas, como única forma de se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele, que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual. Assim, adotada a presente proposta, poder-se-á se implementar, sem nenhum obstáculo de natureza constitucional, uma forma de tributação dos referidos produtos que garanta a plena neutralidade tributária.
> (*Diário da Câmara dos Deputados*, 16-8-2008.)

E na própria proposta de emenda, no parecer dado na comissão, dizia:

O dispositivo que desonera as receitas decorrentes de exportação e contribuições sociais e das contribuições de intervenção no domínio econômico é bastante pertinente, e até mesmo imprescindível, pois, dada a acirrada concorrência no comércio internacional não se pode admitir qualquer forma de agregação de tributos a bens e serviços exportados.

Por outro lado, argumenta-se que a exegese ampliativa violaria o princípio da universalidade do financiamento da Seguridade Social, previsto no art. 149, *caput*, da Constituição da República, ou até mesmo o princípio da igualdade, pois um determinado grupo, o dos exportadores, seria excluído da base de custeio da Seguridade Social. Estar-se-ia ampliando indevidamente o sentido do dispositivo constitucional.

Tal argumento revela-se totalmente infundado. Primeiro, cumpre esclarecer que a imunidade em questão é de índole objetiva, vinculada, portanto, a determinado fato ou objeto. Diversamente da subjetiva, não possui em seu suporte fático qualquer elemento ligado a características pessoais do contribuinte.

Por conseguinte, não se está afastando determinado segmento ou grupo social do financiamento da Seguridade Social, mas excluindo-se determinado fato da incidência tributária, em virtude de outros princípios constitucionais.

Ademais, a interpretação que revele o verdadeiro alcance da regra de imunidade não viola o princípio da igualdade, mas apenas o reafirma, na medida em que efetiva o desigual tratamento de situações desiguais.

Porque, a rigor, se houvesse alguma extravagância na discussão, ela já se situaria na própria emenda constitucional, que obviamente decide pela desoneração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Quanto às receitas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: "À luz dessas premissas, é que se deve proceder à análise do conceito de lucro: se ele guarda pertinência, ou não, com o conceito de receita e se é alcançado pela teleologia da norma do art. 149, § 2º, I, da Constituição da República.

Não obstante sejam, em termos contábeis, econômicos, tributários ou jurídicos, conceitos diversos, o lucro sempre pressupõe a receita, e as diferenças entre esses institutos não são suficientes para excluir o lucro do âmbito de incidência da norma desonerativa.

Cumpre registrar que o art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal emprega a expressão "receita" no plural, diversamente do que ocorre com o art. 195, I, *b*, da Carta Magna. Tal dado configura indício de que a norma desonerativa possui suporte fático mais amplo do que a mencionada norma atributiva de competência tributária.

Sobre os conceitos de receita bruta, faturamento e receita líquida, esta Corte já se manifestou em diversos julgados. No julgamento do RE 150.755, *DJ* de 20-8-1993, o voto vencedor do Ministro Sepúlveda Pertence assentou que a receita bruta, tal como prevista no DL 2.397/1987 ("a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza"), corresponderia ao conceito de faturamento, restando vencidos os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência me permite? Jamais confundimos, no Tribunal, receita com lucro, e haveria até uma dificuldade muito grande, para aqueles exportadores que também atuam internamente, no que teriam que manter duas contabilidades.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A própria Constituição distingue receita de lucro, nominalmente. São grandezas econômicas diferentes e fatos geradores diferentes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Jamais confundimos, no Tribunal, mas vamos fazê-lo neste caso para ampliar um benefício que é exceção à imunidade?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, essa é uma questão que se manifesta, obviamente, até porque nós temos grandes empresas que se dedicam tanto ao mercado interno quanto ao mercado externo. E, claro, hoje já tem tratamento tributário diferenciado e, obviamente, esta é uma questão operacional; certamente, a receita já opera aí sem nenhuma dificuldade. São muitas as empresas, nós mesmos as conhecemos, que operam tanto no mercado interno quanto no mercado externo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro, Vossa Excelência me permite duas palavrinhas, porque é importantíssimo, e o Tribunal está dividido. E então encerrarei a minha participação no caso.

Vejamos o que ocorreu quando tivemos de interpretar ônus tributário considerada a postura da Receita, da Fazenda, portanto, e a do contribuinte. Defrontamo-nos, no RE 166.772, do Rio Grande do Sul, com questionamento para saber se folha de salários, como havia a referência antes de certa emenda, no artigo 195, apanharia, ou não, pagamentos efetuados a autônomos e administradores. Assentamos que não apanhava. O mesmo ocorreu no RE 116.121/SP, quando dissemos que não incide o ISS na locação de bens. No 170.058, concluímos não caber falar em imposto de renda sem a disponibilidade.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É o lucro. O lucro é o acréscimo patrimonial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sempre distinguimos os institutos. Costumo dizer – o Ministro Eros Grau não concordava muito com isso – que Direito é ciência, possuindo institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio. Se fosse realmente o objeto do preceito constitucional estender a imunidade ao lucro, afastando essa espécie de contribuição, que é a contribuição social sobre o lucro, não teria feito alusão a instituto diverso, ou seja, à receita.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Já chego a esse ponto, Ministro, até porque a contribuição sobre o lucro líquido, a rigor, não é contribuição sobre o lucro. Em termos técnicos, a lei define muito bem, é uma forma técnica de tratar do tema, mas não se trata de lucro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas, certamente, não é contribuição sobre o prejuízo!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: "No julgamento da ADC 1, *DJ* de 16-6-1995, o Relator, Min. Moreira Alves, também afirmou [a gente tem às vezes

sintonias e dissintonias em torno da interpretação] a coincidência entre os conceitos de "faturamento" e "receita bruta":

Note-se que a Lei Complementar 70/1991, ao considerar o faturamento como "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza", nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro *Ilmar Galvão*, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços "coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei 187/1936)".

Até porque a menção a faturamento impediria a incidência do tributo se essa compreensão fosse dominante.

No julgamento dos RE 357.950 e 346.084, Rel. Marco Aurélio, este Supremo Tribunal Federal – ao declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, que ampliara o conceito de receita bruta – reafirmou a coincidência entre os termos "receita bruta" e "faturamento" e a sua distinção do termo "receita", que abrangeria a totalidade dos ingressos pecuniários e não apenas os decorrentes da atividade-fim (venda de mercadorias ou prestação de serviço) da empresa.

Por fim, no tocante ao conceito de receita líquida, o art. 280 do Regulamento do Imposto de Renda (Dec. 3.000/1999) o define como a receita bruta excluída as vendas canceladas e as devoluções.

É indubitável, pois, que o art. 149, § 2º, I, da Constituição, ao utilizar o termo "receitas decorrentes de exportação", abrange tanto a receita propriamente dita quanto a receita bruta, ou faturamento, e a receita líquida.

Definido, portanto, o conceito de receita, em suas diversas acepções, passo à análise do conceito constitucional de lucro.

A Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988, estabelece como hipótese de incidência da CSLL a obtenção de lucro em um determinado exercício. O art. 2º do mencionado diploma legal define como base de cálculo da exação "o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda".

Nesse ponto, convém esclarecer que o lucro tributado pela CSLL não se confunde com o lucro líquido definido pela legislação comercial (art. 191 da Lei 6.404/1976). Trata-se, em verdade, do lucro real, que pode ser conceituado como o "lucro líquido do exercício ajustado pelas adições e exclusões determinadas ou autorizadas pela legislação comercial". Cuida-se, pois, de conceito definido pela legislação tributária e não pelas disposições do Direito Civil ou Empresarial.

Da legislação tributária, portanto, extrai-se que lucro significa o resultado positivo em um determinado exercício, ou seja, a receita auferida nesse período menos as despesas necessárias à sua obtenção.

É certo, pois, que os lucros advindos de exportação pressupõem as receitas auferidas na mesma operação. E, se estas são contempladas pela imunidade, também os lucros devem ser.

O lucro não constitui figura jurídica desvinculada da receita, mas dela depende, até mesmo para a sua definição.

Nesse sentido o magistério de Roque Antônio Carrazza:

"A nosso ver, dentre as contribuições alcançadas pela norma imunizante em foco inclui-se a CSLL (contribuição social sobre o lucro líquido).

Este tributo, delineado no art. 195, I, 'c', da CF (...) foi instituído pela Lei 7.689, de 15-12-1988, cujo art. 2º aponta-lhe a base de cálculo: 'o valor do resultado do exercício antes da provisão do imposto de renda'.

Tal dicção legal há de ser entendida como sinônima de 'lucro', até porque é justamente sobre ele que a Constituição autoriza a criação da figura exacional em estudo.

Muito bem, lucro é instituto afeto ao direito societário. De acordo com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15-12-1976), é a disponibilidade de riqueza nova apresentada pela pessoa jurídica ao cabo do período de apuração.

Vai daí que, ao referir-se a lucro, a CF, em seu art. 195, I, 'c', quis que a contribuição ali prevista recaia sobre um resultado final que leve em conta as receitas da pessoa jurídica, ajustadas aos ditames legais acima apontados. Em suma, que leve em conta modalidade qualificada de receita. Mas sempre receita.

É certo que o art. 195, I, 'b' e 'c', da CF, se literalmente interpretado, pode levar à conclusão de que lucro e receita se contrapõem. Com efeito, o Texto Magno, ao autorizar a criação de contribuições sociais para o custeio da seguridade social, apontou-lhes as bases de cálculo possíveis, e dentre elas 'a receita ou faturamento' (alínea 'b') e o 'lucro' (alínea 'c'). A prevalecer tal interpretação poder-se-ia eventualmente sustentar que a imunidade criada pela Emenda Constitucional 33/2001 estaria restrita às contribuições que têm por base de cálculo a receita, ficando excluída, pois, a CSLL do benefício fiscal em tela.

Deveras, o §2º do art. 149 da Lei das Leis declara imunes às contribuições sociais as 'receitas decorrentes de exportação'.

(...) as diferenças entre receita e lucro, conquanto existam, não sustentam a assertiva de que se estaria diante de realidades reciprocamente excludentes. Isto porque a receita não exclui o lucro, e vice-versa. Assim, há perfeita compatibilidade entre estes dois conceitos, já que o lucro – sob os ângulos econômico, contábil e, sobretudo, tributário – nada mais é que receita depurada, isto é, a receita que teve expungidos os custos e despesas necessários à sua obtenção" (CARRAZZA, Roque Antonio; BOTALLO, Eduardo. Operações de Exportação e Equiparadas e Imunidade à Contribuição Social sobre o Lucro. In: *Revista Dialética de Direito Tributário* 91, p. 112).

Por conseguinte, não remanesce dúvida de que o art. 149, § 2º, I, da Constituição também abarca a CSLL. Até mesmo porque, caso se admitisse que o lucro decorrente das exportações pudesse ser tributado, estar-se-ia indiretamente onerando as receitas decorrentes desse tipo de operação."

De novo, valho-me da necessidade de se fazer, aqui, uma interpretação teleológica. É isso que está em jogo.

Não se pode olvidar, como mencionado alhures, que a imunidade em questão possui natureza objetiva, pré-excluindo da tributação "as receitas decorrentes de exportação". Afasta, portanto, toda e qualquer forma de tributação que onere essas receitas.

Ressalte-se que esta Corte, ao apreciar pedido de liminar na AC 1.738/SP, entendeu ser juridicamente razoável que a imunidade instituída pelo art. 149, § 2º,

> I, da Constituição Federal também abrangesse a CSLL. O Relator, Ministro Cezar Peluso, afirmou em seu voto que "o lucro, como entidade provinda das receitas de exportação, não pode ser atingido, de maneira transversa, por nenhuma contribuição social, vedada que está a incidência desta sobre aquelas. Se se não pode tributar o mais (as receitas), *a fortiori* não se pode gravar o menos (o lucro).
> (AC 1.738-MC/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 19-10-2007.)

Essa é a conclusão, no Plenário, da Relatoria do Ministro Peluso, nesta medida cautelar.

> Entendo, portanto, que a regra do art. 149, § 2º, I, da Constituição confere, sim, imunidade às "receitas provenientes de exportação também com relação à CSLL".

Portanto, nesse sentido, eu reitero a minha posição, destacando que, neste ponto, não há dúvida de que a imunidade incide sobre a CSLL, no que diz respeito às receitas de exportação.

Há outros recursos extraordinários que tratam, por exemplo, da questão da CPMF. E aqui me posicionei em sentido contrário, entendendo que o fato gerador é totalmente outro e, aí sim, não haveria fazer o *distinguishing*.

E quanto à possibilidade da classificação, nós já vimos que, no que diz respeito à técnica de interpretação, nós temos tido tanto um modelo de redução teleológica, não raras vezes, como também um modelo de interpretação, tendo em vista sempre uma hermenêutica de caráter teleológico. A razão por que se deu a finalidade que se persegue com a imunidade são os exemplos todos aqui citados.

Portanto, pedindo todas as vênias e reconhecendo, obviamente, a dificuldade que marca este tema, embora a emenda seja relativamente recente, eu me manifesto no sentido da imunidade em relação à contribuição sobre o lucro em relação à receita de exportação.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu só queria fazer uma brevíssima intervenção a propósito da interpretação jurídica sobre o vetor teleológico ou finalístico.

Eu observei esses vetores e acho que o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Ellen e o Ministro Lewandowski seguiram na mesma linha. Por quê? Porque enquanto a imunidade deve ser interpretada restritivamente, é o que tem dito o Supremo Tribunal Federal, as contribuições sociais devem ser interpretadas ampliativamente. Por quê? Porque diz a Constituição no 195:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, (...)

Então, para excluir um segmento de contribuintes, notadamente o segmento empresarial, só por exceção.

Quer dizer, finalisticamente, parece-me que o vetor interpretativo nos favorece ao não estender a regra da imunidade à contribuição sobre o lucro líquido. Aliás, a Constituição nem fala em lucro líquido, em nenhum momento, fala sobre lucro, pura e simplesmente.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, nessa mesma linha, eu já consignei em voto que tratava de matéria análoga o seguinte:

> (...) quando se cuida de reconhecer a imunidade relativamente a contribuições sociais, é preciso sempre sopesar valores, sendo escusado dizer que o valor solidariedade prepondera sobre qualquer outro de cunho econômico, visto estar ele diretamente referenciado ao postulado da dignidade humana, pilar sobre o qual se assenta o próprio arcabouço republicano.

E aí faço menção, como fez o eminente Ministro Ayres Britto, ao art. 195 da Carta Magna, que estabelece que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei (...)".

É como já me pronunciei.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), Vossa Excelência me permite ressaltar um aspecto considerada a interpretação sistemática da Constituição Federal?

O art. 195 refere-se à receita, a faturamento e a lucro como coisas diversas. Vamos entender que, no art. 149, onde se versa a receita, se tem a compreensão a ponto de apanhar também o lucro? Então, haveria preceitos inócuos no art. 195, porque já existiria a possibilidade de incidência sobre o lucro, ante a regra prevendo que a contribuição incide sobre a receita.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), no tocante à dualidade de atuação, no ambiente interno e também externo, seria o caso de se perguntar: de onde a empresa subtrairá em si as despesas? Será que simplesmente apontará que as despesas só decorrem da comercialização interna? Ocorrerá uma verdadeira fraude.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, mas o Fisco saberá encaminhar essa questão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Daí a dificuldade quanto à contabilidade, visando separar as coisas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E isso já ocorre em outros setores. Veja que temos tido normas nesse sentido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Quanto às exportações, não haverá despesa!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, certamente haverá. Veja que a Constituição já prioriza determinados segmentos. O exemplo que me ocorre para as observações agora trazidas pelo Ministro Britto e pelo Ministro Lewandowski vem do próprio art. 179. Veja que temos, no art. 149, uma decisão no que concerne às atividades de exportação, por razões específicas. Mas, no art. 179, temos a regra de incentivo, facilitação, estímulo às pequenas empresas.

O texto estimula que a lei dê tratamento distinto, visando, aí, incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução dessas por meio de lei. Por quê? Porque outros valores se colocam, e nós sabemos, ainda hoje eu vi essa informação repetida, que essas pequenas empresas, embora contribuam com vinte por cento do PIB, garantem uma empregabilidade de mais de sessenta por cento na economia nacional, para não falar no processo mesmo de democratização, de acesso a meios econômicos. Daí o significado e, por isso, nós temos tido essas várias medidas, por exemplo, o Super Simples que visa a facilitar, estimular, a sobrevivência dessas empresas.

Então, a rigor, nós temos normas que têm esse – aqui, no caso das exportações, o sentido é fazer com que as empresas brasileiras sejam competitivas no plano externo, eventualmente elas vão continuar pagando todos os demais tributos, inclusive o imposto de renda. O que não se quer é onerar a própria pauta de exportação, dificultar e diminuir o chamado Custo Brasil. Fundamentalmente é isso, tornarmos competitivos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Para isso há a imunidade relativamente a algo que tem significado próprio: a receita.

Agora, quanto ao resultado que é colocado no bolso, a disciplina é diversa.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E, às vezes, a preocupação excessiva com o custo Brasil termina prejudicando o casto Brasil, ou seja, o lado ético da questão.

EXTRATO DA ATA

RE 564.413/SC — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Incasa S.A. (Advogados: Eros Santos Carrilho e outros). Recorrida: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Ellen Gracie, negando provimento ao recurso, e os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Mello, dando-lhe provimento, foi o julgamento suspenso para aguardar o voto de desempate do Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, devendo os autos ser imediatamente conclusos a Sua Excelência. Não participou da votação o Ministro Dias Toffoli por suceder ao Ministro Menezes Direito. Presidência do Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 4 de agosto de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Resumirei o que está em jogo.

Discute-se se o **lucro** obtido com operações de exportação é imune à incidência de contribuições sociais e de contribuições de intervenção no domínio econômico (art. 149, § 2º, I, da Constituição, com a redação dada pela EC 33/2001).

Até o momento, cinco membros desta Corte entenderam inaplicável a imunidade tributária ao lucro. Segundo argumentaram os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie, Ayres Britto e Menezes Direito, os conceitos técnicos de **lucro** e de **receita** são diferentes e inassimiláveis, de modo que o benefício concedido às **receitas de exportação** não poderia ser estendido aos **lucros** da mesma operação.

Apontou-se também que a desoneração poderia violar o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, componente do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio e do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1944 (GATT).

Por fim, dois outros fundamentos robusteceram a linha iniciada pelo eminente Ministro Relator. São eles a necessidade de prestigiar a universalidade e a solidariedade das formas de custeio da seguridade social, se em conflito com interesse individual, e a dificuldade de fiscalização e apuração dos valores devidos, considerada a situação das empresas que se dedicam concomitantemente às operações domésticas e à exportação.

Em sentido contrário, os eminentes Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Eros Grau entenderam imune à tributação o lucro auferido com as operações de exportação. Para tanto, em síntese, partiram da constatação de que a jurisprudência da Corte tende a considerar relevante a finalidade do benefício para definir o alcance das diversas hipóteses de imunidade tributária. Em tais termos, ponderaram que o estímulo às exportações é instrumento inequívoco ao desenvolvimento econômico geral e regional, objetivo constitucional expresso (art. 3º, I, da Constituição). Diversos dispositivos constitucionais voltam-se a garantir a competitividade de produtos brasileiros nos mercados estrangeiros, especialmente pela desoneração tributária. Como a função da imunidade é assegurar que "tributos não sejam exportados junto com as mercadorias", faz sentido desonerar os produtos com a remoção da CSL.

Finalmente, registro que recebi concomitantemente representantes da União e dos contribuintes em meu gabinete em 13-2-2009, oportunidade em que

foi franqueada de modo equânime e transparente espaço para a apresentação das teses e dos interesses em jogo.

Passo ao voto.

Ambas as linhas adotadas e debatidas em profundidade nas diversas sessões precedentes trazem inquietações relevantes, que transcendem aos interesses meramente localizados de uma ou de outra parte. A meu sentir, a tensão entre tais inquietações se resolve em favor da tese fazendária, consideradas as contribuições calculadas com base no lucro.

Para tanto, abordarei as três classes básicas que representam o entendimento favorável à incidência da CSL sobre o lucro das operações de exportação: **argumentos semântico**, **teleológico de calibração** e **pragmático**, pois, a meu sentir, alguns deles podem trazer desdobramentos e firmar pré-fundamentos incompatíveis com a Constituição.

Concordo que os conceitos técnicos-jurídicos de "lucro" e de "receita" não se confundem, assim como "lucro" não está inexoravelmente contido em "receita", pois é possível haver receita (ingresso definitivo) sem lucro (resultado positivo).

Porém, lembro que o legislador não está vinculado ao uso de linguagem rigorosa e precisa. De fato, o Parlamento usa linguagem natural, comum e de uso corrente por todos os cidadãos, sem se preocupar com os axiomas das linguagens técnica e científica: não contradição, identidade e terceiro excluído. Assim, é possível encontrar palavras e expressões vagas ou ambíguas na Constituição e nos textos legais. Para ilustrar, basta recordar o que já dito nestes mesmos autos: a palavra "isenção" constante no art. 195, § 7º, da Constituição deve ser lida como "imunidade". Esta Corte tem o papel de resolver de modo definitivo tais controvérsias, ao reconduzir as palavras ao sentido compatível com a vontade popular, manifestada pelo exercício da função legislativa.

Entendo que a expressão "receitas decorrente de exportações" foi utilizada para abranger todas as expressões de riqueza utilizadas para servir de base às contribuições destinadas ao custeio da seguridade social e de intervenção no domínio econômico. O afastamento da acepção técnica e o uso da linguagem natural são evidenciados na exposição de motivos da EC 33/2001 e no parecer do relator da Comissão Especial que cuidou da PEC 227-A/2000, já aludidos em sessões passadas e que transcrevo apenas para fins de registro:

> Exposição de motivos da EC 33/2001:
>
> Com a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e ao gás natural, tornam-se necessárias as alterações propostas, como única forma de se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele, que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual. Assim, adotada a presente proposta, poder-se-á se implementar, sem nenhum obstáculo de natureza constitucional, uma forma de tributação dos referidos produtos que garanta a plena neutralidade tributária.
>
> (*Diário da Câmara dos Deputados*, 16-8-2008.)

> Parecer na PEC 227-A/2000:
> O dispositivo que desonera as receitas decorrentes de exportação e contribuições sociais e das contribuições de intervenção no domínio econômico é bastante pertinente, e até mesmo imprescindível, pois, dada a acirrada concorrência no comércio internacional **não se pode admitir qualquer forma de agregação de tributos a bens e serviços exportados**.
> (Grifei.)

Ademais, embora "receita" e "lucro" tenham acepções técnicas diversas, ambas gravam a **mesma quantidade de recursos** ou fonte de riqueza, ainda que por aspectos diversos. Não há "lucro" sem "receita" e as grandezas não se somam para aumentar o fluxo de dinheiro. Ambas as contribuições, **com autorização constitucional legítima**, retiram de uma singular e única expressão econômica os recursos que serão transferidos ao Tesouro. Portanto, a desoneração relativa a tributos como a Cofins e o PIS é compatível com a não incidência da CSL.

Não obstante, é importante ressaltar que a imunidade aplicável à contribuição calculada com base no "lucro" é resultado exclusivo de opção **legislativa**. É equivocado presumir que a imunidade pertinente ao "lucro" **decorre ontologicamente** da imunidade conferida à "receita", em sua acepção técnica, de modo que não se deve temer que esta decisão estenda-se automaticamente a outros tributos, como o Imposto de Renda.

Superado o obstáculo **semântico**, passo ao exame da objeção teleológica para fins de calibração com base nos princípios da **universalidade e solidariedade** *versus* o princípio do desenvolvimento econômico geral e regional.

Em sua acepção de base, *universalidade* significa que as iniciativas e os programas de seguridade social abrangerão compulsoriamente todas as pessoas que delas necessitarem. Em contrapartida, *solidariedade* caracteriza o regime de custeio de modo a mitigar a vinculação econômica entre a participação financeira dos interessados e os respectivos benefícios.

A questão constitucional a ser enfrentada pela Corte diz respeito a valores constitucionais caros e pode ser resumida nas seguintes palavras: o princípio da *solidariedade* justifica a ampliação irrestrita das fontes de custeio dos benefícios sociais, mesmo se não houver benefício direto ao contribuinte? Se existentes, os limites constitucionais foram violados neste caso e, mais importante, quais são os parâmetros para controle que podem ser fixados para aplicação em casos futuros?

Por ocasião do julgamento do RE 160.007, o Ministro Paulo Brossard aludiu à sempre crescente necessidade de aumento das receitas do Estado, costumeiramente atendida pelo aumento real da carga tributária. No campo da seguridade social, as causas de déficit são bem documentadas pela literatura técnica, posto que de todo irrelevantes para o desate da questão.

Entendo que a adoção do modelo solidário de custeio da previdência está longe de chancelar *todo* e *qualquer* tipo de aumento da base de tributação. É plausível considerar que a criação de mecanismos destinados a sustentar condições justas de competitividade no mercado internacional atende o fortalecimento

da arrecadação assistencial e previdenciária tanto quanto o aumento **nominal** da base de contribuintes ou das receitas tributáveis. De forma bastante simplificada, o deslocamento do potencial de emprego para regiões com tratamento tributário, fiscal ou regulatório mais favorável, talvez predatório, tende a diminuir a quantidade de empregos formais, a remuneração paga e a geração de riquezas. Consequentemente, também cairá a base efetiva (calculada) das contribuições.

Ausente comprovação de que a imunidade torna o Brasil o país predatório (com tributação favorecida, "paraíso fiscal"), bem como de que a própria OMC tenha refugado a postura nacional, o cálculo entre os princípios é desfavorável à pretensão meramente arrecadatória.

Enfrento agora os dois últimos argumentos, de viés pragmático.

Inicialmente, é altamente improvável que a imunidade concedida possa embaraçar o cálculo do tributo devido em relação ao lucro oriundo das operações domésticas.

Anoto que a grande quantidade de obrigações acessórias e os elevados graus de técnica e profissionalismo dos aparatos fiscais são mais do que suficientes para que o Estado verifique a ocorrência de fatos geradores, apure o montante devido, encontre os sujeitos passivos e cobre a exação. Não há margem para temer a hipossuficiência fiscal ou o risco hipotético dos contribuintes se furtarem impunemente ao pagamento dos débitos.

Segundo estudo realizado pelo Banco Mundial (WB) entre 2008 e 2009[1], o Brasil impõe uma das maiores cargas tributárias do mundo para cumprimento das obrigações tributárias acessórias. Somos o país estudado **mais vagaroso**, pois no caso estudado, um **único contribuinte** foi obrigado a gastar **2.600 horas** em um ano, apenas para **apurar os tributos devidos e escriturar documentos**. Cada uma dessas horas significa aumento de **despesas** com **pessoal** e **equipamento** e, consequente e paradoxalmente, **aumento da própria carga tributária com obrigações principais** (incidentes, *e.g.*, sobre folha de salários dos empregados ou sobre a prestação de serviço e a renda de serviços terceirizados, bem como sobre a aquisição e propriedade dos equipamentos).

Além do mais, recente pesquisa da Federação das Indústrias de São Paulo – FIESP estima que o custo anual da burocracia para as empresas brasileiras é de aproximadamente R$ 46,3 bilhões, boa parte creditado ao complexo sistema tributário distribuído entre as esferas de governo: União, Estados e Municípios.

Suponho com boa margem de conforto que a pesada carga de *tax compliance* acomode obrigações acessórias mais do que suficientes para que as autoridades fiscais possam apurar quais valores contabilizados se relacionam com exportação.

Questão mais sensível se refere ao risco de violação de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte, como é o caso do GATT e do ASMC (Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias), custodiados pela OMC.

---

1 *World Bank Global* e *PriceWaterhouseCoopers International Limited*. *Paying taxes in 2009*. *The Global Picture*. Publicação eletrônica. Cf. http://pwc.com/payingtaxes.

Em especial, o ASMC prevê duas classes de subsídios atentatórios ao equilíbrio desejado: **subsídios absolutamente proibidos** (cujo dano é pressuposto de modo inafastável, chamados de *prohibited subsidies*) e **subsídios acionáveis** (cuja proibição depende da ação das partes interessadas – *actionable subsidies*).

Ocorre que, como observa Felipe Nagel Reis, "a caracterização de subsídios proibidos não é tão simples como parece".

Nem todo subsídio tem efeitos exclusivamente negativos.

Como observa mencionado autor:

> No que pertence ao segundo tipo de subsídio apresentado, o subsídio de exportação, não necessariamente o Estado importador estará interessado em barrar esse tipo de conduta. Ainda que se mostre como uma distorção do mercado do comércio internacional, nem sempre os países que importam um produto com subsídio têm a reação imediata de tomar medidas contra essa distorção, justamente porque o preço fora reduzido, podendo assim favorecer os consumidores do país importador. Poder-se-ia aventar uma possibilidade, visualizada no exemplo de um Estado que recebe o produto mais barato e tenha por interesse proporcional para sua população esse produto com preço mais baixo, facilitando a compra. Tal situação normalmente ocorre quando o país importador não tem produtos similares concorrendo com o produto subsidiado vindo do estrangeiro. Neste caso, nenhuma empresa daquele país perde na concorrência, e, ao mesmo tempo, a população tem a possibilidade de adquirir um produto mais barato[2].

Porém, **aparentemente**, há risco de a norma de imunidade ser considerada subsídio proibido ou passível de proibição para os fins do ASMC, se levarmos em consideração o precedente firmado para o caso Proex (WT/DS46/R)[3]. Naquela oportunidade, o Brasil argumentou ser permitida a concessão de subsídio se fosse possível demonstrar que o benefício tão somente compensava alguma vantagem ou vantagens disponíveis aos produtos de outros Estados-membros da organização. O "Panel" **rejeitou** o argumento.

Paradoxal ou não o fundamento adotado pelo "Panel", questões relativas à postura nacional no âmbito externo somente podem ser definidas pelo Legislativo e pelo Executivo. Se fosse afastada tal dúvida razoável, eu tenderia a

---

2 *Subsídios na OMC*. Curitiba: Juruá, 2008, passim.

3 Lê-se no documento, disponível em http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/46R.DOC: "*This last example is instructive, as the relevant test involves a comparison o the terms and conditions of the goods or services being provided by the government with the terms and conditions that would otherwise be available to the exporters receiving the alleged export subsidy; the fact that a foreign competitor had access to the same goods or services on better terms than those available to the exporters in question would not be a defense. In items (e), (f), (g), (h) and (i) o the Illustrative List, all of which relate to exemptions, remissions or deferrals o taxes or import charges, there is no hint that a tax advantage would not constitute an export subsidy simply because it reduced the exporter's tax burden to a level comparable to that of foreign competitors. In short, in asking us to look at the relative position o competitors in determining the disciplines applicable to item (k) payments, Brazil is asking us to construe that 'material advantage' clause in a manner which does not conform to the general approach o the SCM Agreement.*"

acompanhar o pleito pela imunização do lucro advindo das operações de exportação. Mas, enquanto não houver definição neste campo, apenas o Legislativo terá legitimidade para definir a interpretação a ser dada ao termo "receitas de exportação", para precisar se ele abrange ou não o lucro.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso extraordinário**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 564.413/SC — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Incasa S.A. (Advogados: Eros Santos Carrilho e outros). Recorrida: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Eros Grau, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente). Não votou o Ministro Dias Toffoli por suceder ao Ministro Menezes Direito, que proferiu voto em assentada anterior.

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

Brasília, 12 de agosto de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 584.188 — SP

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Agravante: Onofre de Oliveira — Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Agravo regimental em recurso extraordinário. Processo civil. Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça. Declaração de inconstitucionalidade.

1. Controvérsia envolvendo a Súmula 111/STJ ("Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença") não transborda os limites do âmbito infraconstitucional. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 923-AgR, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, decidiu ser incabível a declaração de inconstitucionalidade de súmula de jurisprudência dominante por não se tratar de ato normativo.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao agravo regimental, o que fazem por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 28 de setembro de 2010 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: 1. Trata-se de agravo regimental contra decisão pela qual neguei seguimento ao recurso extraordinário porque a Instância Judicante de origem decidiu a controvérsia exclusivamente à luz da legislação infraconstitucional.

2. Pois bem, a parte agravante reitera as alegações expendidas no apelo extremo e sustenta que as violações ocorreram de forma direta. Requer a declaração de inconstitucionalidade da Súmula 111/STJ.

3. Havendo mantido a decisão agravada, submeto o recurso à apreciação desta nossa Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Tenho que o inconformismo não merece acolhida. No caso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu a controvérsia em acórdão assim ementado (fl. 292):

Honorários advocatícios. Ação previdenciária. Parcelas vencidas. Marco final. Prolação da sentença. Súmula 111.

1. "Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença" (Súmula 111).

2. No caso, por não se tratar de hipótese de indenização por ato ilícito contra pessoa, inaplicável o § 5º do art. 20 do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental improvido.

6. Ora, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema sob exame não transborda os limites do âmbito infraconstitucional. Logo, ofensa à Carta Magna de 1988, se existente, ocorreria de forma reflexa ou indireta. Leia-se, nesse mesmo sentido, a ementa do AI 673.503-AgR, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual civil. Honorários advocatícios: incidência sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença. Matéria infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

7. Outros precedentes: AI 769.429, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, e RE 573.553-AgR-ED, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, e 602.682, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

8. À derradeira, pontuo que o Plenário desta nossa colenda Corte, ao apreciar a ADI 923-AgR, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, entendeu ser incabível declaração de inconstitucionalidade de súmula de jurisprudência dominante por não se tratar de ato normativo.

9. Ante o exposto, meu voto é pelo desprovimento do agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

RE 584.188-AgR/SP — Relator: Ministro Ayres Britto. Agravante: Onofre de Oliveira (Advogados: Luís Roberto Olípio e outros). Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Procurador: Procurador-Geral Federal).

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

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

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 590.409 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Ministério Público Federal — Suscitante: Juízo Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro — Suscitado: Juízo Federal do 7º Juizado Especial da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro — Interessados: Vera Cristina Rosa e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Conflito negativo de competência. Juizado Especial e Juízo Federal de primeira instância, pertencentes à mesma seção judiciária. Julgamento afeto ao respectivo Tribunal Regional Federal. Julgamento pelo STJ. Inadmissibilidade. Recurso extraordinário conhecido e provido.

I – A questão central do presente recurso extraordinário consiste em saber a que órgão jurisdicional cabe dirimir conflitos de competência entre um juizado especial e um juízo de primeiro grau, se ao respectivo Tribunal Regional Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.

II – A competência STJ para julgar conflitos dessa natureza circunscreve-se àqueles em que estão envolvidos tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, *d,* da CF).

III – Os juízes de primeira instância, tal como aqueles que integram os juizados especiais estão vinculados ao respectivo Tribunal Regional Federal, ao qual cabe dirimir os conflitos de competência que surjam entre eles.

IV – Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário para anular o acórdão recorrido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região para que julgue como entender de direito o conflito de competência entre o Juiz Federal do 7º Juizado Especial e o Juízo Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Eros Grau e, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

Brasília, 26 de agosto de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público Federal, com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão, unânime, proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em sede de agravo regimental tirado de conflito de competência (CC 82.780/RJ) entre o Juizado Especial Federal e o Juízo Federal Comum de uma mesma Seção Judiciária.

Na origem, foi ajuizada ação declaratória de nulidade, cumulada com pedido de pensão por falecimento, contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), no Juízo Federal do 7º Juizado Especial da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

O Juizado Especial declinou de sua competência ao fundamento de que, embora o valor da causa seja compatível com a sua alçada, o exame do pleito demandaria ampla dilação probatória, incompatível com o rito sumaríssimo nele adotado.

O Juízo Federal da 35ª Vara da mesma Seção Judiciária, ao qual o feito foi redistribuído, por sua vez, suscitou o conflito negativo de competência, remetendo os autos ao Superior Tribunal de Justiça, às fls. 11-12, alegando, em suma, que o valor da causa exige o julgamento da lide pela Justiça especializada.

Às fls. 23-25, o Ministro Felix Fischer proferiu decisão monocrática em que conheceu do conflito, declarando competente o Juízo Federal do 7º Juizado Especial.

Contra essa decisão, o Ministério Público Federal interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento, nos termos do acórdão objeto do presente recurso extraordinário, que recebeu a seguinte ementa:

> *Agravo regimental. Conflito negativo de competência. Juizado Especial e Juízo Federal da mesma seção judiciária. Competência do STJ.*
>
> Compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juizado Especial Federal e Juízo Federal da mesma Seção Judiciária. Precedentes de todas as Seções desta Corte e do c. Pretório Excelso.
>
> Agravo Regimental desprovido.
>
> (Fl. 46.)

Em seu voto, o ilustre Relator ressaltou o seguinte:

> Esta Seção, em conformidade com o decidido pelo c. Pretório Excelso no CC 7.081-6, vem entendendo que não há vinculação jurisdicional, nos termos do art. 105, I, alínea *d*, da CF, entre os Juizados Especiais Federais e os vários Tribunais Regionais Federais do país, eis que suas decisões não são passíveis de revisão por uma das Cortes Regionais, mas pelas Turmas Recursais.

Alega o recorrente, em síntese, que o aresto recorrido teria afrontado os arts. 92; 98, I; 102, III; e 105, I, *c*, e III, da Constituição Federal.

Pondera, mais, que,

> ainda que a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça tenha se pacificado no sentido de que é de sua competência o julgamento de conflito de competência que envolve juiz federal de Juizado Especial e juiz federal das Varas Federais, a questão aduzida nos autos requer apreciação dessa Colenda Corte Constitucional.
>
> (...)
>
> No entendimento desse E. Supremo Tribunal Federal (...) o Tribunal de Justiça exerce jurisdição sobre as Turmas Recursais, mormente porque os desembargadores julgam os componentes das Turmas Recursais ao patamar de órgãos diversos dos tribunais de que provêm, conforme se percebe da dicção do art. 92 c/c art. 98, inc. I, ambos da CF.
>
> (Fl. 59.)

Esta Suprema Corte, à fl. 81, reconheceu a repercussão geral do tema em debate, proferindo decisão que apresenta ementa a seguir transcrita:

> *Constitucional. Competência para julgamento de conflito de competência entre Juizado Especial Federal e Juízo Federal. Relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral.*
>
> (Fl. 81.)

Às fls. 89-91, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso, em parecer assim ementado:

> Recurso extraordinário. Conflito de competência entre juizado especial e justiça comum da mesma seção judiciária. Julgamento pelo STJ. Nulidade do acórdão. Precedente recente do STF. Vinculação das Turmas Recursais Federais ao Tribunal Regional Federal. Parecer pelo provimento do recurso.
>
> (Fls. 89-91.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A questão central do presente recurso extraordinário consiste em decidir qual é o órgão que deve julgar os conflitos de competência entre um juizado especial federal e um juiz de primeiro grau da Justiça Federal que pertencem a uma mesma seção judiciária, a saber, se o respectivo Tribunal Regional Federal ou se o Superior Tribunal de Justiça.

Segundo preconiza o art. 105, I, *d,* da Constituição vigente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar conflitos de competência circunscreve-se aos litígios em que estão envolvidos tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos[1].

---

[1] "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente: (...);

(...)

d) os *conflitos de competência* entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e *entre juízes vinculados a tribunais diversos*" (Grifos meus).

De acordo com esse dispositivo constitucional, o STJ somente estaria autorizado a julgar um conflito de competência semelhante ao noticiado nos presentes autos se o juiz de primeira instância e o juizado especial estivessem vinculados a tribunais distintos.

Consoante o acórdão recorrido, todavia, caberia ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento dos conflitos de competência estabelecidos entre juizados especiais e juízes de primeiro grau de uma mesma seção judiciária porque os magistrados daqueles estariam vinculados ao Tribunal Regional Federal, ao passo que estes às turmas recursais. Em outras palavras, por cuidar-se de um conflito de competência entre juízos vinculados a tribunais diversos, cumpriria ao STJ dirimi-lo.

Ao que consta essa conclusão lastreou-se em posição fixada por esta Suprema Corte no CC 7.081/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, cuja decisão foi assim ementada:

> *Direito constitucional, penal e processual penal. Conflito negativo de competência, entre a Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte e o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.*
>
> *Competência do Superior Tribunal de Justiça para dirimi-lo (art. 105, I, d, da CF). E não do Supremo Tribunal Federal* (art. 102, I, *o*).
>
> 1. As decisões de turma recursal de juizado especial, composta por juízes de primeiro grau, não estão sujeitas à jurisdição de tribunais estaduais (de alçada ou de justiça).
>
> 2. Também as dos tribunais de alçada não se submetem à dos tribunais de justiça.
>
> 3. Sendo assim, havendo conflito de competência, entre turma recursal de juizado especial e tribunal de alçada, deve ele ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, *d*, da CF, segundo o qual a incumbência lhe cabe, quando envolva "tribunal e juízes a ele não vinculados".
>
> 4. Conflito não conhecido, com remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para julgá-lo, como lhe parecer de direito.
>
> 5. Plenário. Decisão unânime.

Decidindo dessa forma, o STF entendeu que as turmas recursais não estariam sujeitas nem à jurisdição dos tribunais de alçada ou de justiça dos Estados, nem, por via de consequência, aos Tribunais Regionais Federais.

Bem examinada a questão, porém, penso que a competência para dirimir o conflito em comento é do Tribunal Regional Federal ao qual ambos, o juiz suscitante e o juizado suscitado, estão ligados, no caso, o TRF-2, pois, tanto os juízes de primeiro grau, quanto os que integram os juizados especiais federais estão vinculados àquela Corte, o que exclui, no meu entender, o exame dos conflitos surgidos entre eles pelo Superior Tribunal de Justiça, como pretendo demonstrar na sequência.

Com efeito, no meu entender, o liame de ambos com o tribunal local resta caracterizado porque: (i) os crimes comuns e de responsabilidade dos juízes de primeiro grau e das turmas recursais dos juizados especiais são julgados pelo respectivo Tribunal Regional Federal e (ii) as varas federais e as turmas recursais dos juizados especiais federais são instituídos pelos respectivos Tribunais Regionais Federais, estando subordinados a eles administrativamente.

Observo, a propósito, que esta Suprema Corte já decidiu que o Tribunal Regional Federal é o órgão competente para o julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade praticados por juízes de primeiro grau e das turmas recursais dos juizados especiais.

Tal entendimento encontrou expressão no julgamento do HC 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, que apresenta a ementa abaixo:

> *Competência – Habeas corpus – Definição*. A competência para o julgamento do *habeas corpus* é definida pelos envolvidos – paciente e impetrante.
>
> ***Competência – Habeas corpus – Ato de turma recursal*. Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os *habeas* impetrados contra ato que tenham praticado.**
>
> *Competência – Habeas corpus – Liminar*. Uma vez ocorrida a declinação da competência, cumpre preservar o quadro decisório decorrente do deferimento de medida acauteladora, ficando a manutenção, ou não, a critério do órgão competente. (Grifos meus.)

Esse julgado, inclusive, redundou na revogação tácita da Súmula 690 desta Casa, segundo a qual competia "originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais".

A esse argumento soma-se o de que os juízes de primeiro grau e as turmas recursais dos juizados especiais são instituídos pelos respectivos tribunais regionais federais, estando subordinados a eles administrativamente.

De fato, o art. 21 da Lei 10.259/2001, que disciplina os juizados especiais federais, comete aos tribunais regionais federais não só a faculdade de instituí-los, como também a de estabelecer a sua competência[2].

Os arts. 22 e 26 da citada Lei, por sua vez, atribuem aos tribunais regionais federais o poder-dever de **coordenar e prestar suporte administrativo** aos juizados especiais[3].

---

[2] "Art. 21. As Turmas Recursais serão instituídas por decisão do Tribunal Regional Federal, que definirá sua competência, podendo abranger mais de uma seção."

[3] "Art. 22. Os Juizados Especiais serão coordenados por Juiz do respectivo Tribunal Regional, escolhido por seus pares, com mandato de 2 (dois) anos.

(...)

Art. 26. Competirá aos Tribunais Regionais Federais prestar o suporte administrativo necessário ao funcionamento dos Juizados Especiais."

Observo, ainda, por oportuno, que a Constituição não arrola as turmas recursais entre os órgãos do Poder Judiciário, os quais são por ela discriminados, em *numerus clausus*, no art. 92[4]. Apenas lhes outorga, no art. 98, I, a incumbência de julgar os recursos provenientes dos juizados especiais[5].

Vê-se, assim, que a Carta Magna não conferiu às turmas recursais, sabidamente integradas por juízes de primeiro grau, a natureza de órgãos autárquicos do Poder Judiciário, e nem tampouco a qualidade de tribunais, como também não lhes outorgou qualquer autonomia com relação aos Tribunais Regionais Federais.

É por essa razão que, contra suas decisões, não cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 203 daquela Corte,[6] mas tão somente recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos termos de sua Súmula 640[7].

Isso ocorre, insisto, porque elas constituem órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos juizados especiais, mas não tribunais, requisito essencial para que se instaure a competência especial do STJ.

O precedente desta Suprema Corte que deu origem à mencionada Súmula 640, foi a decisão prolatada no RE 136.154/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, no qual se sublinhou as razões dessa diferença entre as competências recursais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do trecho abaixo transcrito:

> Feito o contraste entre os dois dispositivos, art. 102, III, e art. 105, III, entendo que outra conclusão não se pode chegar senão a esta: no que toca ao recurso extraordinário, que compreende o contencioso constitucional, a Constituição não exige que a decisão proferida em única ou última instância seja de tribunal, tal como expressamente exige no que concerne ao recurso especial, que diz respeito ao contencioso de direito federal comum da competência do Superior Tribunal de Justiça. A distinção tem a sua razão de ser: é que compete ao Supremo Tribunal

---

[4] "Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
I – o Supremo Tribunal Federal;
I-A – o Conselho Nacional de Justiça;
II – o Superior Tribunal de Justiça;
III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
VI – Os Tribunais e Juízes Militares;
VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios."

[5] "Art. 98. A União, o Distrito Federal e os Territórios, e os Estados criarão:
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau."

[6] "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais."

[7] "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de Alçada, ou por Turma Recursal de Juizado Especial Cível e Criminal."

> Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (CF, art. 102). Destarte, qualquer ofensa à Constituição deverá ser, de imediato, afastada ou corrigida pela Corte Constitucional.

Assim, se não é possível qualificar as turmas recursais como tribunais, não é lícito, em consequência, concluir que os juízes dos juizados especiais estão a elas vinculados, salvo – e exclusivamente – no concernente ao reexame de seus julgados.

Por tais argumentos, concluo que não cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar conflitos de competência entre juizados especiais e juízes de primeiro grau da Justiça Federal de uma mesma seção judiciária.

Não fosse apenas por isso, recordo que os juizados especiais foram concebidos pelos constituintes de 1988 com o escopo de simplificar a prestação jurisdicional, e não de multiplicar ou, de alguma forma, dividir competências.

Nesse sentido, trago a preciosa lição de Cândido Rangel Dinamarco, para o qual eles

> foram instituídos com o objetivo explícito de criar meios para diminuir a litigiosidade contida, concorrendo para a redução dos conflitos que não chegam ao Poder Judiciário e que por isso constituem fatores de crescente insatisfação pessoal das pessoas e possível deterioração de suas relações. A ideia de implantá-los partiu da observação de que o público de baixa renda não vem aos órgãos ordinários da jurisdição como as pessoas mais dotadas, seja em razão de suas próprias deficiências econômicas, seja por um temor reverencial inerente à sua condição humilde. Foi intuito do legislador, na linha de uma das ondas renovatórias do processo civil moderno, oferecer uma justiça bem mais informal pela simplicidade dos atos do novo processo, eminentemente participativa pela presença de conciliadores e diálogo com os litigantes, muito mais célere e, portanto, acessível a um número maior de cidadãos.[8]

Tais juizados, concebidos também no âmbito do Direito Comparado, resultaram de idêntico desiderato, registrando Mauro Cappelleti que

> sem os juizados de pequenas causas os direitos das pessoas comuns serão apenas simbólicos. O desafio é criar fóruns que sejam econômica, física e psicologicamente atrativos para os indivíduos, de tal modo que os jurisdicionados possam se sentir confortáveis e confiantes em utilizá-los, independentemente da situação financeira e social da parte contrária.[9]

Ora, se o objetivo que presidiu a instituição dos juizados especiais foi o de simplificar o processo judicial, aproximando o jurisdicionado do órgão responsável pela adjudicação da lide da qual é parte, não faz qualquer sentido, a meu ver, transferir a um tribunal superior a atribuição de solucionar conflitos

---

[8] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. V. III, p. 769-770.

[9] CAPPELLETI, Mauro. *The Florence Access-to-Justice Project*, Book I, v. 1, General Reports. Oxford: Clarendon Press. 1978. p. 72.

de competência entre juízes que o integram e outros que possuem a mesma medida de jurisdição.

Em face do exposto, pelo meu voto, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário para anular o acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para que julgue, como entender de direito, o conflito de competência entre Juízo Federal do 7º Juizado Especial e o Juízo Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também acompanho o Relator.

Aqui, o mais importante, Ministro Lewandowski, é afirmar essa interpretação de que o Superior Tribunal não detém essa competência, não é isso? Porque, como Vossa Excelência disse ao início, mais de uma vez foi fixada essa competência para todos os outros casos. Juízes de juizados especiais são juízes de primeira instância e, portanto, nessa condição, eventuais conflitos são solucionados pelo tribunal correspondente.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): E mais econômico, inclusive, que remeter a um tribunal já extremamente congestionado, que presta excelentes serviços à comunidade, que é o STJ.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Só para afirmar o que é o cerne da discussão posta.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Eminente Relator, o conflito negativo de competência é entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária.

Então, o caso foi bem analisado no HC 86.834, da relatoria do Ministro Marco Aurélio. O raciocínio ali desenvolvido me parece que se aplica ao caso vertente.

Ministro Relator, também entendo que a Constituição empresta a Vossa Excelência o mais sólido suporte no art. 96, inciso I, alínea *a* e alínea *b*. E, de outra parte, o art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, ao falar da competência do STJ para resolver conflitos de competência entre quaisquer tribunais, acrescentando a Constituição: "ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;" – que não é o caso. Acho que a Constituição, ao assim demarcar a competência...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): O Ministro lembrou bem; esse é o argumento, a meu ver, fundamental.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: O STJ também arrima, lastreia solidamente o belíssimo voto de Vossa Excelência.

Acompanho Vossa Excelência para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, anulando, assim, o acórdão do STJ.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também acompanho, louvando o belo voto do Ministro Lewandowski.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o voto do Relator mostrou-se completo.

Excepcionada a cláusula última referida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, no tocante à atuação do Superior Tribunal de Justiça quando existente conflito a envolver juízos submetidos a tribunais diversos, a definição para apreciação do conflito decorre da submissão dos envolvidos, sob o ângulo penal, a certa Corte. No caso, tanto o juiz que atua no juizado especial quanto aquele que é titular ou substituto da vara federal estão submetidos, nos crimes comuns, ao Tribunal Regional Federal da Seção, ou seja, da 4ª Região.

Por isso, acompanho Sua Excelência, cumprimentando-o pelo voto proferido. Provejo o recurso para assentar que incumbe ao Tribunal Regional Federal o julgamento do conflito.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também o acompanho. Só observo que, na verdade, este problema se coloca porque os juizados especiais federais são criação da EC 22/1999. Daí não ter havido sequer a possibilidade de que houvesse previsão explícita no texto originário quanto à existência de juizado especial. Claro que depois vem a Lei 10.259 e tenta, inclusive, disciplinar – o que é extremamente difícil – a possibilidade de que contra decisão de última instância dos juizados especiais passe a caber recurso extraordinário. Há dificuldades em admissão, por exemplo, do recurso especial porque se fala, no texto constitucional, em cabimento de Resp contra decisão de tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É cláusula que não temos quanto à competência para julgar o recurso extraordinário *stricto sensu*, cabível contra qualquer decisão, pouco importando a origem – de tribunal ou não –, desde que esgotada a jurisdição que antecede o crivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. Por isso que a Lei 10.259, por inspiração do eminente Ministro Ruy Rosado, trouxe um tipo de incidente de uniformização no âmbito dos juizados especiais federais: a turma de uniformização. Do contrário, corre-se o risco do direito interpretado pelas turmas recursais se descolar por completo da jurisprudência do STJ.

Portanto, a não previsão decorre deste fato: de ser construção *ex post* no direito constitucional positivo.

De qualquer sorte, Sua Excelência o eminente Relator feriu bem a questão. Não faz sentido elevar este tema para o Superior Tribunal de Justiça, dificultando ainda mais uma prestação que se pretende célere. É claro que aqui ou acolá vamos nos deparar com este problema: qual é a natureza jurídica desses órgãos recursais?

Lembro-me de que a Ministra Ellen Gracie, por exemplo, trouxe um caso em que as turmas recursais não aplicavam o direito, entendendo que era inconstitucional. Aí veio a pergunta se nós estávamos ou não obrigados a aplicar o art. 97, a cláusula da reserva de plenário. Naquela época, decidimos relevar, por quê? Porque não há essa figura.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como turma recursal não integra tribunal, órgão competente para o incidente de inconstitucionalidade, ela simplesmente deixa de aplicar a lei que tem como inconstitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. Portanto, temos que adaptar a um modelo.

Naquele caso do Rio de Janeiro, era o caso do FGTS, ela se recusava, sistematicamente, a aplicar a lei, considerando-a inconstitucional.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: A turma recursal, já havia até sumulado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É. Havia súmula neste sentido da desaplicação.

Portanto, o juizado especial traz, realmente, uma nova realidade institucional para esse modelo, porque, certamente, é um órgão recursal, mas não é tribunal e, a partir daí, não se aplica a ela uma série de normas sobre o assunto.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Mas o modelo é esse adotado pela Constituição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E com o melhor propósito, e com os melhores resultados – diga-se de passagem –, porque se consegue aqui desafogar, inclusive, os tribunais regionais federais, que, do contrário, estariam realmente inviabilizados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Para não haver incoerência, apenas para não deixar passar em branco, acabou-se por minimizar o sistema do Código de Processo Civil no que revela os pronunciamentos dos tribunais com a nomenclatura acórdão. A Lei 9.099/1995 – muito embora turma recursal não integre tribunal – rotula o julgamento como retratado em acórdão, e não em sentença, quando o certo seria o emprego deste último vocábulo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Louvo o brilhantismo do voto do eminente Relator e também o acompanho.

EXTRATO DA ATA

RE 590.409/RJ — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-Geral da República). Suscitante: Juízo Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Federal do 7º Juizado Especial da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Interessados: Vera Cristina Rosa e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Advogados: Igor Henrique Marques e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário para anular o acórdão recorrido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região para que julgue como entender de direito o conflito de competência entre o Juiz Federal do 7º Juizado Especial e o Juízo Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Eros Grau e, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

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

Brasília, 26 de agosto de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.381 — SC

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Agravante: Estado de Santa Catarina — Agravada: Ruth Maria da Rosa

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional e processual civil. Direito à saúde (art. 196, da CF). Fornecimento de medicamentos. Solidariedade passiva entre os entes federativos. Chamamento ao processo. Deslocamento do feito para a Justiça Federal. Medida protelatória. Impossibilidade.

1. O art. 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.

2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (Arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF.)

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

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 negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de maio de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de agravo regimental contra decisão monocrática proferida pelo E. Ministro Eros Grau, nos seguintes termos:

> **Decisão**: Discute-se neste recurso extraordinário a constitucionalidade do indeferimento, por juízo da Justiça Federal, do pedido de chamamento ao processo da União para figurar no polo passivo de ação que busca o fornecimento de medicamento a paciente hipossuficiente.
>
> 2. Alega-se, no recurso extraordinário, violação do disposto nos arts. 23, II, 196 e 198, § 1º, da Constituição do Brasil.
>
> 3. Deixo de examinar a preliminar de repercussão geral, cujo exame só é possível quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão (RISTF, art. 323). Se inexiste questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida "a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" (art. 102, III, § 3º, da CB/1988).
>
> 4. O recurso não merece provimento. Elucidar a lide da forma como proposta pelo recorrente pressupõe a análise de institutos afetos à legislação infraconstitucional, tais como legitimidade e chamamento ao processo. Essa circunstância inviabiliza o conhecimento do recurso, haja vista que "a ofensa à Constituição, que autoriza admissão do recurso extraordinário, é a ofensa direta, frontal, e não a ofensa indireta, reflexa. Se, para demonstrar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à norma infraconstitucional, é esta que conta para a admissibilidade do recurso" (AI 204.153-AgR, Primeira Turma, *DJ* de 30-6-2000, e AI 231.836-AgR, Segunda Turma, *DJ* de 3-9-1999).
>
> Nego seguimento ao recurso com esteio no disposto no art. 21, § 1º, do RISTF.

Com a aposentadoria do E. Ministro Eros Grau, os autos foram a mim redistribuídos, por substituição, em 3-3-2011.

Sustenta o agravante que, mesmo reconhecida a solidariedade entre os entes federativos para fornecimento de medicamentos, o acórdão recorrido negou uma de suas consequências, qual seja, a possibilidade de o réu chamar ao processo os demais coobrigados.

Assevera, nesse sentido, que "A presença da União na lide, seja como litisconsorte passivo necessário, seja facultativo, é questão fundamental para se dimensionar a extensão do direito à saúde plasmado no art. 196 da Constituição Federal". (Fl. 176.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): O recurso não merece prosperar.

A controvérsia dos autos trata sobre a legitimidade de a União figurar no polo passivo de ação para fornecimento de medicamentos originalmente proposta contra o Estado de Santa Catarina.

O acórdão recorrido, não obstante tenha reconhecido a solidariedade da União, Estados e Municípios na obrigação de fornecer medicamentos, entendeu ser possível exigir a prestação integral de qualquer um dos entes federativos, cabendo a escolha à parte-autora, e, desta feita, afastou a competência da Justiça Federal para julgamento da lide e determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual.

Ab initio, cabe consignar que a matéria posta nos autos não se confunde com aquela cujo tema teve sua repercussão geral reconhecida por esta Corte nos autos do RE 566.471, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, onde se discute a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos de alto custo que não constam da lista do Sistema Único de Saúde (SUS).

Quanto à questão da possibilidade de formação de litisconsórcio passivo entre União, Estado e Município em ação para fornecimento de medicamentos, a pretensão do Estado de Santa Catarina não merece guarida.

A *ultima ratio* do art. 196 da CF é garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação aos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para prevenção de doenças, principalmente quando se verifica ser o tutelado pessoa hipossuficiente, que não possui meios financeiros para custear o próprio tratamento.

Da mesma forma, os arts. 23, II, e 198, § 2º, da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área da saúde, além da garantia de orçamento para efetivação dos mesmos.

Destarte, o legislador constitucional não mediu esforços no sentido de conferir instrumentos suficientes no próprio texto da Carta de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã", para que os entes federativos, dentro da possibilidade e razoabilidade, possibilitem aos cidadãos brasileiros acesso a um sistema público de saúde de qualidade.

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, e quem procura a tutela estatal para receber medicamentos está, via de regra, padecendo de algum mal, que, dependendo do caso, poderá levar à diminuição da qualidade de vida ou até mesmo ao óbito do requerente.

Por isso, em face da gravidade que representa para quem necessita do amparo do poder público para o fornecimento de remédios, a questão deve ser sopesada com espírito de solidariedade, de forma a ser evitado o uso de medidas protelatórias, sem amparo em razões legítimas, aguardando, quem sabe, a ocorrência do pior, tornando desnecessário o fornecimento dos medicamentos pleiteados.

É com fundamento nessa concepção que se extrai o entendimento no sentido de que, *in casu*, o Estado de Santa Catarina, ao insistir no chamamento ao processo da União para figurar como litisconsorte passiva no processo, faz uso de obstáculo inconstitucional por meio de entraves processuais para postergar a resolução do feito.

Nem se diga que é a lei que autoriza o Estado de Santa Catarina a tomar tal medida, isso porque o instituto do chamamento ao processo não pode ser utilizado como entrave à efetiva prestação do dever do Estado em fornecer os medicamentos que lhe são solicitados.

Ademais, o objetivo do chamamento ao processo é garantir ao devedor solidário o direito de regresso caso seja perdedor da demanda; configura atalho processual para se exigir dos demais codevedores o pagamento de suas respectivas cotas da dívida. Contudo, *in casu,* não há se falar em direito de regresso, pois, mesmo que a União integre o feito em comunhão com o Estado, caso saiam perdedores da demanda, o Estado de Santa Catarina arcará sozinho com o ônus do fornecimento do medicamento requerido, pois essa foi a escolha da autora da ação.

Sobre o "chamamento ao processo", assim discorre Nelson Nery:

> O chamamento, do ponto de vista do credor, é desvantajoso, **porque estende o processo a devedores com quem ele não quis demandar, além de retardar o andamento da causa com as discussões que podem surgir entre os codevedores, e que são sem interesse para o credor**. Por esses motivos, o instituto enfraquece o direito de crédito, ao complicar e retardar os meios para sua exigência em juízo. (NERY, Nelson, in: *Código de Processo Civil comentado*, ed. RT, 10. ed. p. 297.) (Grifo nosso.)

Ao contrário do que sustenta a agravante, é justamente a insistência no uso de entraves processuais que configura a violação dos dispositivos constitucionais aventados, de forma que a pretensão recursal não deve prevalecer.

Ex positis, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

EXTRATO DA ATA

RE 607.381-AgR/SC — Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: Estado de Santa Catarina (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina). Agravada: Ruth Maria da Rosa (Advogados: Luciano Angelo Cardoso e outro).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, 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. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 31 de maio de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

———

DECISÕES MONOCRÁTICAS

PETIÇÃO 4.625 — REPÚBLICA DO SUDÃO

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma) — Requerido: Omar Hassan Ahmad Al Bashir ou Omar Al Bashir ou Omar Al-Bashir ou Omer Hassan Ahmed El Bashire ou Omar Al-Beshir ou Omar El-Bashir ou Omer Albasheer ou Omar Elbashir ou Omar Hassan Ahmad El-Béshir (Presidente do Sudão)

Estatuto de Roma. Incorporação dessa convenção multilateral ao ordenamento jurídico interno brasileiro (Decreto 4.388/2002). Instituição do Tribunal Penal Internacional. Caráter supraestatal desse organismo judiciário. Incidência do princípio da complementaridade (ou da subsidiariedade) sobre o exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, de sua jurisdição. Cooperação internacional e auxílio judiciário: obrigação geral que se impõe aos Estados Partes do Estatuto de Roma (art. 86). Pedido de detenção de Chefe de Estado estrangeiro e de sua ulterior entrega ao Tribunal Penal Internacional, para ser julgado pela suposta prática de crimes contra a humanidade e de guerra. Solicitação formalmente dirigida, pelo Tribunal Penal Internacional, ao governo brasileiro. Distinção entre os institutos da entrega (*surrender*) e da extradição. Questão prejudicial pertinente ao reconhecimento, ou não, da competência originária do Supremo Tribunal Federal para examinar este pedido de cooperação internacional. Controvérsias jurídicas em torno da compatibilidade de determinadas cláusulas do Estatuto de Roma em face da Constituição do Brasil. O § 4º do art. 5º da Constituição, introduzido pela EC 45/2004: cláusula constitucional aberta destinada a legitimar, integralmente, o Estatuto de Roma? A experiência do direito comparado na busca da superação dos conflitos entre

o Estatuto de Roma e as Constituições nacionais. A questão da imunidade de jurisdição do chefe de Estado em face do Tribunal Penal Internacional: irrelevância da qualidade oficial, segundo o Estatuto de Roma (art. 27). Magistério da doutrina. Alta relevância jurídico-constitucional de diversas questões suscitadas pela aplicação doméstica do Estatuto de Roma. Necessidade de prévia audiência da douta Procuradoria-Geral da República.

Despacho: **Este** despacho é por mim proferido **em face** da ausência eventual, nesta Suprema Corte, do eminente Ministro Presidente e de seu substituto regimental (fl. 106), **justificando-se**, em consequência, **a aplicação** da norma **inscrita** no art. 37, I, do RISTF.

Submete-se, ao Supremo Tribunal Federal, **o exame** de pedido de cooperação judiciária **que objetiva a detenção – para ulterior *entrega*** ao Tribunal Penal Internacional – **de determinado** Chefe de Estado estrangeiro, **em pleno exercício** de suas funções **como Presidente da República** de um país africano.

Trata-se de pedido de "***cooperação internacional e auxilio judiciário***" **formulado** pelo Tribunal Penal Internacional, **instituído** pelo Estatuto de Roma, **cujo Artigo 89** confere, a esse Tribunal (com sede em Haia), **legitimação para dirigir**, "*a qualquer Estado*", **pedido de detenção e entrega** de uma pessoa **a quem se haja imputado** a suposta prática **dos delitos** incluídos **na esfera de competência** de referido Tribunal, **que são aqueles** "*de maior gravidade com alcance internacional*", **expressamente referidos** no Artigo 5º dessa **mesma** convenção multilateral: (**a**) o crime de genocídio, (**b**) os crimes contra a humanidade, (**c**) os crimes de guerra **e** (**d**) o crime de agressão.

A matéria veiculada **nesta** sede processual **suscita reflexões** em torno do Tribunal Penal Internacional **e** do Estatuto de Roma, **ainda mais** em face **das diversas objeções** que têm sido expostas por eminentes doutrinadores **e que assim foram resumidas** por MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI, MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA **e** CLEUNICE VALENTIM BASTOS PITOMBO ("**Anotações sobre o Seminário Internacional: a implementação do Estatuto de Roma no direito interno e outras questões de direito penal internacional**", "*in*" Boletim IBCCRIM, Ano 12, n. 139/2-3, jun./2004):

> ***No Brasil**, que assinou **e** ratificou o Estatuto, **as indagações têm se voltado para eventual inconstitucionalidade das regras** que dizem respeito principalmente: **i**) **às exceções** ao princípio da coisa julgada; **ii**) **à desconsideração** das imunidades e prerrogativas previstas pelo direito interno; **iii**) **à imprescritibilidade** dos crimes internacionais; **iv**) **à possibilidade** de entrega de nacionais para julgamento **perante** o Tribunal Penal Internacional; **v**) **à previsão** de prisão perpétua; **vi**) **à ausência** de fixação de sanções penais para os crimes internacionais.*
> (**Grifei.**)

Cabe registrar, preliminarmente, **que o Estatuto de Roma**, **celebrado** em 17-7-1998, **que instituiu** o Tribunal Penal Internacional, **acha-se formalmente**

incorporado ao ordenamento positivo interno do Estado brasileiro **desde** a sua promulgação **pelo Decreto** 4.388, de 25-9-2002.

O Estatuto de Roma, buscando **viabilizar** a sua integral aplicação **no âmbito interno** dos Estados nacionais **que hajam** subscrito **ou** aderido a essa convenção multilateral, **estabelece**, **em seu Artigo 88**, que os Estados Partes **deverão instituir**, no plano domestico, "*procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação* ***especificadas***" em **referido** Estatuto.

Em consequência dessa cláusula convencional, **o Senhor Presidente da República**, **por meio** da Mensagem n. 700, de 17-9-2008, **encaminhou**, ao Congresso Nacional, **Projeto de Lei** que "***Dispõe*** *sobre o crime de genocídio,* ***define*** *os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra* ***e*** *os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional,* ***institui*** *normas processuais específicas,* ***dispõe*** *sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional,* ***e dá*** *outras providências*", **proposição legislativa** essa que presentemente **tramita**, na Câmara dos Deputados, **como PL n. 4.038/2008**.

O projeto de lei em questão foi assim justificado na *Exposição de Motivos Interministerial* n. 18 SEDH-PR/MJ/MRE/AGU:

> ***O Brasil assinou*** *(...)* ***o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição*** *permanente* ***e*** *complementar as jurisdições penais nacionais,* ***com competência*** *para julgar indivíduos* ***responsáveis*** *pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade.*
>
> ***2. Após a aprovação*** *de seu texto* ***pelo*** *Congresso Nacional,* ***por meio*** *do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002,* ***o referido ato internacional*** *passou a vigorar,* ***para o Brasil****, em 1º de setembro de 2002.*
>
> ***Desde então, faz-se necessária a regulamentação*** *dos tipos penais* ***criados*** *pelo Estatuto de Roma* ***e ainda não previstos*** *em nosso ordenamento jurídico interno.*
>
> ***3. Com exceção*** *do crime de* ***genocídio, já tipificado*** *em lei própria, os crimes de guerra* ***e os*** *crimes contra a humanidade* ***ainda não são previstos*** *em nossa legislação* ***e demandam*** *regulamentação legal.*
>
> ***4. Desse modo****, com o intuito* ***de incorporar*** *o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional,* ***e assim dar cumprimento*** *ao compromisso internacional* ***assumido*** *pelo Estado* ***brasileiro****, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República* ***instituiu****, sob sua coordenação,* ***Grupo de Trabalho*** *(GT)* ***de que resultou*** *a elaboração do Projeto de Lei* ***que*** *"****dispõe*** *sobre o crime de genocídio,* ***define*** *os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional,* ***institui*** *normas processuais especificas,* ***dispõe*** *sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional* ***e dá*** *outras providências".*
>
> ***5. Após quase quatro anos*** *de* ***dedicação*** *e afinco,* ***os membros do Grupo, composto*** *por renomados juristas* ***representantes*** *do Ministério Publico Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Publico Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim),* ***apresentam*** *como resultado* ***o referido*** *Projeto de Lei,* ***acompanhado*** *de uma exaustiva justificativa* ***que fazemos questão de in-***

cluir como anexo ***desta*** *Exposição de Motivos,* ***pelo seu valor*** *não só jurídico,* ***mas também acadêmico****.*

6*. O* ***presente*** *Projeto de Lei* ***tem como proposito*** *possibilitar o exercício* ***da jurisdição primaria*** *pelo Estado* ***brasileiro e viabilizar a cooperação*** *com o Tribunal Penal Internacional.* ***Assegura-se****, assim, que,* ***em nenhuma hipótese****, uma pessoa* ***ou*** *um crime internacional* ***sujeito*** *a jurisdição penal brasileira* ***renda ensejo*** *à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional,* ***pois se dota o País*** *dos instrumentos jurídicos* ***necessários*** *ao cumprimento de suas obrigações internacionais.*

7*.* ***Por fim****, ressaltamos* ***a valiosa contribuição recebida*** *do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV),* ***especialmente*** *no que diz respeito ao artigo 39 e ao paragrafo único do artigo 58,* ***permitindo*** *que o texto do Projeto de Lei* ***contemplasse****, de maneira mais abrangente,* ***dispositivos*** *previstos no direito humanitário internacional.*

(**Grifei.**)

O Tribunal Penal Internacional constitui organismo judiciário de caráter permanente, **investido** de jurisdição penal **que lhe confere** poder para processar **e** julgar aqueles **que hajam** praticado (**ou tentado** praticar) delitos **impregnados** de extrema gravidade, com repercussão **e** transcendência internacionais, **como o são** os crimes de genocídio, de guerra, de agressão **e** contra a humanidade.

Essa Alta Corte judiciaria, **dotada** de independência **e** de personalidade jurídica internacional (**o que lhe permite** celebrar acordos **e** assumir direitos e obrigações com **quaisquer** outros sujeitos de direito internacional público, **mesmo** com aqueles **que não sejam** partes do Estatuto de Roma), **qualifica-se** como tribunal **revestido** de caráter supraestatal (NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "**Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**", p. 141, item n. 85, 2006, RT, v.g.), **cuja competência penal** – vinculada, **materialmente**, aos crimes **referidos** no Artigo 5º desse **mesmo** Estatuto – **só pode** ser legitimamente exercida, **considerada** a jurisdição doméstica dos Estados nacionais, **com estrita observância** do postulado da complementaridade (**ou** da subsidiariedade).

Daí a observação de FLÁVIA PIOVESAN ("**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**", p. 223/224, 9. ed., 2008, Saraiva), que, **após acentuar** a responsabilidade **primária** dos Estados nacionais **quanto ao julgamento** de transgressões aos direitos humanos, **assinala** as condições **em que se legitima** o exercício, **sempre em caráter subsidiário**, da jurisdição **pelo Tribunal Penal Internacional**:

Surge *o Tribunal Penal Internacional* ***como aparato complementar*** *as cortes nacionais,* ***com o objetivo de assegurar*** *o fim da impunidade* ***para os mais graves crimes internacionais****,* ***considerando que****, por vezes,* ***na ocorrência*** *de tais crimes,* ***as instituições nacionais*** *se mostram falhas* ***ou*** *omissas* ***na realização*** *da justiça.* ***Afirma-se****, desse modo,* ***a responsabilidade primária*** *do Estado* ***com relação*** *ao julgamento de violações de direitos humanos,* ***tendo a comunidade internacional*** *a responsabilidade* ***subsidiária****.* ***Vale dizer****, a jurisdição do Tribunal Internacional* ***e adicional e complementar*** *à do Estado,* ***ficando****, pois,*

condicionada à incapacidade ou à omissão *do sistema judicial interno.* ***O Estado tem****, assim,* ***o dever*** *de exercer sua jurisdição penal* ***contra*** *os responsáveis por crimes internacionais,* ***tendo a comunidade internacional*** *a responsabilidade* ***subsidiária****. Como enuncia* ***o art. 1º*** *do Estatuto de Roma,* ***a jurisdição do Tribunal e adicional e complementar a do Estado****, ficando* ***condicionada*** *a incapacidade* ***ou*** *a omissão do sistema judicial interno.* ***Dessa forma****, o Estatuto* ***busca equacionar*** *a garantia do direito a justiça, o fim da impunidade* ***e*** *a soberania do Estado,* ***à luz*** *do princípio da complementaridade* ***e*** *do princípio da cooperação.*
(**Grifei.**)

Impende acentuar, ainda, **tendo-se presente** a perspectiva **da autoria** dos crimes **submetidos** à competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional, **que o Estatuto de Roma submete**, à jurisdição dessa Alta Corte judiciária, **qualquer** pessoa **que haja incidido** na prática de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade **ou** de agressão, **independentemente** de sua qualidade oficial (**Artigo** 27).

Na realidade, o Estatuto de Roma, **ao assim dispor**, **proclama a absoluta irrelevância** da qualidade oficial **do autor** dos crimes **submetidos**, por referida convenção multilateral, a esfera de jurisdição **e** competência do Tribunal Penal Internacional.

Isso significa, portanto, **em face** do que estabelece o Estatuto de Roma **em seu Artigo 27**, **que a condição política** de Chefe de Estado, **como sucede** no caso em exame, **não se qualifica** como causa **excludente** da responsabilidade penal do agente **nem** fator que legitime a redução da pena **cominada** aos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra **e** de agressão.

É de observar, neste ponto, **que a cláusula** de "*irrelevância da qualidade oficial*" do autor de referidos delitos, **inscrita** no Artigo 27 do Estatuto de Roma, **põe em destaque** questão **das mais** expressivas, **considerado** o aspecto pertinente **à denominada** *imunidade soberana* **dos dignitários** dos Estados nacionais (**como** os Chefes de Estado **e** de Governo, os Ministros de Estado **e** os membros do Congresso Nacional).

Vale relembrar, quanto a essa matéria, **que a Corte Internacional de Justiça – principal** organismo judiciário do sistema das Nações Unidas (JOSÉ CRETELLA NETO, "**Teoria Geral das Organizações Internacionais**", p. 188/189, item IV.1.6.2, 2. ed., 2007, Saraiva; MARCELO PUPE BRAGA, "**Direito Internacional Público e Privado**", p. 137, item n. 7.9, 2009, Método; HILDEBRANDO ACCIOLY, GERALDO EULALIO DO NASCIMENTO E SILVA e PAULO BORBA CASELLA, "**Manual de Direito Internacional Público**", p. 401/402, item n. 3.1.1.3, 17. ed., 2009, Saraiva, ***v.g.***) –, **em julgamento** realizado em 14-2-2002, **concernente à decretação**, por um magistrado belga, **da prisão** do Ministro das Relações Exteriores congolês, **então** no pleno exercício de suas funções, **reafirmando velho dogma** do direito internacional consuetudinário, **decidiu** que essa ordem de prisão **e** a sua correspondente "*circulação internacional*" **constituíam violação** ao direito internacional, **por implicarem** desrespeito à inviolabilidade pessoal **e** à imunidade de jurisdição

penal **de que dispunha** aquela autoridade estrangeira, **em face** da jurisdição **doméstica** do Judiciário do Reino da Bélgica.

Ocorre, no entanto, como **precedentemente** assinalado, que, **de acordo** com o Estatuto de Roma, **mostra-se irrelevante**, **para fins** de "*persecutio criminis*", **a condição política** do agente, **que não poderá opor**, ao Tribunal Penal Internacional, **ainda que se cuide** de Chefe de Estado **ou** de Governo, **a denominada** "*sovereign immunity*" **ou** "*crown immunity*", **tal como estipula**, expressamente, **o Artigo 27** dessa convenção multilateral, **que assim dispõe**:

> Irrelevância da Qualidade Oficial
>
> ***1. O presente*** *Estatuto* ***será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial****. Em particular,* ***a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo****, de membro de Governo* ***ou*** *do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público,* ***em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal*** *nos termos do presente Estatuto,* ***nem constituirá*** *de 'per se'* ***motivo*** *de redução da pena.*
>
> ***2. As imunidades ou normas*** *de procedimento especiais* ***decorrentes*** *da qualidade oficial de uma pessoa,* ***nos termos*** *do direito interno* ***ou*** *do direito internacional,* ***não deverão obstar*** *a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.*
> (**Grifei.**)

Não é por outro motivo **que o Artigo 27** do Estatuto de Roma **tem ensejado** controvérsia, **notadamente** porque há aqueles que, **invocando** o *modelo de Westphalia*, **implementado** a partir de 1648, **sustentam** a tese **do caráter absoluto** da soberania estatal (**o que inviabilizaria** o exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, de sua jurisdição), **em oposição** aos que **não só conferem** dimensão relativa **à noção** de soberania do Estado, **mas sobretudo justificam** referida clausula convencional (**Artigo** 27) **a partir da ideia**, hoje **positivada** no art. 4º, **inciso** II, de nossa Constituição, da "*prevalência dos direitos humanos*", **valendo mencionar**, no ponto, **as observações** de CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ ("**O Direito Penal Internacional**", p. 115/116, item n. 4.3, 2009, Del Rey):

> ***Note-se que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional****, de maneira geral,* ***são cometidos por indivíduos que exercem*** *determinada função estatal.* ***Desta forma, a regra do Artigo 27*** *do Estatuto de Roma* ***busca evitar*** *que aqueles se utilizem dos privilégios* ***e*** *das imunidades* ***que lhes são conferidos*** *pelos ordenamentos internos* ***como escudo para impedir a responsabilização*** *em face dos crimes internacionais.* ***Por fim****, entende-se* ***que o principio da prevalência dos direitos humanos****, insculpido no Artigo 4º, II, da Constituição Federal, "****permite implicitamente que haja restrições às imunidades*** *usualmente concedidas a funcionários no exercício de sua atividade funcional em casos de violações a direitos humanos,* ***não colidindo****, por conseguinte,* ***com o artigo 27*** *do Estatuto de Roma".*
> (**Grifei.**)

Cabe registrar, de outro lado, **que este** pedido de cooperação e auxílio judiciário **não se confunde** com a demanda extradicional, **consideradas** as

notas **que distinguem** o instituto da *entrega* ("*surrender*") ao Tribunal Penal Internacional **daquele referente** à extradição.

Com efeito, **o próprio** Estatuto de Roma **estabelece**, em seu texto, **clara distinção** entre os referidos institutos – **o da entrega** ("*surrender*"/"*remise*") **e o da extradição** –, **fazendo-o**, de modo preciso, **nos seguintes termos**:

> Artigo 102
> ***Termos Usados***
> ***Para os fins do presente Estatuto:***
> ***a) Por "entrega"**, entende-se a entrega de uma pessoa **por um Estado ao Tribunal**, nos termos **do presente** Estatuto.*
> ***b) Por "extradição"**, entende-se a entrega de uma pessoa **por um Estado a outro Estado**, conforme **previsto** em um tratado, em uma convenção **ou** no direito interno.*
> (**Grifei.**)

Vê-se, daí, que, **embora a entrega** de determinada pessoa **constitua** resultado comum **a ambos** os institutos, **considerado o contexto** da cooperação internacional **na repressão** aos delitos, **há**, dentre outros, um elemento de relevo **que os diferencia** no plano conceitual, **eis** que a extradição **somente** pode ter por autor um Estado soberano, **e não** organismos internacionais, **ainda** que revestidos de personalidade jurídica de direito internacional público, **como** o Tribunal Penal Internacional (**Estatuto de Roma**, Artigo 4º, n. 1).

Não custa ressaltar, neste ponto, **na linha** da diretriz jurisprudencial **firmada** por **esta** Corte, **que o processo de extradição faz instaurar** uma relação de caráter **necessariamente** intergovernamental, **o que afasta** a possibilidade de terceiros, **desvestidos de estatalidade**, formularem pleitos de natureza extradicional (**RTJ 99/1003**, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU – **Ext 313/Argentina**, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI – **PPE 607/República Italiana**, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

> ***Extradição. Pressuposto. Competência.***
> ***1. É pressuposto essencial** da extradição **que seja ela requerida por Governo de país estrangeiro**.*
> ***2**. Pedido **não** conhecido, visto que formulado **por autoridade judiciária** estrangeira.*
> (**RTJ 64/22**, Rel. Min. BILAC PINTO – **Grifei.**)

> ***Extradição**: **inadmissibilidade** da formulação do pedido por carta rogatória **de juiz estrangeiro** (...).*
> ***1. O processo** de extradição passiva **só se instaura** mediante pedido **de governo do Estado estrangeiro**. (...)*
> (**RTJ 184/674**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **Pleno** – **Grifei.**)

> *– **O Supremo Tribunal Federal**, no sistema constitucional brasileiro, **somente dispõe** de competência originária para processar e julgar as extradições **passivas**, **requeridas**, ao Governo do Brasil, **por Estados** estrangeiros. (...).*

*– **Os pedidos** de extradição, **por envolverem** uma relação de caráter **necessariamente** intergovernamental, **somente** podem ser formulados **por Estados** soberanos, **falecendo** legitimação, para tanto, a meros particulares. **Doutrina**. **Precedentes**.*
(**Ext 955-Tutela Antecipada/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Não constitui demasia enfatizar que esse entendimento – o de que as extradições somente podem ser requeridas por Estados estrangeiros – **reflete-se** no magistério de autorizados doutrinadores, **como resulta claro** das lições de CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA ("**A Relação Extradicional no Direito Brasileiro**", p. 130/131, item n. 2.2.1, 2001, Del Rey), ALEXANDRE DE MORAES ("**Constituição do Brasil Interpretada**", p. 299, item n. 5.91, 7. ed., 2007, Atlas), UADI LAMMÊGO BULOS ("**Constituição Federal Anotada**", p. 277, 7. ed., 2007, Saraiva), GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO ("**A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**", p. 136, item n. 4, 3. ed., 1981, RT), YUSSEF SAID CAHALI ("**Estatuto do Estrangeiro**", p. 363, item n. 27, 1983, Saraiva), ÁLVARO MAYRINK DA COSTA ("**Direito Penal – Parte Geral**", vol. 1/514-515, item n. 6, 7. ed., 2005, Forense), **e** FRANCISCO REZEK ("**Direito Internacional Público – Curso Elementar**", p. 197, item n. 117, 10. ed./3ª tir., 2007, Saraiva), **dentre outros**.

A cláusula constitucional pertinente ao reconhecimento **do direito de agir em sede extradicional**, mediante formulação **do concernente** pedido de extradição (**CF**, art. 5º, inciso **LI**), **confere legitimação**, **tão somente**, **aos Estados soberanos**, que poderão, **na condição** de sujeitos de Direito Internacional Público, **deduzir** os respectivos pleitos extradicionais.

O aspecto que venho de ressaltar, **fundado** na identificação do sujeito de direito internacional publico **legitimado para requerer extradição** (**apenas** Estados soberanos) **ou para solicitar**, com apoio no Estatuto de Roma, ***a entrega*** ou "*surrender*" (**somente** o Tribunal Penal Internacional), **não só encontra suporte** no próprio Estatuto de Roma (**Artigo** 102, "*a*" **e** "*b*"), **como**, ainda, **tem o beneplácito** da doutrina (ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, "**O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**", "*in*" "Tribunal Penal Internacional", **organizado** por Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos, p. 270, item n. 5.2, 2000, RT; CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ, "**O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal**", p. 209/215, item n. 5, 2004, Lumen Juris; DAVID AUGUSTO FERNANDES, "**Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho**", p. 314/319, item n. 6.3, 2006, Renovar), **valendo referir**, a esse respeito, **a precisa lição** de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Curso de Direito Internacional Público**", p. 848/849, item n. 6, 3. ed., 2008, *RT*):

*"**A** "**entrega**" de uma pessoa (**qualquer** que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja) **ao Tribunal Penal Internacional é um instituto jurídico** "**sui generis**" nas relações internacionais contemporâneas, **em todos os seus termos distinto do instituto** já conhecido **da** "**extradição**", **que tem lugar** entre duas potências estrangeiras **visando** a repressão internacional de delitos (...).*

(...)

***Por este motivo e que o Estatuto de Roma**, levando em consideração disposições semelhantes de vários textos constitucionais modernos, **distingue**, claramente, **o que entende por** '**entrega**' **e por** '**extradição**'. **Nos termos** do seu art. 102, **alíneas** "a" e "b", **para os fins** do Estatuto **entende-se por** "**entrega**", o ato de o Estado entregar uma pessoa **ao Tribunal** "nos termos do presente Estatuto", **e por** "**extradição**", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado **a outro Estado** "conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno" de determinado Estado. **Portanto**, **se a entrega** de uma pessoa, **feita** pelo Estado ao Tribunal, **se der** "nos termos do Estatuto de Roma", **tal ato caracteriza-se como** "**entrega**", **mas**, caso o ato seja concluído, por um Estado **em relação a outro**, com base no previsto "em tratado ou convenção ou no direito interno de determinado Estado", **neste caso trata-se de** "**extradição**".*

(**Grifei.**)

Esse entendimento – **que identifica** a *entrega* ("*surrender*") **como forma autônoma** de cooperação judiciária internacional **no contexto** do Estatuto de Roma, **distinguindo-a**, por isso mesmo, do instituto da extradição – **é exposto** em precisa análise **desenvolvida** por PEDRO CAEIRO, ilustre Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra ("**O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português**", "*in*" "*O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*", p. 69/157, 2004, Coimbra Editora), **que discorreu** sobre o instituto da "*entrega*" **em face** das limitações constitucionais que, **em Portugal** (**tanto quanto** no Brasil), **são impostas à extradição**.

Por serem institutos distintos (**o da extradição e o da entrega ou** "***surrender***"), **inconfundíveis** ate mesmo **em face** do próprio Estatuto de Roma (**Artigo 102**, "*a*" **e** "*b*"), **inviável** seria a autuação, **na espécie**, como *Extradição*, **deste** pedido de *cooperação internacional e auxílio judiciário*, **justificando-se**, em consequência, **a classificação processual** como *Petição*, **prevista**, em caráter residual, **no art. 55**, **inciso** XVIII, **c/c** o art. 56, **inciso** IX, **ambos do RISTF**.

Feitas as considerações que me parecem relevantes, **passo a examinar** o pedido transmitido, ao Supremo Tribunal Federal, pelo Poder Executivo da União.

Mediante solicitação **dirigida** ao Governo brasileiro, **o Tribunal Penal Internacional pretende que o Brasil adote** medidas **destinadas** a viabilizar **a detenção e ulterior entrega** de Omar Hassan Ahmad Al Bashir **ou** Omar Al Bashir **ou** Omar Al-Bashir **ou** Omer Hassan Ahmed El Bashire **ou** Omar Al-Beshir **ou** Omar El-Bashir **ou** Omer Albasheer **ou** Omar Elbashir **ou** Omar Hassan Ahmad El-Béshir, **Presidente** da República do Sudão, **em razão** da **suposta** prática, **por referido Chefe de Estado**, de crimes de guerra **e** de crimes contra a humanidade **tipificados** nos Artigos 7º **e** 8º do Estatuto de Roma.

O Tribunal Penal Internacional, **na fase preliminar** do procedimento penal **instaurado** contra o Presidente da República do Sudão, **por vislumbrar satisfeitos** os requisitos **e** as condições **a que se refere** o Artigo 58 do Estatuto de Roma, **fez expedir** ordem de detenção **e** entrega **de mencionado** Chefe de

Estado, **encaminhando-a** a todos os "*Estados Partes do Estatuto de Roma*" (fl. 7) **e dirigindo-se**, para tal fim, ao Senhor Embaixador do Brasil no Reino dos Países Baixos (fl. 6), **para solicitar**, ao Estado brasileiro, **a execução** do pedido de cooperação em causa.

É de assinalar – **considerado** o que dispõe o Artigo 13, "**b**", do Estatuto de Roma – que os atos de persecução penal **referentes ao conflito em Darfur/Sudão**, **objeto** do procedimento **instaurado** perante o Tribunal Penal Internacional, **resultaram de deliberação** do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, **consubstanciada** na Resolução n. 1.593, de 31-3-2005.

O fato de a pessoa ora reclamada **ostentar**, presentemente, a condição institucional **de Chefe de um Estado soberano não constituiria**, na perspectiva do Estatuto de Roma, **obstáculo** à execução, **pelo Governo do Brasil**, da detenção **e** ulterior entrega de referido Chefe de Estado ao Tribunal Penal Internacional, **desde** que essa pessoa **esteja ou venha a ingressar** em território brasileiro.

Impende registrar que este é o primeiro pedido de detenção e entrega de Presidente da República **de outro** Estado soberano (a República do Sudão, no caso), **em pleno exercício** de seu mandato, **encaminhado** pelo Tribunal Penal Internacional ao Governo brasileiro, **a demonstrar** a alta relevância do tema **e** a necessidade de discussão, **por esta** Suprema Corte, **de diversas questões** que emanam da análise **concreta** deste pleito, **tais como**:

– **o reconhecimento**, ou não, **da competência originária** do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em causa;

– **a possibilidade de entrega** da pessoa reclamada, ao Tribunal Penal Internacional, **pelo Governo do Brasil**, **considerado** o modelo constitucional entre nós vigente (**CF**, art. 5º, XLVII, "**b**"), **nos casos em que admissível**, pelo Estatuto de Roma, **a imposição da pena de prisão perpétua** (**Artigo 77**, n. 1, "**b**");

– **a imprescritibilidade de todos** os crimes previstos no Estatuto de Roma (Artigo 29);

– **a impossibilidade** de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição **em face** do Tribunal Penal Internacional (**Estatuto de Roma**, Artigo 27);

– **a questão pertinente às relações entre** o Estatuto de Roma (**que descreve** os denominados "*core crimes*"), **complementado** pelo Anexo **referente** aos "*Elements of Crimes*", **adotado** em 9-9-2002, **e o postulado constitucional** da reserva de lei formal **em matéria** de definição (**que há de ser prévia**) de tipos penais, **bem assim** das respectivas sanções, **notadamente** em face **da indeterminação** das penas **por parte** do Estatuto de Roma, **eis** que **não foram** por ele cominadas de modo específico **e** correspondente **a cada** tipo penal;

– **o reconhecimento**, ou não, **da recepção**, em sua integralidade, **do Estatuto de Roma** pela ordem constitucional brasileira, **considerado** o teor **do § 4º** do art. 5º da Constituição, **introduzido** pela EC n. 45/2004.

Quanto a esse último tópico, **cabe assinalar que se registram algumas dúvidas** em torno da **suficiência**, ou não, da cláusula **inscrita no § 4º** do art. 5º da Constituição, **para efeito** de se considerarem **integralmente recebidas**, por nosso sistema constitucional, **todas** as disposições **constantes** do Estatuto de Roma, **especialmente se se examinarem** tais dispositivos convencionais **em face** das cláusulas **que impõem** limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional (**CF**, art. 60, **§ 4º**).

É importante enfatizar, neste ponto, **que as dúvidas** concernentes **às relações entre** o Estatuto de Roma, de um lado, **e** as regras da Constituição da República **protegidas** pelas cláusulas pétreas, de outro, **são explicitamente reconhecidas e apontadas por diversos autores** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Comentário Contextual à Constituição**", p. 181/182, 6. ed., 2009, Malheiros; ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, "**Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**", "*in*" "Tribunal Penal Internacional", **organizado** por Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos, p. 267/274, item n. 5.2, 2000, RT; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "**Curso de Direito Internacional Público**", p. 847/856, item n. 6, 3. ed., 2008, RT; ANA LÚCIA SABADELL **e** DIMITRI DIMOULIS, "**Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade**", "*in*" Cadernos de Direito, vol. 3, n. 5/241-259, 2003, UNIMEP; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "**Pena de Prisão Perpétua**", "*in*" "Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários", n. 1, vol. 11/41-47, 1997; LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, "**Pena de Prisão Perpétua**", "*in*" "Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários", n. 1, vol. 11/37-40, 1997; SYLVIA HELENA F. STEINER, "**O Estatuto de Roma e o Princípio da Legalidade**", "*in*" Boletim IBCCRIM, Ano 11, Edição Especial, p.17/19, out./2003; DAVID AUGUSTO FERNANDES, "**Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho**", p. 303/321, 2006, Renovar; ENEIDA ORBAGE DE BRITTO TAQUARY, "**Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/2004 – Sistema Normativo Brasileiro**", p. 260/279, itens ns. 4.9 **a** 4.9.13, 2008, Juruá, v.g.), **não obstante alguns** desses ilustres doutrinadores **busquem soluções compatibilizadoras que viabilizem** a aplicação, **no plano doméstico**, dessa convenção multilateral, **como sucede**, dentre outros, **com** CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ ("**O Direito Penal Internacional**", p. 110/125, itens ns. 4 **a** 5.1.2, 2009, Del Rey), MÁRCIO MEDEIROS FURTADO ("**Algumas Consignações Acerca do Tribunal Penal Internacional: Origem, Fundamento, Características, Competência, Controvérsias e Objetivos**", "*in*" Revista dos Tribunais, vol. 783/469-503) e SAULO JOSÉ CASALIBAHIA ("**O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**", "*in*" Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA, vol. 9/64-75, 2001).

Também em PORTUGAL verificou-se **igual** controvérsia, **tanto** que a Assembleia da Republica, **quando** da Revisão Extraordinária de 2001, **optou pela adoção – como relata** VITAL MOREIRA ("**O Tribunal Penal Internacional**

e a Constituição", "*in*" "*O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*", p. 13/47, 2004, Coimbra Editora) – **de** "***uma cláusula de remissão global*** *para o Estatuto de Roma*", **a indicar** que "*o programa normativo* ***de vários*** *preceitos da Constituição* ***passa a ter de comportar, implicitamente, as exceções*** *decorrentes do TPI (...)*" (**grifei**).

Em consequência de tal opção, o Parlamento português **acrescentou**, **ao Artigo 7º** da Constituição nacional, **o inciso 7** – verdadeira "*clausula constitucional aberta*" –, **que possui** o seguinte conteúdo normativo:

> Artigo 7º
> ***(Relações Internacionais)***
> *(...)*
> ***7. Portugal pode****, tendo em vista a realização* ***de uma justiça internacional*** *que promova o respeito* ***pelos direitos*** *da pessoa humana* ***e*** *dos povos,* ***aceitar a jurisdição*** *do Tribunal Penal Internacional,* ***nas condições*** *de complementaridade* ***e*** *demais termos estabelecidos* ***no Estatuto de Roma****.*
> (**Grifei.**)

Vale referir, neste ponto, **as observações** que J.J. GOMES CANOTILHO **e** VITAL MOREIRA, em obra conjunta, **fizeram** a respeito dessa solução jurídico-constitucional **adotada** pela Assembleia da Republica ("**Constituição da República Portuguesa Anotada**", vol.I/248-250, itens XVI **a** XIX, 4. ed., 2007, Coimbra Editora):

> ***XVI. O n. 7****, aditado pela revisão extraordinária de 2001,* ***constitui uma*** *"****cláusula genérica****"* ***de recepção*** *do Estatuto de Roma.* ***Esta cláusula transporta várias dimensões****: (****1****)* ***e uma*** *"****cláusula de remissão global****"* ***para o Estatuto de Roma****, o que implica a constitucionalização* ***de todas*** *as soluções* ***consagradas*** *neste Estatuto,* ***embora discrepantes ou divergentes*** *com as normas da CRP; (****2****)* ***e uma*** *"****clausula constitucional aberta****", pois remete formalmente para o Estatuto de Roma e não para o concreto conteúdo material actual; (****3****)* ***e uma*** *"****cláusula de garantia da complementaridade****" (subsidiariedade)* ***do TPI*** *em relação aos tribunais nacionais (...).*
>
> ***XVII. A aceitação da jurisdição*** *do Tribunal Penal Internacional («****Clausula TPI****»)* ***fica sujeita ao*** *"****princípio da complementaridade****" que, de resto, esta claramente* ***consagrado*** *no Estatuto de Roma (art. 17º-1/ "a").* ***O Tribunal tem uma intervenção subsidiaria****,* ***pois só actua*** *quando os Estados demonstrarem* ***não querer*** *actuar* ***ou forem genuinamente incapazes*** *de organizar* ***e*** *promover, eles próprios, a accão penal (...).*
>
> ***XVIII. A constitucionalizacao expressa****, mediante revisão extraordinária,* ***da*** *«****cláusula TPI****»,* ***procurou dar guarida normativo-constitucional*** *a várias normas* ***conflituantes*** *com a CRP (****e, segundo alguns, com os limites materiais*** *de revisão): (****1****)* ***as normas de jurisdição do TPI****, em contradição com o princípio da soberania judicial do Estado consubstanciado na reserva de jurisdição dos tribunais portugueses (****CRP****, arts. 11º, 205º a 209º)* ***e na entrega*** *da investigação criminal às autoridades portuguesas; (****2****)* ***as normas de individualização das penas*** *do Estatuto de Roma* ***em que se consagra*** *a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua* ***em manifesta colisão*** *com as normas constitucionais proibitivas*

*de tal espécie de pena; (**3**) **as normas do Estatuto de Roma ligadas à extradição e entrega** de nacionais **para julgamento** fora do país, **em contradição** com as normas dos nos 1, 3 e 4 do art. 37º da Lei Fundamental portuguesa; (**4**) **as normas neutralizadoras da imunidade** de titulares de cargos políticos **e consagradoras** do "princípio da irrelevância da qualidade oficial" (Estatuto de Roma, art. 27º), **em desconformidade** com as normas constitucionais **referentes** a imunidades **e** prerrogativas penais **dos titulares** de cargos políticos (cfr. CRP, arts. 130º, 157º e 196º).*

***XIX. A realização de uma justiça internacional e a aceitação da jurisdição** do Tribunal Penal Internacional implicam, para Portugal, a assumpção **da obrigação de cooperação** relacionada com a realização das diligências de investigação, **com a detenção e entrega de pessoas**, com a execução das penas de prisão **e** com os efeitos internos das penas aplicadas pelo TPI. **As obrigações de cooperação implicam o "dever"** de os Estados **introduzirem** nos respectivos ordenamentos internos **os mecanismos possibilitadores** da cooperação (...).*

(**Grifei.**)

Iguais dificuldades surgiram em países **como a FRANÇA**, **a BÉLGICA e a ALEMANHA**, **em que se registraram** situações de incompatibilidade **entre** o Estatuto de Roma **e** as respectivas Constituições nacionais, **tal como esclarecem**, em substancioso estudo sobre a matéria, ANA LÚCIA SABADELL **e** DIMITRI DIMOULIS ("**Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade**", "*in*" Cadernos de Direito, vol. 3, n. 5/255-256, 2003, UNIMEP):

*(...) **Com efeito**, já houve **em alguns países** declaração de inconstitucionalidade do Estatuto de Roma. **O "Conseil Constitutionnel" francês**, autoridade de natureza jurisdicional **que fiscaliza** a constitucionalidade de forma preventiva **e** concentrada, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do Estatuto de Roma (**decisão** n. 98-408 de 22-1-1999). **Considerou-se que o Estatuto de Roma**, assinado pela França, **violava** normas constitucionais **relativas** à imunidade do Presidente da República **e** à preservação da soberania nacional, **desrespeitando**, também, a legislação nacional sobre a prescrição **e** a anistia.*

***Essa declaração de inconstitucionalidade impediu** a ratificação do Estatuto de Roma **até** que o poder constituinte reformador **acrescentasse** ao texto constitucional francês **o art. 53-2** que viabilizou o reconhecimento do TPI, **evitando** o conflito constitucional (**Lei constitucional** n. 99-568 de 8-7-1999).*

***Uma decisão semelhante** no conteúdo, mas de natureza consultiva, **foi tomada na Bélgica**. **O "Conseil d'Etat"** belga **considerou** que **algumas** previsões do Estatuto de Roma **eram incompatíveis** com a Constituição daquele país. **Em parecer publicado** em 21-4-1999, **o órgão considerou** que, entre **outros** vícios constitucionais, **o Estatuto violava** as previsões sobre a imunidade do Rei e de outras autoridades governamentais **e restringia** indevidamente os efeitos de exercício do direito de graça. **Sugeriu-se**, assim, **que fosse realizada uma revisão constitucional** para que o país pudesse honrar suas obrigações internacionais **sem** violar a Constituição. **Contudo**, as autoridades belgas negaram-se a realizar a reforma constitucional, **e o poder legislativo** ratificou o Estatuto de Roma, **alegando**, de forma paradoxal, que eventuais inconstitucionalidades poderiam ser sanadas em seguida.*

Outros países optaram pelo caminho da reforma constitucional antes que houvesse manifestação do poder judiciário no sentido da incompatibilidade constitucional. Esse é o caso da Alemanha, onde a vedação absoluta da extradição de pessoas de nacionalidade alemã foi flexibilizada, mediante a reforma constitucional de outubro de 2000 que permitiu que a lei autorizasse a extradição, depois de pedido de um Estado membro da União europeia ou de um tribunal internacional, desde que fossem respeitadas as garantias processuais próprias de um Estado de direito (art. 16, 2 da Lei Fundamental).

(...)

Não foi diferente a estratégia de compatibilização no Grão-Ducado de Luxemburgo. A Lei Constitucional de 8-8-2002 revisou o art. 118 da Constituição de 1868 ***no sentido de admitir a jurisdição do TPI****.*

(**Grifei.**)

Em suma: **essas são algumas das muitas questões que podem ser suscitadas em face** da situação concreta veiculada nestes autos **e que têm constituído** – como ora acentuado – **objeto** de opiniões doutrinárias contrastantes.

Uma observação final: **embora o Estatuto de Roma possibilite** a formulação, pelo Tribunal Penal Internacional, **de pedido** "de detenção e entrega" de uma pessoa **contra quem** foi instaurado, perante esse organismo judiciário, **procedimento penal** por qualquer dos crimes **referidos** no Artigo 5º **de mencionada** convenção multilateral, **impende advertir** que esse pleito de cooperação internacional – **considerado** o que dispõe o Artigo 89, **n. 1**, desse mesmo Estatuto – **há de ser dirigido** ao Estado "em cujo território essa pessoa **possa** se encontrar" **(grifei).**

É fato notório que o Presidente da República do Sudão **não se encontra** em território brasileiro, **nem se registra** a possibilidade **de que venha** a nele ingressar, **o que afastaria** o requisito **tão claramente** enunciado **no Artigo** 89, **n. 1**, do Estatuto de Roma.

Por tais razões, entendo essencial **a prévia manifestação** da douta Procuradoria-Geral da República **sobre as questões** acima referidas, **além de outras** que o Ministério Público Federal entender pertinentes, **eis que se impõe**, ao Brasil, **em sua condição** de Estado Parte do Estatuto de Roma, **a** "***Obrigação geral de cooperar***" com o Tribunal Penal Internacional (**Artigo** 86).

2. **Oficie-se** ao Senhor Ministro de Estado da Justiça **e** ao Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, **encaminhando-se-lhes** cópia **do presente** despacho.

3. **Registro**, por necessário, **que é de conhecimento geral** a existência, **contra** o Presidente da República do Sudão, de mandado de detenção **e** entrega **expedido** por ordem do Tribunal Penal Internacional.

A notoriedade desse fato **decorre** de sua **ampla** divulgação pelos meios de comunicação nacionais **e** internacionais, **que noticiaram**, também, **recentíssima declaração emanada** da União Africana, **que decidiu encerrar** a sua coo-

peração com o Tribunal Penal Internacional, precisamente **em razão** de referida ordem de captura.

Cabe assinalar, ainda, **que a publicidade** da expedição do mandado de detenção **e** entrega do Chefe de Estado em causa, **além de amplamente** disseminada (**como se vê** no próprio "*site*" oficial do Tribunal Penal Internacional), **foi reforçada** por **recentíssimo** noticiário **veiculado** pela imprensa mundial, **inclusive** em publicações *online* (www.monitor.co.ug, **p. ex.**), **concernente** a visita, a *Kampala* (Uganda), **do Procurador** Luis Moreno-Ocampo, principal representante do Ministério Público perante o Tribunal Penal Internacional, **que ali buscava** a cooperação de referido país africano **na captura** de Omar Al Bashir.

Por não haver, desse modo, **qualquer** motivo **que justifique** a tramitação em sigilo **deste** pedido, **deixo de observar** o que prescreve, a respeito, **o Artigo 87**, **n. 3**, do Estatuto de Roma.

Publique-se.

Brasília, 17 de julho de 2009 — Ministro Celso de Mello, Presidente, **em exercício**.

(**11º Aniversário da assinatura do Estatuto de Roma**, **que instituiu o Tribunal Penal Internacional**)

HABEAS CORPUS 96.418 — CE

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Paciente: Juvenal Laurindo — Impetrante: Eliseu Minichillo de Araújo — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidada quanto à matéria versada na impetração. Possibilidade, em tal hipótese, de o Relator da causa decidir, monocraticamente, a controvérsia jurídica. Competência monocrática delegada, em sede regimental, pela Suprema Corte (RISTF, art. 192, *caput*, na redação dada pela ER 30/2009). Atribuição anteriormente consagrada no ordenamento positivo brasileiro (Lei 8.038/1990, art. 38; CPC, art. 557). Ausência de ofensa ao princípio da colegialidade.**

Extinção anômala do processo penal. Alegação de inépcia da denúncia. Inocorrência. Observância dos requisitos fixados pelo art. 41 do CPP. Peça acusatória que satisfaz, plenamente, as exigências legais. Suposta ausência de justa causa para a ação penal. Existência, no caso, de dados probatórios mínimos, fundados em base empírica idônea. Controvérsia que implica exame aprofundado de fatos e confronto analítico de matéria essencialmente probatória. Inviabilidade de referido exame na via sumaríssima do *habeas corpus*.

Pretendida revogação da prisão preventiva. Necessidade comprovada de sua decretação. Decisão fundamentada. Motivação idônea que encontra apoio em fatos concretos. Possível integrante de organização criminosa. Legalidade da decisão que decretou a prisão cautelar. Inexistência de constrangimento ilegal. Pedido de *habeas corpus* indeferido.

Decisão: **Registro**, *preliminarmente*, **por necessário**, que o Supremo Tribunal Federal, **mediante** edição da Emenda Regimental 30, de 29 de maio de 2009, **delegou** expressa competência **ao Relator** da causa, para, **em sede** de julgamento monocrático, **denegar ou conceder** a ordem de "*habeas corpus*", "*ainda que de ofício*", **desde que** a matéria versada no "*writ*" em questão **constitua** "*objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal*" (**RISTF**, art. 192, "*caput*", **na redação** dada **pela ER** 30/2009).

Ao assim proceder, **fazendo-o mediante** interna **delegação** de atribuições jurisdicionais, esta Suprema Corte, **atenta** às exigências de celeridade **e** de racionalização do processo decisório, **limitou-se a reafirmar** princípio **consagrado** em nosso ordenamento positivo (**RISTF**, art. 21, § 1º; **Lei 8.038/1990**, art. 38; **CPC**, art. 557) **que autoriza** o Relator da causa a decidir, **monocraticamente**, o litígio, **sempre** que este referir-se a tema **já** definido em "*jurisprudência dominante*" no Supremo Tribunal Federal.

Nem se alegue que essa orientação **implicaria transgressão ao princípio da colegialidade**, eis que o postulado em questão **sempre** restará preservado **ante a possibilidade** de submissão da decisão singular **ao controle recursal** dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado** (**RTJ 181/1133-1134**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI 159.892-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

A legitimidade jurídica desse entendimento **decorre** da circunstância de o Relator da causa, **no desempenho** de seus poderes processuais, **dispor** de plena competência para exercer, **monocraticamente**, o controle **das ações**, pedidos **ou** recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, **justificando-se**, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar (**RTJ** 139/53 – **RTJ** 168/174-175 – **RTJ** 173/948), **valendo assinalar**, quanto ao aspecto ora ressaltado, **que o Plenário** deste Tribunal, **ao apreciar** questão de ordem, **em recente** decisão (**HC 96.821/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **14-4-2010**), **reafirmou** a possibilidade processual **do julgamento monocrático** do próprio mérito da ação de "*habeas corpus*", **desde que observados** os requisitos estabelecidos **no art. 192** do RISTF, **na redação** dada pela Emenda Regimental 30/2009.

Tendo em vista essa delegação regimental de competência ao **Relator** da causa, **impõe-se reconhecer** que a controvérsia ora em exame **ajusta-se** à jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em análise, **o que possibilita** seja proferida **decisão monocrática** sobre o litígio em questão.

Passo, desse modo, **a examinar** a pretensão ora deduzida **na presente** sede processual.

Trata-se de "*habeas corpus*" **impetrado** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **encontra-se consubstanciada** em acórdão assim ementado (fl. 160):

> ***"HABEAS CORPUS". CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CONEXOS AO FURTO QUALIFICADO À CAIXA-FORTE DA SEDE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL EM FORTALEZA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A CUSTÓDIA PREVENTIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DOS DELITOS QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA.***
>
> ***1. A medida constritiva de liberdade encontra-se devidamente justificada na necessidade de se preservar a ordem pública tendo em vista a existência de indícios da periculosidade do paciente****, em razão do "modus operandi" com que os delitos foram, em tese, praticados.*
>
> ***2. Ademais****, o paciente encontra-se foragido do distrito da culpa, o que, por si só, constituiria motivação suficiente para justificar a medida constritiva, não só*

por conveniência da instrução criminal como também para a garantia da aplicação da lei penal.

***3. O trancamento da ação penal pela via de "habeas corpus" é medida de exceção**, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso.*

***4. Narrando a denúncia fatos configuradores de crimes em tese**, de modo a possibilitar a defesa do acusado, não é possível o trancamento da ação penal na via do "habeas corpus", mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.*

5. Não é possível na via do "habeas corpus" acolher a alegação de ausência dos elementos indiciários que justificariam o oferecimento da inicial acusatória.

6. Ordem denegada.

(**HC 95.529/CE**, Rel. Min. LAURITA VAZ – **Grifei.**)

A parte ora impetrante busca, na presente sede processual, (**1**) **a extinção** anômala do processo penal instaurado contra o paciente, **com fundamento** na alegada ausência de **justa causa e** na suposta **inépcia da denúncia**; **e** (**2**) **a revogação** da prisão cautelar decretada contra o ora paciente, **por ausência de fundamentação e**, também, **por inexistência dos requisitos** concernentes à adoção dessa medida constritiva da liberdade.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **opinou pela denegação** do "*habeas corpus*", **em parecer** que está assim ementado (fl. 187):

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". FURTO AO COFRE DO BANCO CENTRAL DE FORTALEZA/CE. PLEITOS DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E, SUBSIDIARIAMENTE, REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. NECESSÁRIO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVIDADE DO CRIME, VERIFICADA EM CONCRETO. NECESSIDADE DA PRISÃO.

(**Grifei.**)

Entendo assistir razão à douta Procuradoria-Geral da República, **quando opina**, no caso ora em exame, **pela denegação** do pedido de "*habeas corpus*".

Ninguém desconhece **que se impõe**, ao Estado, no plano da persecução penal, **o dever de definir**, **com precisão**, **a participação individual** dos autores **de quaisquer** delitos, **mesmo** que se cuide – **segundo** entendo – de autoria coletiva.

O Poder Público, tendo presente a norma **inscrita** no art. 41 do Código de Processo Penal, **não pode deixar de observar as exigências** que emanam desse preceito legal, **sob pena** de incidir em grave desvio jurídico constitucional **no momento** em que exerce o seu **dever-poder** de fazer instaurar a "*persecutio*

criminis" **contra** aqueles que, **alegadamente**, transgrediram o ordenamento penal do Estado.

Na realidade, **incide**, sobre o Ministério Público, **o gravíssimo** ônus **de formular denúncias que sejam** formalmente corretas, processualmente aptas **e** juridicamente idôneas, **tal como** esta Suprema Corte – **apoiando-se** em clássico magistério doutrinário (JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, "**O Processo Criminal Brasileiro**", vol. II/183, item n. 305, 4. ed., 1959, Freitas Bastos; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**O Processo Penal na Atualidade**", "*in*" "Processo Penal e Constituição Federal", p. 13/20, 1993, APAMAGIS/Ed. Acadêmica, **v.g.**) – **tem advertido**:

> ***(...) A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA.***
>
> ***A denúncia*** *– enquanto instrumento formalmente* ***consubstanciador*** *da acusação penal –* ***constitui*** *peça processual de indiscutível relevo jurídico.* ***Ela****, antes de mais nada,* ***ao delimitar o âmbito temático*** *da imputação penal,* ***define*** *a própria 'res in judicio deducta'.*
>
> ***A peça acusatória****, por isso mesmo,* ***deve conter a exposição*** *do fato delituoso,* ***em toda*** *a sua essência* ***e*** *com todas as suas circunstâncias. Essa narração,* ***ainda que sucinta****, impõe-se ao acusador* ***como exigência derivada*** *do postulado constitucional* ***que assegura****, ao réu, o exercício,* ***em plenitude****, do direito de defesa.* ***Denúncia que não descreve****, adequadamente,* ***o fato criminoso e que também deixa de estabelecer a necessária vinculação*** *da conduta individual* ***de cada*** *agente ao evento delituoso* ***qualifica-se*** *como denúncia inepta.* ***Precedentes****.*
>
> (**HC 83.947/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

> *– **Incumbe**, ao Ministério Público, **em processo** de estrutura acusatória, **regido** por valores **e** princípios **que dão fundamento** ao Estado Democrático de Direito,* ***apresentar denúncia*** *que veicule, de modo claro e objetivo,* ***com todos os elementos*** *estruturais, essenciais* ***e*** *circunstanciais que lhe são inerentes,* ***a descrição do fato delituoso****,* ***em ordem a viabilizar*** *o exercício legítimo da ação penal* ***e a ensejar****, a partir* ***da estrita*** *observância dos pressupostos estipulados* ***no art. 41 do CPP****,* ***a possibilidade*** *de efetiva atuação,* ***em favor*** *daquele que é acusado,* ***da cláusula constitucional*** *da plenitude de defesa. (...).*
>
> (**RTJ 201/969**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Cumpre assinalar, bem por isso, **que a denúncia que contiver todos** os elementos essenciais **à adequada** configuração típica do delito **e que atender**, integralmente, **às exigências** de ordem formal impostas pelo art. 41 do CPP **não apresenta** o vício nulificador da inépcia, **pois permite**, ao réu, **como sucede** na espécie (fls. 40/65), **a exata compreensão** dos fatos expostos na peça acusatória, **sem** qualquer comprometimento **ou** limitação **ao pleno exercício** do direito de defesa, **ajustando-se**, desse modo, ao magistério jurisprudencial **prevalecente** nesta Suprema Corte (**HC 83.266/MT**, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – **HC 93.056/PE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RHC 90.376/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**):

> ***1. Não é inepta a denúncia que****, apesar de sucinta,* ***descreve fatos enquadráveis*** *no art. 14 da Lei 6.368/1976,* ***atendendo*** *a forma estabelecida no art. 41 do Código Penal,* ***além de estar instruída*** *com documentos, tudo a possibilitar a ampla defesa.*
> (**HC 86.755/RJ**, Rel. Min. EROS GRAU – **Grifei.**)

Vale reafirmar, neste ponto, **diretriz jurisprudencial** desta Corte **no sentido** de que **a simples instauração** de "*persecutio criminis*" **não constitui**, só por si, situação caracterizadora de injusto constrangimento (**RTJ** 78/138 – **RTJ** 181/1039-1040, **v.g.**), **notadamente** quando iniciada por denúncia consubstanciadora de descrição fática cujos elementos se ajustem, **ao menos em tese**, ao tipo penal.

O reconhecimento **da ausência** de justa causa para a persecução penal, **embora cabível** em sede de "*habeas corpus*", **reveste-se**, no entanto, **de caráter excepcional**. É que, para que tal se revele possível, **impõe-se que inexista** qualquer **situação de iliquidez ou de dúvida objetiva** quanto aos fatos **subjacentes** à acusação penal (**RTJ** 168/853 – **RTJ** 189/684-685, **v.g.**).

Impende assinalar, ainda, **na linha** de reiterados pronunciamentos desta Suprema Corte (**RT** 594/458 – **RT** 747/597 – **RT** 749/565 – **RT** 753/507), **que**, "*Em sede de 'habeas corpus',* ***só é possível*** *trancar ação penal em situações especiais,* ***como nos casos em que é evidente e inafastável*** *a negativa de autoria,* ***quando*** *o fato narrado* ***não*** *constitui crime,* ***sequer*** *em tese,* ***e em situações similares****, onde pode ser dispensada a instrução criminal* ***para a constatação*** *de tais fatos (...)*" (**RT 742/533**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei.**).

Essa orientação – não custa enfatizar – **tem o prestigioso** beneplácito de JULIO FABBRINI MIRABETE ("**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 1426/1427, 7. ed., 2000, Atlas), cuja **autorizada** lição, no tema, **adverte**:

> *Também* ***somente*** *se justifica a concessão de "****habeas corpus****",* ***por falta de justa causa*** *para a ação penal,* ***quando*** *é ela evidente,* ***ou seja****, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos, com o reconhecimento de que há imputação* ***de fato atípico ou da ausência*** *de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação (...). Há constrangimento ilegal* ***quando*** *o fato imputado* ***não constitui****, em tese, ilícito penal,* ***ou quando*** *há elementos inequívocos,* ***sem*** *discrepâncias, de que o agente atuou sob uma causa excludente da ilicitude.* ***Não se pode****, todavia, pela via estreita do "mandamus",* ***trancar*** *ação penal* ***quando*** *seu reconhecimento* ***exigir*** *um exame* ***aprofundado*** *e* ***valorativo*** *da prova dos autos.*
> (**Grifei.**)

Registre-se, ademais, **que não se revela adequado** proceder, em sede de "*habeas corpus*", **a indagações** de caráter **eminentemente** probatório, **especialmente** quando se busca discutir elementos fáticos **subjacentes** à causa.

No caso, a verificação da procedência, **ou não**, das alegações **deduzidas** pela parte ora impetrante – **sobre** a inexistência de indícios da participação do paciente nos delitos – **implicará** necessário reexame de fatos, **o que não se admite** nesta sede excepcional.

Em suma, **incide**, na espécie, **um obstáculo** processualmente relevante, **ressaltado** do acórdão **que emanou** do Tribunal apontado com coator, **referente à inadmissibilidade** de exame, na via **sumaríssima** do "*habeas corpus*", **de matéria**, que, **impregnada** de iliquidez, **dependa**, para ser apreciada, de um procedimento **incidental** de dilação probatória, **de todo incabível** nesta sede processual (**RTJ** 110/555 – **RTJ** 129/1199 – **RTJ** 136/1221 – **RTJ** 163/650-651 – **RTJ** 165/877-878 – **RTJ** 186/237, **v.g.**):

> ***A ação de "habeas corpus" constitui*** *remédio processual inadequado,* ***quando*** *ajuizada com objetivo* ***(a) de promover a análise*** *da prova penal,* ***(b) de efetuar o reexame*** *do conjunto probatório* ***regularmente*** *produzido,* ***(c) de provocar a reapreciação*** *da matéria de fato* ***e (d) de proceder à revalorização*** *dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento.* ***Precedentes****.*
> (**RTJ 195/486**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

No que tange à alegada **ausência de fundamentação** do decreto de prisão cautelar, **também não procede** a objeção deduzida pela parte ora impetrante.

Não obstante o caráter extraordinário de que se reveste, a prisão cautelar **pode** efetivar-se, **desde** que o ato judicial que a formaliza **tenha** fundamentação substancial, **apoiando-se em elementos concretos e reais** que se ajustem aos requisitos abstratos – **juridicamente definidos** em sede legal – **autorizadores** da decretação dessa modalidade de tutela cautelar penal (**RTJ 134/798**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO).

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, **em pronunciamento** sobre a matéria (**RTJ 64/77**, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI), **tem acentuado**, na linha de autorizado magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 688, 7. ed., 2000, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, "**Curso Completo de Processo Penal**", p. 250, item n. 3, 9. ed., 1995, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, "**Manual de Processo Penal**", p. 274/278, 4. ed., 1997, Saraiva), **que**, uma vez **comprovada** a **materialidade** dos fatos delituosos **e constatada** a existência de meros **indícios** de autoria – **e desde** que **concretamente** ocorrente **qualquer** das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal –, **torna-se legítima**, **presentes razões de necessidade**, **a decretação**, pelo Poder Judiciário, **dessa especial modalidade** de prisão cautelar.

Cumpre registrar, ainda, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal **tem entendido**, em precedentes **de ambas** as Turmas desta Corte (**HC 89.847/BA**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 90.889/PE**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **HC 94.999/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 95.024/SP**, Rel. Min. CÁRMEM LÚCIA – **HC 97.378/SE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que se reveste** de fundamentação idônea a prisão cautelar **decretada contra possíveis integrantes de organizações criminosas**:

> *"HABEAS CORPUS" –* ***PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE COMPROVADA*** *DE SUA DECRETAÇÃO –* ***DECISÃO FUNDAMENTADA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUE ENCONTRA APOIO EM FATOS***

CONCRETOS – ***POSSÍVEL INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA*** – ***LEGALIDADE*** *DA DECISÃO* ***QUE DECRETOU*** *A PRISÃO CAUTELAR –* ***PEDIDO INDEFERIDO***.

A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.

– ***A privação cautelar*** *da liberdade individual* ***reveste-se*** *de caráter excepcional,* ***somente devendo ser decretada ou mantida*** *em situações* ***de absoluta*** *necessidade.*

– ***A questão da decretabilidade ou da manutenção*** *da prisão cautelar.* ***Possibilidade excepcional***, ***desde que satisfeitos*** *os requisitos mencionados no art. 312 do CPP.* ***Necessidade da verificação concreta***, *em cada caso,* ***da imprescindibilidade*** *da adoção* ***dessa medida extraordinária***. ***Precedentes***.

DEMONSTRAÇÃO, ***NO CASO***, ***DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE***.

– ***Revela-se legítima*** *a prisão cautelar* ***se*** *a decisão que a decreta,* ***mesmo*** *em grau recursal,* ***encontra*** *suporte idôneo* ***em elementos concretos e reais*** *que –* ***além*** *de se ajustarem aos fundamentos abstratos definidos em sede legal –* ***demonstram*** *que a permanência em liberdade do* ***suposto*** *autor do delito* ***comprometerá*** *a garantia da ordem pública* ***e frustrará*** *a aplicação da lei penal.*

PACIENTE QUE INTEGRARIA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

A jurisprudência *desta Suprema Corte,* ***em situações semelhantes*** *à dos presentes autos,* ***já se firmou*** *no sentido* ***de que se reveste*** *de fundamentação idônea a prisão cautelar* ***decretada*** *contra* ***possíveis integrantes*** *de organizações criminosas.* ***Precedentes***.

(**HC 101.026/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

AGRAVO REGIMENTAL EM "HABEAS CORPUS". PROCESSUAL PENAL. PRISÃO CAUTELAR CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A JUSTIFICAR EXCEÇÃO À REGRA DA SÚMULA 691/STF.

A prisão cautelar *do paciente* ***acusado de ser um dos principais integrantes da organização criminosa*** *está concretamente fundamentada, não justificando excepcionar--se a Súmula 691 desta Corte.*

Agravo regimental em "habeas corpus" não provido.

(**HC 95.421-AgR/RJ**, Rel. Min. EROS GRAU – **Grifei.**)

"*HABEAS CORPUS*". *PRISÃO PREVENTIVA*. *DECISÃO FUNDAMENTADA*. *ORDEM DENEGADA*.

A decisão que decretou a prisão preventiva demonstrou a materialidade dos fatos e a presença de indícios da autoria, o que restou confirmado pela sentença condenatória.

Dados concretos evidenciam a necessidade de garantir-se a ordem pública*, dada a alta periculosidade do paciente,* ***que integrava sofisticada organização criminosa*** *dedicada ao tráfico internacional de drogas. Ademais, ao que se apurou, o réu faz do comércio de entorpecentes a sua profissão, a indicar que ele, caso venha a ser solto, voltará à criminalidade.*

Assim, presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, impõe-se a manutenção da prisão preventiva.

Ordem denegada.

(**HC 94.442/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Grifei.**)

O exame da decisão que decretou a prisão cautelar do ora paciente **revela**, como bem salientou a douta Procuradoria-Geral da República, que esse ato **sustenta-se** em razões de necessidade, **confirmadas**, no caso, **pela existência de base empírica idônea**.

O magistrado de primeira instância, **ao decretar** a prisão preventiva do ora paciente **e** de outros corréus **no mesmo** procedimento penal, **ressaltou** que esses litisconsortes passivos **participam de organização** criminosa e que "*(...) são pessoas que vêm conscientemente auxiliando os membros de tal organização criminosa a ocultar ou dissimular os valores obtidos ilicitamente (...)*" (fl. 130).

Não foi por outro motivo que o E. Superior Tribunal de Justiça, **ao negar** o pedido de "*habeas corpus*" lá ajuizado, **destacou**, com particular ênfase, **a necessidade** da prisão cautelar **decretada** contra o ora paciente (fl. 165):

***Vê-se que a medida constritiva de liberdade está justificada na necessidade de se preservar a ordem pública**, em face do "modus operandi" do crime de furto que, aliás, seria da responsabilidade de **complexa organização criminosa** – que para cumprir seus fins escusos, valia-se de esquemas envolvendo lavagem de dinheiro, dentre outros crimes –, e para evitar a continuidade das atividades ilícitas.*

***De fato**, pelo que se tem dos autos, resta também evidenciada a necessidade de segregação do paciente diante da periculosidade social que apresenta, haja vista a constatação de que alguns membros da quadrilha "**guardam estreitas ligações com a facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital – PCC**" e que "estariam já de longa data praticando inúmeros crimes com características muito semelhantes àquele praticado contra o Bacen/CE" (fl. 177).*

(**Grifei.**)

Em suma: tenho para mim que a decisão judicial **de primeira** instância **observou os critérios** que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **firmou** em tema de prisão cautelar.

Sendo assim, em face das razões expostas **e acolhendo**, ainda, **o parecer** da douta Procuradoria-Geral da República, **indefiro** o pedido de "*habeas corpus*", **prejudicado**, em consequência, **o exame** do pedido de medida liminar **reiterado** a fls. 197/207.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 20 de outubro de 2010 — Celso de Mello, Relator.

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 105.953 — SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Pacientes: Alexandre Ruiz, Emídio Teixeira Cruz, José de Brito Dias e Édio Antônio da Silva — Impetrantes: Alberto Zacharias Toron e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Crime contra a ordem tributária. Imputação penal deduzida contra sócios da empresa. Acusação que deve narrar, de modo individualizado, a conduta específica que vincula cada sócio ao evento supostamente delituoso. A questão dos delitos societários e a inadmissível formulação de acusações genéricas. Ofensa aos postulados constitucionais da plenitude de defesa e da presunção de inocência. Medida cautelar deferida.

– A invocação da condição de sócio e/ou de administrador de organização empresarial, sem a correspondente e individualizada descrição de determinada conduta típica que os vincule, de modo concreto, ao evento alegadamente delituoso, não se revela fator suficiente apto a justificar, nos delitos societários, a formulação de acusação estatal genérica ou a prolação de sentença penal condenatória. Precedentes (STF).

Decisão: O E. Superior Tribunal de Justiça, **ao denegar** a ordem de "*habeas corpus*" impetrada em favor dos ora pacientes, **reconheceu** o acerto do acórdão **emanado** do E. TRF/3ª Região, **no ponto** em que a Corte regional **enfatizou** que "*(...) o fato de a denúncia imputar* ***a todos*** *os corréus,* ***sócios*** *da mesma empresa,* ***idêntica*** *conduta,* ***não o fazendo de forma individualizada****, não a torna inepta*", **pois**, "*(...)* ***tratando-se*** *de crime societário,* ***como*** *o do artigo 1º da Lei 8.137/90,* ***não se pode exigir*** *que o órgão de acusação* ***tenha****, no momento de oferecimento da denúncia,* ***condições de individualizar*** *a conduta* ***de cada*** *corréu,* ***eis que tal participação*** *somente será delineada ao cabo da instrução criminal*", **motivo pelo qual** "*(...)* ***a jurisprudência*** *tem admitido,* ***nos crimes societários, a mitigação*** *dos requisitos da inicial acusatória,* ***não se impondo*** *a narração pormenorizada da conduta* ***de cada*** *um dos agentes (...)*" (**grifei**).

A **presente** impetração, **ao sustentar** a ocorrência **de injusto** constrangimento ao "*status libertatis*" dos ora pacientes, **apoia-se na alegação** de inépcia formal da denúncia **e** de transgressão, **por parte** do Ministério Público, às garantias constitucionais **que asseguram**, a qualquer pessoa sob persecução penal do Estado, **a plenitude** do direito de defesa **e** a presunção de inocência, **eis** que, quanto a esta prerrogativa, **incumbe**, a quem acusa, **o ônus de provar**, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do agente.

Sendo esse o contexto, **passo a apreciar** o pedido de tutela cautelar **ora deduzido** nesta sede processual.

Tenho enfatizado, em diversos julgamentos **proferidos** no Supremo Tribunal Federal, que a denúncia **deve** descrever, de modo objetivo **e**

individualizado, a conduta delituosa **atribuída** aos sócios **e/ou** administradores das empresas.

Mesmo que se trate do denominado "*reato societario*", a participação individual **de cada sócio** (**ou** administrador) na **suposta** prática delituosa, **alegadamente** cometida **por intermédio** de organização empresarial, **há de resultar** de narração individualizada **contida** na peça acusatória (**RTJ** 163/268-269 – **RTJ** 165/877-878).

É que não basta, para satisfazer-se **a exigência constitucional** do devido processo legal, que o Ministério Público, **ao deduzir** imputação penal contra alguém, descreva-lhe, **de modo genérico**, a respectiva conduta, **sob o argumento** de que a responsabilidade do acusado, **na prática** de delitos societários, **resulta** do fato de **ostentar** a condição de sócio, de administrador **ou** de representante da empresa (**RTJ 163/268-269**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal **tem advertido** que a circunstância de alguém **meramente ostentar** a condição de sócio **ou** de dirigente de uma empresa **não pode justificar**, *só por si*, a formulação, pelo Estado, **de qualquer** juízo acusatório fundado **numa inaceitável** presunção de culpa:

> ***SÓCIA QUOTISTA MINORITÁRIA QUE NÃO EXERCE FUNÇÕES GERENCIAIS – NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DE DETERMINADO COMPORTAMENTO TÍPICO QUE VINCULE O SÓCIO AO RESULTADO CRIMINOSO***.
>
> *(...)*
>
> ***A mera invocação*** *da condição de quotista,* ***sem*** *a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule o sócio ao resultado criminoso,* ***não constitui****, nos delitos societários,* ***fator suficiente*** *apto a legitimar a formulação de acusação estatal* ***ou*** *a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.*
>
> (**HC 89.427/BA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

A formulação de acusações genéricas, em delitos societários, **culmina** por consagrar **uma inaceitável** hipótese de responsabilidade penal **objetiva**, com todas as **gravíssimas** consequências que daí podem resultar, **consoante adverte**, *em precisa abordagem* do tema, **o ilustre Advogado paulista** Dr. RONALDO AUGUSTO BRETAS MARZAGÃO ("**Denúncias Genéricas em Crime de Sonegação Fiscal**", "*in*" Justiça e Democracia, vol. 1/207-211, **210-211**, 1996, RT):

> ***Se há compromisso da lei com a culpabilidade, não se admite responsabilidade objetiva****, decorrente da imputação genérica,* ***que não permite*** *ao acusado conhecer se houve e qual a medida da sua participação no fato, para poder se defender.*
>
> ***Desconhecendo o teor preciso da acusação****, o defensor* ***não terá*** *como orientar o interrogatório, a defesa prévia* ***e*** *o requerimento de provas,* ***bem assim não terá*** *como avaliar eventual colidência de defesas entre a do seu constituinte e a do corréu.* ***O acusado será obrigado a fazer prova negativa de que não praticou o***

***crime, assumindo o ônus da prova que é do Ministério Público**, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência.*

***A denúncia genérica**, nos crimes de sonegação fiscal, **impossibilita** a ampla defesa **e**, por isso, **não pode ser admitida**.*

(**Grifei.**)

Daí a objeção exposta pelo saudoso Ministro ASSIS TOLEDO, **para quem** "***Ser acionista ou membro do conselho consultivo** da empresa **não é** crime. Logo, **a invocação** dessa condição, **sem** a descrição de condutas **específicas** que vinculem **cada** diretor ao evento criminoso, **não basta** para viabilizar a denúncia*" (**RT** 715/526 – **grifei**).

Vale ressaltar que esse entendimento **tem merecido** o beneplácito **da jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**HC 80.549/SP**, Rel. Min. NELSON JOBIM – **HC 85.948/PA**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **RHC 85.658/ES**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **HC 89.427/BA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**):

"*HABEAS CORPUS" – **CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – RESPONSABILIDADE PENAL** DOS CONTROLADORES **E** ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – **LEI Nº 7.492/86** (ART. 17) – DENÚNCIA **QUE NÃO ATRIBUI** COMPORTAMENTO ESPECÍFICO **E** INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – **INEXISTÊNCIA**, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS **MÍNIMOS** QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO – **INÉPCIA DA DENÚNCIA – PEDIDO DEFERIDO**.*

***PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA**.*

*– **O sistema jurídico vigente no Brasil** – tendo presente **a natureza dialógica** do processo penal acusatório, **hoje impregnado**, em sua estrutura formal, de caráter **essencialmente** democrático – **impõe** ao Ministério Público **notadamente** no denominado "reato societario", **a obrigação de expor**, na denúncia, de maneira precisa, objetiva **e** individualizada, **a participação** de cada acusado na **suposta** prática delituosa.*

*– **O ordenamento positivo brasileiro** – cujos fundamentos **repousam**, dentre **outros** expressivos vetores **condicionantes** da atividade de persecução estatal, **no postulado essencial** do direito penal da culpa **e no princípio constitucional** do "due process o law" (**com todos** os consectários que dele resultam) – **repudia** as imputações criminais genéricas **e não tolera**, **porque ineptas**, as acusações **que não** individualizam **nem** especificam, **de maneira concreta**, a conduta penal atribuída ao denunciado. **Precedentes**.*

***A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA**.*

*– **A denúncia deve conter a exposição** do fato delituoso, descrito **em toda** a sua essência **e** narrado **com todas** as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, **ainda que sucinta**, **impõe-se** ao acusador **como exigência derivada** do postulado constitucional **que assegura**, ao réu, o exercício, **em plenitude**, do direito de defesa. **Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação** da conduta individual **de cada** agente aos eventos delituosos **qualifica-se** como denúncia inepta. **Precedentes**.*

DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDUTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS – INÉPCIA DA DENÚNCIA.

*– **A mera invocação** da condição de diretor **ou** de administrador de instituição financeira, **sem a correspondente e objetiva descrição de determinado** comportamento típico **que o vincule**, concretamente, à prática criminosa, **não constitui** fator suficiente **apto a legitimar** a formulação de acusação estatal **ou a autorizar** a prolação de decreto judicial condenatório.*

*– **A circunstância objetiva** de alguém **meramente** exercer cargo de direção **ou** de administração em instituição financeira **não se revela suficiente**, **só por si**, **para autorizar** qualquer presunção de culpa (**inexistente** em nosso sistema jurídico-penal) **e**, **menos ainda**, para justificar, como efeito derivado **dessa particular** qualificação formal, **a correspondente** persecução criminal.*

*– **Não existe**, no ordenamento positivo brasileiro, **ainda** que se trate de práticas **configuradoras** de macrodelinquência **ou caracterizadoras** de delinquência econômica, **a possibilidade constitucional de incidência** da responsabilidade penal **objetiva**. **Prevalece**, **sempre**, em sede criminal, **como princípio dominante** do sistema normativo, **o dogma** da responsabilidade **com** culpa ("nullum crimen sine culpa"), **absolutamente incompatível** com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", **banida** do domínio **do direito penal da culpa**. **Precedentes**.*

AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.

*– **Nenhuma acusação penal** se presume provada. **Não compete** ao réu **demonstrar** a sua inocência. **Cabe**, ao contrário, ao Ministério Público **comprovar**, de forma inequívoca, **para além** de qualquer dúvida razoável, **a culpabilidade** do acusado. **Já não mais prevalece**, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, **em dado momento histórico** do processo político brasileiro (**Estado Novo**), **criou**, para o réu, **com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários**, a obrigação **de o acusado** provar a sua própria inocência (**Decreto-lei nº 88**, de 20/12/37, art. 20, n. 5). **Precedentes**.*

*– Para o acusado exercer, **em plenitude**, a garantia do contraditório, **torna-se indispensável** que o órgão da acusação descreva, **de modo preciso**, os elementos estruturais ("essentialia delicti") **que compõem** o tipo penal, **sob pena** de se devolver, **ilegitimamente**, ao réu, o ônus (que sobre ele **não** incide) de provar que é inocente.*

*– **Em matéria** de responsabilidade penal, **não se registra**, no modelo constitucional brasileiro, **qualquer** possibilidade de o Judiciário, **por simples** presunção **ou com fundamento** em meras suspeitas, **reconhecer a culpa** do réu. **Os princípios democráticos** que informam o sistema jurídico nacional **repelem** qualquer ato estatal **que transgrida** o dogma **de que não haverá** culpa penal por presunção **nem** responsabilidade criminal por mera suspeita.*

(**HC 84.580/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

***1. "Habeas Corpus". Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional** (Lei 7.492, de 1986). **Crime societário**. **2. Alegada inépcia da denúncia**, **por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados**. **3. Mudança de orientação jurisprudencial**, que, **no caso de crimes societários**, entendia ser apta a*

denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. ***Precedentes****: HC 86.294/SP, Segunda Turma, por maioria, de minha relatoria, DJ de 3-2-2006; HC 85.579/MA, Segunda Turma, unânime, de minha relatoria, DJ de 24-5-2005; HC 80.812/PA, Segunda Turma, por maioria, de minha relatoria p/ o acórdão, DJ de 5-3-2004; HC 73.903/CE, Segunda Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25-4-1997; e HC 74.791/RJ, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 9-5-1997.* ***4****.* ***Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados****.* ***5****.* ***Observância dos princípios*** *do devido processo legal (****CF****, art. 5º, LIV), da ampla defesa, contraditório (****CF****, art. 5º, LV)* ***e*** *da dignidade da pessoa humana (****CF****, art. 1º, III).* ***Precedentes****:* ***HC 73.590/SP****, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello,* ***DJ*** *de 13-12-1996;* ***e HC 70.763/DF****, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello,* ***DJ*** *de 23-9-1994.* ***6****.* ***No caso concreto****,* ***a denúncia é inepta porque não pormenorizou****, de modo adequado e suficiente,* ***a conduta*** *do paciente. 7. "Habeas corpus"* ***deferido****.*
(**HC 86.879/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – **Grifei.**)

1. ***AÇÃO PENAL. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal ("due process of law"). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal inocorrente. Conhecimento da arguição em habeas corpus. Aplicação do art. 5º, incisos LIV e LV, da CF. Votos vencidos****. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão.*

2. ***AÇÃO PENAL. Delitos contra o sistema financeiro nacional. Crimes ditos societários. Tipos previstos nos arts. 21, parágrafo único, e 22, "caput", da Lei 7.492/1986. Denúncia genérica. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade de administrador de empresas. Inadmissibilidade. Imputação às pessoas jurídicas. Caso de responsabilidade penal objetiva. Inépcia reconhecida. Processo anulado a partir da denúncia, inclusive. Habeas corpus concedido para esse fim. Extensão da ordem ao corréu. Inteligência do art. 5º, XLV e XLVI, da CF, dos arts. 13, 18, 20 e 26 do CP e 25 da Lei 7.492/1986. Aplicação do art. 41 do CPP. Votos vencidos. No caso de crime*** *contra o sistema financeiro nacional* ***ou de outro dito "crime societário", é inepta a denúncia genérica****, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa.*
(**HC 83.301/RS**, Rel. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO – **Grifei.**)

*"****HABEAS CORPUS****". DENÚNCIA. ESTADO DE DIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP NÃO PREENCHIDOS.*

1 *–* ***A técnica*** *da denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal)* ***tem merecido reflexão*** *no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa.* ***Precedentes****.*

2 – Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito.

3 – Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

4 – Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal.

(**RTJ 195/126**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Grifei.**)

Essa, portanto, **é a orientação** que tem prevalecido, nesta Suprema Corte, **em tema** de persecução penal **instaurada** por suposta prática de delitos societários.

Cabe verificar, nesta fase, em juízo **de sumária** cognição, **se** a denúncia oferecida **contra** os ora pacientes **satisfaz**, *ou não*, **os critérios** que a jurisprudência constitucional desta Corte **consagrou** no tema em causa.

Tenho para mim, em juízo **de estrita** delibação, que a peça acusatória em questão, **considerados** os termos dela constantes, **não se mostra**, *aparentemente*, **em harmonia** com referida diretriz jurisprudencial.

Sendo assim, e tendo presentes as razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, **em ordem a suspender**, *cautelarmente*, **até** final julgamento **da presente** ação de "*habeas corpus*", **o curso** do **Processo-crime** 2005.61.19.006525-3, **instaurado**, contra os ora pacientes, **perante** a 2ª Vara Federal da 19ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo (**Guarulhos**).

Comunique-se, *com urgência*, **transmitindo-se** cópia da **presente** decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 148.979/SP), ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (**HC** 2009.03.00.017540-8/SP) **e** ao Senhor Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP (**Processo-crime** 2005.61.19.006525-3).

Publique-se.

Brasília, 5 de novembro de 2010 — Celso de Mello, Relator.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

PrPn *Abolitio criminis*: consequência lógica. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrSTF Abstração, generalidade e impessoalidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Ct Abuso da liberdade de manifestação do pensamento: inocorrência. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

PrCv Ação autônoma. (...) ***Ação rescisória.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

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

Ct Ação de improbidade administrativa. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrPn Ação de reconhecimento de paternidade: alimentos e direito de visita. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.732-AgR *RTJ* 218/345

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Ato de caráter normativo. Resolução do TSE. ADI 3.345 *RTJ* 217/162 – ADI 4.086 *RTJ* 218/157

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Ato normativo de efeito concreto: ausência. Abstração, generalidade e impessoalidade. Destinatários determináveis. Decreto 5.820/2006, arts. 7º, 8º, 9º e 10. ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***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, § 1º, § 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.*** Não conhecimento. Memorando de entendimento ou protocolo de intenções entre Brasil e Japão. Apreciação pelo Congresso Nacional: desnecessidade. CF/1988, art. 49, I: ofensa inocorrente. ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Não conhecimento. Relatório do Comitê de Desenvolvimento do SBTVD: ausência de publicação. Peça informativa prevista em ato infralegal. Escolha do modelo japonês de televisão digital (ISDB): legalidade da opção. Decreto 4.901/2003, art. 3º, VIII. ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Não conhecimento. Restrição à gratuidade do transporte coletivo urbano e semiurbano ao idoso. Norma impugnada declarada constitucional na ADI 3.768. Estatuto do Idoso, art. 39. ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Nulidade da lei inconstitucional: regra. Modulação dos efeitos: dever constitucional. Presença das condições 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

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Petição inicial: declaração de inconstitucionalidade formal. Exame da constitucionalidade material: impossibilidade. ADI 2.182 *RTJ* 218/60

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Prejudicialidade. Advogado: capacidade postulatória privativa em Juizado Especial. Revogação tácita pela Lei 9.099/1995. Estatuto da OAB, art. 1º, I, expressão "juizados especiais". ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

PrPn ***Ação penal.*** Inquérito policial: prescindibilidade. Investigação pelo Ministério Público. Teoria dos poderes implícitos. CF/1988, art. 129, I. HC 89.837 *RTJ* 218/272

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. Inépcia da denúncia. Narração genérica: ausência de base fática. CPP/1941, art. 41. HC 89.310 *RTJ* 218/203

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 ou suspensão: descabimento. Incapacidade civil do acusado. Inimputabilidade penal: distinção. Incidente de insanidade mental: necessidade. HC 101.930 *RTJ* 216/430

PrPn Ação penal: trancamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrCv ***Ação popular.*** Competência originária do STF: ausência de previsão. CF/1988, art. 102, I: rol taxativo. HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

TrPrv Ação previdenciária: ajuizamento. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 549.055-AgR *RTJ* 218/520

PrCv ***Ação rescisória.*** Propositura. Juntada de cópia autenticada da procuração da ação originária: inadmissibilidade. Procuração com poderes especiais: necessidade. Ação autônoma. AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

PrCv ***Acórdão.*** Fundamentação suficiente. Decisão desfavorável ao recorrente. CF/1988, art. 93, IX: ofensa inocorrente. RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrSTF Acórdão embargado anterior ao exaurimento do mandato. (...) ***Embargos de declaração.*** Inq 1.645-ED *RTJ* 218/37

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

Adm ***Administração pública.*** Sala especial para advogado. Utilização de bem público. Controle pela OAB: impossibilidade. Estatuto da OAB, art. 7º, § 4º, expressão "e controle": inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr ***Advocacia.*** Capacidade postulatória. Atividade essencial à administração da justiça. Presença de advogado em todos os atos jurisdicionais: não obrigatoriedade. CF/1988, art. 133. Estatuto da OAB, art. 1º, I, expressão "qualquer": inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Pn ***Advocacia.*** Imunidade profissional: limite. Exercício de múnus público. Autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. Estatuto da OAB, art. 2º, § 3º. Estatuto da OAB, art. 7º, § 2º, expressão "ou desacato": inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr ***Advocacia.*** Incompatibilidade. Poder Judiciário, Juizado Especial e Justiça de Paz. Juiz eleitoral e suplente: exclusão. Estatuto da OAB, art. 28, II: inconstitucionalidade parcial. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Advogado. (...) ***Busca e apreensão.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Advogado. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Advogado. (...) ***Prisão especial.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Advogado: capacidade postulatória privativa em Juizado Especial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Afastamento por razões de foro íntimo: possibilidade de alegação. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrCv Agravo de instrumento julgado prejudicado. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrCv ***Agravo regimental.*** Descabimento. Agravo de instrumento julgado prejudicado. Recurso extraordinário sobrestado na origem: juízo de inadmissibilidade. Repercussão geral: ausência. CPC/1973, art. 543-B, § 1º e § 2º. Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrCv ***Agravo regimental.*** Descabimento. Decisão agravada: ausência de impugnação dos fundamentos. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 317, § 1º. Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrCv ***Agravo regimental.*** 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

PrSTF ***Agravo regimental.*** Fundamento não impugnado. Súmula 283 do STF. STA 451-AgR *RTJ* 218/20

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

PrCv ***Agravo regimental.*** Mandado de injunção. Não conhecimento. Capacidade postulatória: ausência. Direito de petição: impossibilidade. MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrSTF Agravo regimental: provimento parcial. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 172-AgR *RTJ* 216/156

PrPn Alegação de *abolitio criminis*. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrPn Alegação de censura jornalística. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Cm Alienação judicial de empresa. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

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 Ameaça à liberdade de locomoção física: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn Análise de validade de laudo pericial de arma de fogo. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrPn Análise dos requisitos subjetivos em recurso especial: impossibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.011 *RTJ* 218/322

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

PrPn Aplicação da lei penal: fuga do acusado. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn Aplicação de medidas cautelares menos gravosas: suficiência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 106.446 *RTJ* 218/397

Adm ***Aposentadoria.*** Servidor público. Regência: lei vigente ao implemento das condições. Proventos integrais: impossibilidade de transformação em proporcionais. Súmula 359 do STF. RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

Ct Aposentadoria compulsória imposta pelo CNJ: suspensão cautelar. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Ct Apreciação da decisão pelo Poder Judiciário: medida liminar ou tutela antecipada. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Apreciação e encaminhamento à sanção do presidente da República. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60

PrSTF Apreciação pelo Congresso Nacional: desnecessidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Adm Apreciação pelo Congresso Nacional: desnecessidade. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

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

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental. Controvérsia judicial relevante: aplicabilidade imediata do art. 14, § 9º, da CF/1988, redação da ECR 4/1994. Lei 9.882/1999, art. 3º, V. ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Lei temporária com efeito exaurido. Controvérsia jurídica: interpretação da anistia penal. Lei 6.683/1979: abrangência. ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Norma impugnada anterior à ECR 4/1994: descabimento de ADI. Inexistência de outro meio eficaz. Princípio da subsidiariedade. CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994. Lei Complementar

64/1990, arts. 1º, I, *d*, *e*, *g* e *h*, e 15. Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Descabimento. Decisão judicial transitada em julgado: impugnação. Sucedâneo de ação rescisória. Princípio da segurança jurídica. ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Descabimento. Existência de outro meio eficaz. Princípio da subsidiariedade. Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Legitimidade ativa. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Pertinência temática: funcionamento do Poder Judiciário. CF/1988, art. 103, IX. Lei 9.882/1999, art. 2º, I. ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Prejudicialidade inocorrente. Prescrição dos crimes previstos na Lei da Anistia: aferição posterior ao julgamento. Impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema: irrelevância. Indicação dos responsáveis pelo descumprimento dos preceitos fundamentais: desnecessidade. ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF Arguição de descumprimento de preceito fundamental: processo de caráter objetivo. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Asilo: distinção. (...) ***Refúgio.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Assentamento agroextrativista em área de Floresta Amazônica: possibilidade. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

PrSTF Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

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

Trbt Atividade econômica: não configuração. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

PrGr Atividade essencial à administração da justiça. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Ato de caráter normativo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162 – ADI 4.086 *RTJ* 218/157

El Ato de natureza meramente declaratório. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

PrSTF Ato normativo de efeito concreto: ausência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Ct Atribuição. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

PrSTF Atuação como ministro do TSE. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Atuação como ministro do TSE: participação na elaboração do ato. (...) ***Impedimento.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrPn Atuação em fase pré-processual. (...) ***Magistrado.*** HC 97.553 *RTJ* 216/390

PrPn Audiência de inquirição de testemunha por precatória. (...) ***Instrução criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn Audiência de instrução e julgamento. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Ct Autoanistia: não configuração. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Autodefesa. (...) ***Defesa criminal.*** HC 102.019 *RTJ* 217/452

Ct Autogoverno da magistratura. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Ct Autonomia administrativa, financeira e orçamentária: prerrogativas constitucionais. (...) ***Ministério Público.*** ADI 2.513-MC *RTJ* 218/109

PrPn Autoridade coatora. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Pn Autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Autorização prévia da Assembleia Legislativa: desnecessidade. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

B

Pn Baixa potência: área distante de outras emissoras e aeroporto. (...) ***Rádio comunitária.*** HC 104.530 *RTJ* 217/505

Pn Bem de pequeno valor. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Pn Bem jurídico de caráter supraindividual. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.938 *RTJ* 217/438

Trbt Benefício fiscal: Programa de Desenvolvimento de Pernambuco (PRODEPE). (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** STA 451-AgR *RTJ* 218/20

TrPrv ***Benefício previdenciário.*** Ação previdenciária: ajuizamento. Prévio indeferimento administrativo: desnecessidade. CF/1988, art. 5º, XXXV. RE 549.055-AgR *RTJ* 218/520

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

PrGr ***Busca e apreensão.*** Advogado. Escritório ou local de trabalho: inviolabilidade. Presença de representante da OAB. Estatuto da OAB, art. 7º, II. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Busca e apreensão. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346 – HC 96.407 *RTJ* 215/623

C

PrSTF Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162 – ADI 3.944 *RTJ* 216/252 – ADI 4.086 *RTJ* 218/157

PrSTF Cabimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31 – ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrCv Cabimento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

Adm Cadastro Único de Convênio (CAUC): inclusão. (...) ***Convênio.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

PrPn Caneta-revólver: registro de colecionador no Ministério da Defesa. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

Ct Capacidade eleitoral passiva. (...) ***Direitos políticos.*** RE 279.469 *RTJ* 218/443

Ct Capacidade eleitoral passiva: suspensão. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrGr Capacidade postulatória. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Capacidade postulatória. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrCv Capacidade postulatória: ausência. (...) ***Agravo regimental.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Int Caráter. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

Pn Caráter bilateral: anistia ampla e geral. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Caráter excepcional. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 106.446 *RTJ* 218/397

Ct Caráter normativo: ausência. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 584.188-AgR *RTJ* 218/576

Ct Cargo de direção: alcance. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** ADC 12 *RTJ* 215/11

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 CDC/1990, art. 55, § 1º. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrPn Celeridade processual: benefício ao idoso. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrPn Cerceamento de defesa: inocorrência. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Ct CF/1967, art. 117, § 1º, redação da EC 1/1969: ofensa. (...) ***Precatório.*** RE 184.327-EDv *RTJ* 217/519

Ct CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, XXXIII: ofensa inocorrente. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct CF/1988, arts. 5º, IV, V, IX, X, e 220, § 1º e § 2º. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

PrCv CF/1988, art. 5º, VI e VIII. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

PrPn CF/1988, art. 5º, XII e LVI. (...) ***Prova criminal.*** AI 626.214-AgR *RTJ* 217/579

TrPrv CF/1988, art. 5º, XXXV. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 549.055-AgR *RTJ* 218/520

PrPn CF/1988, arts. 5º, XXXVIII, *c*, e 93, IX. (...) ***Júri.*** HC 103.805 *RTJ* 218/375

Ct CF/1988, art. 5º, XLIII: inaplicabilidade. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF CF/1988, art. 5º, LII. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int CF/1988, art. 5º, LII. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct CF/1988, art. 5º, LIV. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

PrPn CF/1988, art. 5º, LIV e LV. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

Pn CF/1988, art. 5º, LVII. (...) ***Execução penal.*** HC 99.141 *RTJ* 218/351

PrPn CF/1988, art. 5º, LVIII. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 99.717 *RTJ* 218/362

PrPn CF/1988, art. 5º, LXVIII. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.732-AgR *RTJ* 218/345 – HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn CF/1988, art. 5º, LXXVIII, redação da EC 45/2004. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

Ct CF/1988, art. 7º, I: ofensa inocorrente. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Ct CF/1988, art. 14, § 8º, I: interpretação. (...) ***Direitos políticos.*** RE 279.469 *RTJ* 218/443

PrSTF CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994: não autoaplicabilidade. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

El CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994: não autoaplicabilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct CF/1988, arts. 15, V, e 37, § 4º. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

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, arts. 22, I, 48 e 84, IV: ofensa inocorrente. (...) ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** ADI 4.086 *RTJ* 218/157

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, arts. 23, II, 196 e 198, § 1º e § 2º. (...) ***Direito à saúde.*** RE 607.381-AgR *RTJ* 218/589

Ct CF/1988, art. 24, V e XII. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct CF/1988, art. 29, IV: interpretação. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct CF/1988, arts. 37, *caput*, e 103-B, § 4º, II. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

PrCv CF/1988, art. 37, XI. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

Adm CF/1988, art. 37, § 6º. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF CF/1988, art. 49, I: ofensa inocorrente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn CF/1988, art. 51, I: norma não reproduzível pelos Estados-membros. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

El CF/1988, art. 55, V. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

Ct CF/1988, art. 61, § 1º, II, *e*. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct CF/1988, art. 65: ofensa inocorrente. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60

Ct CF/1988, arts. 93, VIII, e 103-B, § 4º, III. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

PrCv CF/1988, art. 93, IX: ofensa inocorrente. (...) ***Acórdão.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrCv CF/1988, art. 102, I: rol taxativo. (...) ***Ação popular.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Ct CF/1988, art. 102, I, *f*. (...) ***Competência originária.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45 – AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Ct CF/1988, art. 102, I, *g*: alcance. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct CF/1988, arts. 102, III, *d*, e 105, III, *b*, redação da EC 45/2004. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 132.755-QO *RTJ* 218/416

PrSTF CF/1988, art. 103, IX. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct CF/1988, art. 103-B, § 4º. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 27.708 *RTJ* 217/333

Ct CF/1988, art. 105, I, *d*. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 590.409 *RTJ* 218/578

Ct	CF/1988, art. 105, I, *f*. (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540
Ct	CF/1988, art. 127, § 2º e § 3º, redação da EC 19/1998. (...) ***Ministério Público.*** ADI 2.513-MC *RTJ* 218/109
Ct	CF/1988, arts. 129 e 144, § 1º, IV: inteligência. (...) ***Ministério Público.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272
PrPn	CF/1988, art. 129, I. (...) ***Ação penal.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272
PrGr	CF/1988, art. 133. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528
Int	CF/1988, art. 133. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181
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. 149, § 2º, I, redação da EC 33/2001: interpretação. (...) ***Contribuição social.*** RE 564.413 *RTJ* 218/523
Trbt	CF/1988, art. 150, VI, *a*. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 518.325-AgR *RTJ* 217/554
Trbt	CF/1988, art. 150, VI, *a*, e § 2º e § 3º. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529
Trbt	CF/1988, art. 150, VI, *c*. (...) ***Imunidade tributária.*** RMS 24.283-AgR-segundo *RTJ* 217/276
Trbt	CF/1988, art. 150, VI, *d*: interpretação. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513
Trbt	CF/1988, arts. 150, § 6º, e 153, § 3º, II. (...) ***Imposto sobre Produto Industrializado (IPI).*** RE 475.551 *RTJ* 218/486
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
Trbt	CF/1988, art. 158, IV. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** STA 451-AgR *RTJ* 218/20
Ct	CF/1988, art. 161, II. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20
Ct	CF/1988, arts. 165, III, § 5º, I, e § 9º; 167, II; e 168: ofensa. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.855 *RTJ* 218/122

Ct	CF/1988, art. 167, IV: ofensa. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 1.759 *RTJ* 217/110
Cm	CF/1988, art. 170, III e IV. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227
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
Adm	CF/1988, art. 220, § 5º: ofensa inocorrente. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252
Ct	Chamamento ao processo da União: medida protelatória. (...) ***Direito à saúde.*** RE 607.381-AgR *RTJ* 218/589
Int	Chefe de Estado: irrelevância da qualidade oficial. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595
PrPn	Ciência prévia do destinatário: desnecessidade. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436
Pn	Circunstância agravante reconhecida pelo tribunal. (...) ***Pena.*** HC 99.925 *RTJ* 217/413
Cm	Classificação dos créditos: ordem preferencial. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227
PrSTF	CLT/1943, art. 894, redação da Lei 11.496/2007. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583
Trbt	Cobrança de tarifa: ausência de lucro. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529
Ct	Código Eleitoral/1965, art. 23, IX. (...) ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** ADI 4.086 *RTJ* 218/157
Adm	Código Florestal/1965, art. 37-A, § 6º. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187
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
Ct	***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** Relatório final. Valoração de ato jurisdicional: possibilidade de indiciamento de magistrado. Competência privativa do Poder Judiciário. Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa. Loman/1979, art. 33, parágrafo único. HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

Int Comparecimento: caráter facultativo. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Compatibilidade com as finalidades da lei: requisito. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct ***Competência.*** Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nepotismo: vedação. Princípios da administração pública no âmbito do Poder Judiciário: aplicação. Princípio da independência e harmonia dos Poderes e princípio federativo: ofensa inocorrente. CF/1988, arts. 37, *caput*, e 103-B, § 4º, II. Resolução 7/2005-CNJ. ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct Competência. (...) ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** ADI 4.086 *RTJ* 218/157

Ct Competência à época do início do julgamento: STJ. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 132.755-QO *RTJ* 218/416

Ct Competência complementar: matéria correcional, disciplinar e administrativa. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

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

PrGr ***Competência jurisdicional.*** Decisão monocrática. *Habeas corpus*: denegação. Princípio da colegialidade: ofensa inocorrente. CPC/1973, art. 557, § 1º-A. HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrGr ***Competência jurisdicional.*** Decisão monocrática. *Habeas corpus*: jurisprudência consolidada no STF. Princípio da colegialidade: ofensa inocorrente. CPC/1973, art. 557. Lei 8.038/1990, art. 38. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 192, *caput*, redação da Emenda Regimental 30/2009. HC 96.418 *RTJ* 218/610

Ct ***Competência jurisdicional.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito entre lei local e lei federal: julgamento de recurso. Competência à época do início do julgamento: STJ. Emenda constitucional posterior sobre competência: aplicação imediata. CF/1988, arts. 102, III, *d*, e 105, III, *b*, redação da EC 45/2004. AI 132.755-QO *RTJ* 218/416

Ct ***Competência jurisdicional.*** Tribunal Regional Federal (TRF). Juizado Especial e Justiça comum da mesma seção judiciária: conflito de

competência. CF/1988, art. 105, I, *d*. Lei 10.259/2001, arts. 21, 22 e 26. RE 590.409 *RTJ* 218/578

Ct Competência jurisdicional: ausência. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 27.708 *RTJ* 217/333

PrSTF Competência jurisdicional do STF. (...) ***Embargos de declaração.*** Inq 1.645-ED *RTJ* 218/37

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 legislativa concorrente.*** Estado-membro. Consumo, proteção e defesa da saúde: doença celíaca. Supermercado e hipermercado: determinação de concentração de produtos sem glúten em um mesmo local ou gôndola. Instituição de incentivo fiscal: possibilidade condicionada. Interferência do Poder Legislativo na função administrativa: ausência. CF/1988, art. 24, V e XII. CDC/1990, art. 55, § 1º. Lei estadual 12.385/2002/SC, arts. 4º, 5º e 6º. ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct ***Competência originária.*** Superior Tribunal de Justiça (STJ). Reclamação: cabimento excepcional. Decisão de Juizado Especial estadual: ausência de órgão uniformizador. Pulsos telefônicos excedentes: discriminação. CF/1988, art. 105, I, *f*. RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito federativo: União e Estado-membro. CF/1988, art. 102, I, *f*. AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

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 originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). União Federal e Estado-membro. Conflito federativo potencial. CF/1988, art. 102, I, *f*. AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

PrPn Competência originária do STF: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrCv Competência originária do STF: ausência de previsão. (...) ***Ação popular.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Ct Competência privativa do Poder Judiciário. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

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

Adm Complexo Penitenciário do Carandiru. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

Ct Composição da Câmara Municipal: número de vereadores. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Int Compromisso formal: necessidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Comutação em pena não superior a trinta anos. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn Concessão. (...) ***Habeas corpus.*** HC 106.446 *RTJ* 218/397

PrPn Concessão de ofício. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrGr Concessão de refúgio pelo ministro da Justiça. (...) ***Questão de ordem.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Concessionária de telefonia fixa e móvel: fornecimento de informações para fins de segurança pública. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.401-MC *RTJ* 217/258

Pn Concurso de agentes. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Adm ***Concurso público.*** Procurador da República. Prova objetiva: modificação do gabarito preliminar. Novos recursos por candidatos prejudicados: ausência de previsão no edital. Mérito das questões: impossibilidade de revisão judicial. Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa inocorrente. MS 27.260 *RTJ* 216/332

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 aprovação 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

Ct Condição de elegibilidade: afastamento em caráter definitivo. (...) ***Direitos políticos.*** RE 279.469 *RTJ* 218/443

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 Conduta omissiva do relator: inocorrência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

PrPn Conexão com ação penal anterior: distribuição por dependência. (...) ***Competência criminal.*** HC 103.510 *RTJ* 217/486

Ct Conflito entre lei local e lei federal: julgamento de recurso. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 132.755-QO *RTJ* 218/416

Ct Conflito federativo: União e Estado-membro. (...) ***Competência originária.*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Ct Conflito federativo potencial. (...) ***Competência originária.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

Ct Conflito negativo de atribuições. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

Pn Conjunto probatório suficiente. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

Ct Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

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

Ct ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** Controle disciplinar do Poder Judiciário. Competência complementar: matéria correcional, disciplinar e administrativa. Princípio da subsidiariedade. MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Ct ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** Nepotismo: vedação. Cargo de direção: alcance. Função de chefia: inclusão do termo. Resolução 7/2005-CNJ, art. 2º, II, III, IV e V: interpretação conforme à Constituição. ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct Conselho Nacional de Justiça (CNJ): supressão da competência disciplinar do Tribunal de Justiça. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Adm Consignação temporária de mais um canal de radiofrequência às atuais concessionárias. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

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 Constituição do Estado do Rio Grande do Norte/1989, art. 55, § 1º, expressões "e do Ministério Público" e "e do Poder Executivo": suspensão cautelar. (...) ***Ministério Público.*** ADI 2.513-MC *RTJ* 218/109

Pn Constrangimento ilegal: caracterização. (...) ***Execução penal.*** HC 100.545 *RTJ* 216/424

Ct Consumo, proteção e defesa da saúde: doença celíaca. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct Contexto excepcional e transitório: inexistência de instrumento legal. (...) ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** ADI 4.086 *RTJ* 218/157

Trbt Contrato de afretamento de embarcação: modalidade "a casco nu". (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Ct Contribuição social. (...) ***Competência tributária.*** RE 573.540 *RTJ* 217/568

Trbt ***Contribuição social.*** Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Imunidade tributária: inocorrência. Lucro decorrente de exportação. Receita e lucro: distinção. CF/1988, art. 149, § 2º, I, redação da EC 33/2001: interpretação. RE 564.413 *RTJ* 218/523

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

Trbt Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). (...) ***Contribuição social.*** RE 564.413 *RTJ* 218/523

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 875 *RTJ* 217/20

Ct ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** Processo de caráter objetivo. Impedimento ou suspeição: inaplicabilidade. ADPF 144 *RTJ* 215/31

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.*** Efeitos. Invalidade e ineficácia de ato baseado em norma declarada nula. Teoria da nulidade da lei inconstitucional. RE 348.468 *RTJ* 216/518

Ct ***Controle 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

Ct Controle disciplinar do Poder Judiciário. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Ct Controle externo da atividade policial. (...) ***Ministério Público.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

Ct Controle interno pelo Poder Executivo: impossibilidade. (...) ***Ministério Público.*** ADI 2.513-MC *RTJ* 218/109

Int Controle jurisdicional: cabimento. (...) ***Refúgio.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Controle jurisdicional: possibilidade. (...) ***Ministério Público.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

Adm Controle pela OAB: impossibilidade. (...) ***Administração pública.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Controvérsia judicial relevante: aplicabilidade imediata do art. 14, § 9º, da CF/1988, redação da ECR 4/1994. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Controvérsia jurídica: interpretação da anistia penal. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ofensa inocorrente. (...) ***Defesa criminal.*** HC 102.019 *RTJ* 217/452

Cv Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 7º, 7. (...) ***Prisão civil.*** HC 96.772 *RTJ* 218/327

Int Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, arts. 5º e 8º. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Int Convenção de Viena, art. 46. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrPn Conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

PrPn Conveniência da medida: elementos concretos nos autos. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Adm ***Convênio.*** Ministério da Justiça e Estado-membro. Divergência na prestação de contas: limitação de ordem jurídica. Cadastro Único de Convênio (CAUC): inclusão. Princípio do devido processo legal: observância necessária. AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

Trbt Convênio interestadual: ausência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 2.866 *RTJ* 217/141

PrCv Conversão em agravo regimental. (...) ***Embargos de declaração.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

Cm Conversão em crédito quirografário. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrPn Corrupção de menor: infração penal de mendicância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

Pn CP/1940, art. 14. (...) ***Pena.*** HC 95.960 *RTJ* 218/314

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. 157, § 2º, II. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

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

Int CP/1940, art. 171, *caput* e § 2º, III. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

PrPn CP/1940, art. 180, § 1º. (...) ***Denúncia.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

Pn CP/1940, art. 184, § 2º: revogação inocorrente. (...) ***Crime contra a propriedade intelectual.*** HC 98.898 *RTJ* 216/404

PrCv CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.726-ED *RTJ* 218/152

PrCv CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 446-MC-AgR *RTJ* 217/11

PrCv CPC/1973, art. 543-B, § 1º e § 2º. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrGr CPC/1973, art. 557. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

PrGr CPC/1973, art. 557, § 1º-A. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrPn CPP/1941, art. 41. (...) ***Ação penal.*** HC 89.310 *RTJ* 218/203

PrPn CPP/1941, art. 41. (...) ***Denúncia.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

PrPn CPP/1941, art. 72: inaplicabilidade. (...) ***Competência criminal.*** HC 103.510 *RTJ* 217/486

PrPn CPP/1941, art. 252: rol taxativo. (...) ***Magistrado.*** HC 97.553 *RTJ* 216/390

PrPn CPP/1941, arts. 282, § 6º, e 319, I, II e III, redação da Lei 12.403/2011: inteligência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 106.446 *RTJ* 218/397

PrPn CPP/1941, art. 312. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366 – HC 96.418 *RTJ* 218/610 – HC 98.145 *RTJ* 217/351 – HC 99.717 *RTJ* 218/362 – HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn CPP/1941, art. 563. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

PrPn CPP/1941, art. 580: inaplicabilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.875 *RTJ* 217/431

PrPn CPPM/1969, art. 156, § 1º. (...) ***Incidente de insanidade mental.*** HC 102.936 *RTJ* 218/367

Trbt Creditamento: impossibilidade. (...) ***Imposto sobre Produto Industrializado (IPI).*** RE 475.551 *RTJ* 218/486

Ct Crédito paradigmático: pessoas jurídicas distintas. (...) ***Precatório.*** Rcl 3.138 *RTJ* 217/154

Cm Crédito trabalhista de até cento e cinquenta salários mínimos. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrPn Crime afiançável: impossibilidade. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Crime cometido contra idoso. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Pn Crime complexo. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Pn Crime comum contra opositor político: inclusão. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Crime comum ou crime político: caracterização. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

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

Pn ***Crime contra a propriedade intelectual.*** Violação de direito autoral. Venda de produto originado de contrafação (CD "pirata"). Princípio da adequação social: inaplicabilidade. CP/1940, art. 184, § 2º: revogação inocorrente. HC 98.898 *RTJ* 216/404

Int Crime de apropriação indébita: defraudação de penhor. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Pn Crime de estelionato previdenciário. (...) ***Prescrição.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

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 Crime de violação de leis trabalhistas: ausência de dupla tipicidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Pn Crime instantâneo de efeitos permanentes. (...) ***Prescrição.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

Int Crime político: não caracterização. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn Crime societário. (...) ***Denúncia.*** HC 105.953-MC *RTJ* 218/618

Pn Crimes conexos a crimes políticos: significado. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Int Crimes de falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados e fraude: estelionato. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Int Crimes de guerra e contra a humanidade. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

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 e bom comportamento. (...) ***Execução penal.*** HC 99.141 *RTJ* 218/351

Pn Cumprimento de um sexto da pena máxima em abstrato em prisão provisória. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

D

PrCv Data alternativa ao "Shabat" para realização do exame: descabimento. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

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 agravada: ausência de impugnação dos fundamentos. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

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 de Juizado Especial estadual: ausência de órgão uniformizador. (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

PrCv Decisão desfavorável ao recorrente. (...) ***Acórdão.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrPn Decisão divergente pelo Tribunal de Justiça: recurso ao STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.011 *RTJ* 218/322

PrSTF Decisão judicial transitada em julgado: impugnação. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11

PrPn Decisão mais favorável. (...) ***Habeas corpus.*** HC 106.446 *RTJ* 218/397

PrPn Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. (...) ***Júri.*** HC 103.805 *RTJ* 218/375

PrGr Decisão monocrática. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361 – HC 96.418 *RTJ* 218/610

PrCv Decisão monocrática. (...) ***Embargos de declaração.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

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

PrSTF Decisão na ADPF 130. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

Ct Decisão reclamada não fundamentada na Lei de Imprensa. (...) ***Direitos fundamentais.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

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

Ct Declaração de inconstitucionalidade: descabimento. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 584.188-AgR *RTJ* 218/576

PrSTF Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

Int Decreto 4.388/2002. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

PrSTF Decreto 4.901/2003, art. 3º, VIII. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrSTF Decreto 5.820/2006, arts. 7º, 8º, 9º e 10. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Adm Decreto 5.820/2006, arts. 7º, 8º, 9º e 10. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Ct Decreto estadual 23.591/1997/RJ: inconstitucionalidade por arrastamento. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.947 *RTJ* 217/150

Int Defensor constituído. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Deferimento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Deferimento. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrCv Deferimento. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrPn Deferimento parcial. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.011 *RTJ* 218/322

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 Delação premiada em ação conexa. (...) ***Magistrado.*** HC 97.553 *RTJ* 216/390

PrPn Demora no julgamento pelo STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia. Narração genérica. Crime societário. Individualização da conduta: ausência. Princípio da ampla defesa e da presunção de inocência: ofensa. HC 105.953-MC *RTJ* 218/618

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia. Possibilidade de exame após o julgamento da ação penal. HC 89.310 *RTJ* 218/203

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Individualização suficiente da conduta. Receptação qualificada: comerciante. CP/1940, art. 180, § 1º. RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Justa causa. Descrição suficiente do fato. CPP/1941, art. 41. HC 96.418 *RTJ* 218/610

Cv Depositário infiel: voluntário ou judicial. (...) ***Prisão civil.*** HC 96.772 *RTJ* 218/327

PrCv Desapropriação. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

Adm ***Desapropriação.*** Reforma agrária. Notificação de vistoria prévia: recebimento por advogado com poderes de representação. Intimação da atualização cadastral: regularidade. Assentamento agroextrativista em área de Floresta Amazônica: possibilidade. Projeto de manejo florestal sustentável: não comprovação. Entidade de classe: intimação desnecessária. Invasão do imóvel rural após vistoria prévia: irrelevância. Código Florestal/1965, art. 37-A, § 6º. Lei 8.629/1993, art. 7º. MS 25.391 *RTJ* 218/187

PrCv Descabimento. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274 – MS 27.656-MC-AgR *RTJ* 217/329

PrSTF Descabimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11

PrPn Descabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.732-AgR *RTJ* 218/345 – HC 100.231-MC *RTJ* 216/574 – RHC 101.358 *RTJ* 217/444 – HC 102.936 *RTJ* 218/367

PrSTF Descabimento. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274 – Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

PrPn Descrição suficiente do fato. (...) ***Denúncia.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

PrPn Descriminalização da contravenção penal pela Lei 11.983/2009. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrPn Desembargador de Tribunal de Justiça. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn Desentranhamento do material colhido. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

Trbt Destinação: ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa. (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

PrSTF Destinatários determináveis. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Int Detenção e entrega: pedido. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

Pn Detração penal: peculato e gestão fraudulenta. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

PrGr Devido processo legal: ofensa. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrCv Dificuldades administrativas e práticas. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

Ct ***Direito à saúde.*** Pessoa sem recursos financeiros. Fornecimento gratuito de medicamento pelo Estado. Solidariedade passiva entre os entes federativos. Chamamento ao processo da União: medida protelatória. CF/1988, arts. 23, II, 196 e 198, § 1º e § 2º. RE 607.381-AgR *RTJ* 218/589

Int Direito de defesa: exercício. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn Direito de defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrCv Direito de petição: impossibilidade. (...) ***Agravo regimental.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Ct Direito do trabalho. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.947 *RTJ* 217/150

Ct Direito fundamental à verdade: acesso a documento histórico. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Direito relacionado ao interrogatório. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Ct ***Direitos e garantias fundamentais.*** Garantias constitucionais de caráter procedimental. Pessoa jurídica de direito público: titularidade. CF/1988, art. 5º, LIV. AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

Ct ***Direitos fundamentais.*** Lei da Anistia. Direito fundamental à verdade: acesso a documento histórico. Informações sobre agentes das forças policiais e militares: ausência de impedimento. Princípio da dignidade da pessoa humana: ofensa inocorrente. CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, XXXIII: ofensa inocorrente. Lei 6.683/1979, art. 1º, § 1º. ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct ***Direitos fundamentais.*** Liberdade de imprensa e direitos da personalidade. Proibição de publicação de dados apurados em inquérito policial sob segredo de justiça: ação inibitória. Decisão reclamada não fundamentada na Lei de Imprensa. Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

Ct ***Direitos políticos.*** Capacidade eleitoral passiva. Militar com menos de dez anos de serviço. Condição de elegibilidade: afastamento em caráter definitivo. CF/1988, art. 14, § 8º, I: interpretação. RE 279.469 *RTJ* 218/443

Ct ***Direitos políticos.*** Capacidade eleitoral passiva: suspensão. Ação de improbidade administrativa. Trânsito em julgado da condenação: necessidade. Princípio da não culpabilidade. CF/1988, arts. 15, V, e 37, § 4º. Lei 8.429/1992, art. 20. ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct ***Direitos políticos.*** Capacidade eleitoral passiva: suspensão. Reconhecimento de inelegibilidade: necessidade de trânsito em julgado. Princípio da não culpabilidade: eficácia irradiante extrapenal. Probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato: ofensa inocorrente. Lei Complementar 64/1990, arts. 1º, I, *d*, *e* e *h*, e 15. ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct ***Direitos políticos.*** Capacidade eleitoral passiva: suspensão. Rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública. Apreciação da decisão pelo Poder Judiciário: medida liminar ou tutela antecipada. Suspensão da inelegibilidade. Probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994: não autoaplicabilidade. Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *g*. Súmula 1 do TSE. ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Diretrizes orçamentárias: vinculação de receita corrente. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 1.759 *RTJ* 217/110

PrGr Disciplina. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Distribuição em vara criminal comum. (...) ***Ação penal.*** HC 98.712 *RTJ* 217/391

Adm Divergência na prestação de contas: limitação de ordem jurídica. (...) ***Convênio.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

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

Adm Documentos sigilosos: impossibilidade. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Pn Dosimetria. (...) ***Pena.*** HC 95.960 *RTJ* 218/314 – HC 99.925 *RTJ* 217/413

Int Dupla tipicidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64 – Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Int Dupla tipicidade: ausência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrPn Dúvida razoável sobre a imputabilidade penal do acusado: ausência. (...) ***Incidente de insanidade mental.*** HC 102.936 *RTJ* 218/367

E

PrPn Efeito do recebimento de recurso de apelação contra decisão que reconheceu a paternidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.732-AgR *RTJ* 218/345

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

Ct Efeitos. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

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.*** Competência jurisdicional do STF. Foro por prerrogativa de função: perda. Acórdão embargado anterior ao exaurimento do mandato. Inq 1.645-ED *RTJ* 218/37

PrCv ***Embargos de declaração.*** Decisão monocrática. Conversão em agravo regimental. AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

PrCv ***Embargos de declaração.*** Pressupostos inocorrentes. Mérito da causa: impossibilidade de rediscussão. Inq 1.645-ED *RTJ* 218/37

PrCv Embargos de declaração. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.726-ED *RTJ* 218/152

PrSTF Embargos de declaração com pedido de efeito *ex nunc*: admissibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Ct Emenda Constitucional 26/1985, art. 4º, § 1º: confirmação da Lei 6.683/1979. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Emenda constitucional posterior sobre competência: aplicação imediata. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 132.755-QO *RTJ* 218/416

Ct Emenda substitutiva: alteração formal. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60

PrPn Empate na votação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 106.446 *RTJ* 218/397

Ct Energia nuclear: fiscalização. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.575 *RTJ* 217/105

Adm Entidade de classe: intimação desnecessária. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

PrSTF Entidade de educação: atendimento à população mais abastada. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

Int Entrega do extraditando. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Int Entrega e extradição: distinção. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

PrPn Entrevista prévia e reservada com defensor: ausência. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Ct Equilíbrio socioeconômico: parâmetro. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

PrSTF Escolha do modelo japonês de televisão digital (ISDB): legalidade da opção. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrPn Escritório de advocacia. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn Escritório de advocacia: equívoco na indicação do endereço. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn Escritório de advocacia: extensão da empresa investigada. (...) ***Prova criminal.*** HC 96.407 *RTJ* 215/623

PrGr Escritório ou local de trabalho: inviolabilidade. (...) ***Busca e apreensão.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Trbt Estado federal brasileiro e União: distinção. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 543.943-AgR *RTJ* 217/559

Ct Estado-membro. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrPn Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 244-B. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.787 *RTJ* 217/494

PrSTF Estatuto da OAB, art. 1º, I, expressão "juizados especiais". (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Estatuto da OAB, art. 1º, I, expressão "qualquer": inconstitucionalidade. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Pn Estatuto da OAB, art. 2º, § 3º. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Estatuto da OAB, art. 7º, II. (...) ***Busca e apreensão.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Estatuto da OAB, art. 7º, IV e § 3º. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Estatuto da OAB, art. 7º, V, expressão "assim reconhecidas pela OAB": inconstitucionalidade. (...) ***Prisão especial.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Estatuto da OAB, art. 7º, IX: inconstitucionalidade. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Pn Estatuto da OAB, art. 7º, § 2º, expressão "ou desacato": inconstitucionalidade. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Estatuto da OAB, art. 7º, § 4º, expressão "e controle": inconstitucionalidade. (...) ***Administração pública.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Estatuto da OAB, art. 28, II: inconstitucionalidade parcial. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Estatuto da OAB, art. 50, expressão "requisitar": interpretação conforme à Constituição. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Estatuto de Roma, arts. 7º e 8º. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

Int Estatuto de Roma, arts. 27 e 102. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

Pn ***Estatuto do Desarmamento.*** Posse ilegal de arma de fogo: configuração. Exame pericial: desnecessidade. Conjunto probatório suficiente. Lei 10.826/2003, art. 14, *caput*. HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrSTF Estatuto do Idoso, art. 39. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrPn Estatuto do Idoso, art. 94: interpretação conforme à Constituição com redução de texto. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrSTF Exame da constitucionalidade material: impossibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60

El Exame da vida pregressa de candidato a cargo político: necessidade de lei complementar. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Exame de mérito: impossibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

PrCv Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM): participação de estudantes judeus. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

Pn Exame pericial: desnecessidade. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrPn Excesso de linguagem: ausência. (...) ***Júri.*** HC 103.805 *RTJ* 218/375

Ct Execução de crédito trabalhista. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Pn ***Execução penal.*** Falta grave: regressão de regime e perda dos dias remidos. Recusa ao trabalho: justificativa não analisada. Constrangimento ilegal: caracterização. HC 100.545 *RTJ* 216/424

Pn ***Execução penal.*** Progressão de regime: requisitos. Cumprimento de um sexto da pena e bom comportamento. Existência de outra ação penal em curso: irrelevância. Princípio da presunção de inocência: ofensa. CF/1988, art. 5º, LVII. Lei de Execução Penal (LEP), art. 112. HC 99.141 *RTJ* 218/351

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

PrPn *Exequatur* em carta rogatória de investigação criminal: processo em país estrangeiro. (...) ***Habeas corpus.*** HC 97.511 *RTJ* 218/339

Pn Exercício de múnus público. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Existência de material probatório nos autos: impossibilidade de exame. (...) ***Habeas corpus.*** HC 103.805 *RTJ* 218/375

Pn Existência de outra ação penal em curso: irrelevância. (...) ***Execução penal.*** HC 99.141 *RTJ* 218/351

PrSTF Existência de outro meio eficaz. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11

PrCv Existência de vício: análise. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

PrGr Existência jurídica, validez e eficácia do ato administrativo: questão preliminar. (...) ***Questão de ordem.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Exoneração. (...) ***Servidor público.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

Ct Explicitação de interpretação constitucional. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Pn Extensão. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Extensão da imunidade a governador: impossibilidade. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

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

Int Extinção da punibilidade: inocorrência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

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.*** Deferimento. Presidente da República: não vinculação à decisão do STF. Lei 6.815/1980, art. 89, *caput*: interpretação. Tratado Brasil-Itália: observância necessária. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Dupla tipicidade. Crimes de falsificação de títulos, uso indevido de títulos falsificados e fraude: estelionato. Crime de apropriação indébita: defraudação de penhor. Prescrição inocorrente. Prisão preventiva cumprida no Brasil: detração penal. Tratado Brasil-República da Coreia. CP/1940, art. 171, *caput* e § 2º, III. Ext 1.143 *RTJ* 218/26

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.*** Exame de mérito: impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Int ***Extradição.*** Filho brasileiro. Súmula 421 do STF. Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Int ***Extradição.*** Indeferimento parcial. Crime de violação de leis trabalhistas: ausência de dupla tipicidade. Furto: prescrição. Ext 1.143 *RTJ* 218/26

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.*** Instrução. Tradução deficiente. Potencial de dano semântico: ausência. Lei 6.815/1980, arts. 78, I e II, e 80, § 1º. Tratado Brasil-Itália, art. 10, n. 2. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF ***Extradição.*** Julgamento. Matéria constitucional. Voto do presidente do STF: necessidade. CF/1988, art. 5º, LII. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 146. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Possibilidade. Tratado: ausência. Promessa de reciprocidade. Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Int ***Extradição.*** Prescrição da pretensão executória: suspensão. Extinção da punibilidade: inocorrência. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Prisão perpétua. Comutação em pena não superior a trinta anos. Compromisso formal: necessidade. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Processo criminal no Brasil. Entrega do extraditando. Faculdade do presidente da República. Lei 6.815/1980, art. 89 c/c art. 67. Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Int ***Extradição.*** Reexame de prova: impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Lei 6.815/1980, art. 85, § 1º. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrGr Extradição em curso. (...) ***Questão de ordem.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição executória.*** Deferimento. Homicídio. Crime político: não caracterização. Natureza do fato: critério da preponderância. CF/1988, art. 5º, LII. Lei 6.815/1980, art. 77, VII e § 1º e § 2º. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição executória.*** Processo condenatório: nulidade inocorrente. Revelia: irrelevância. Comparecimento: caráter facultativo. Defensor constituído. Direito de defesa: exercício. Princípio do devido processo legal. Tratado Brasil-Itália, art. 5, *a*. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

F

Int Faculdade do presidente da República. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

PrPn Faculdade excepcional do acusado: hipóteses juridicamente previstas. (...) ***Defesa criminal.*** HC 102.019 *RTJ* 217/452

Cm ***Falência.*** Classificação dos créditos: ordem preferencial. Crédito trabalhista de até cento e cinquenta salários mínimos. Conversão em crédito quirografário. Função social da empresa e preservação dos postos de trabalho. Lei 11.101/2005, art. 83, I e VI, *c*. ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Cm ***Falência e recuperação judicial.*** Alienação judicial de empresa. Sucessão de obrigação trabalhista: inocorrência. Livre iniciativa e função social da propriedade: concreção. CF/1988, art. 170, III e IV. Lei 11.101/2005, arts. 60, parágrafo único, e 141, II. ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Ct ***Falência e recuperação judicial.*** Execução de crédito trabalhista. Reserva de lei complementar: ausência. CF/1988, art. 7º, I: ofensa inocorrente. Lei 11.101/2005. ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Pn Falsificação cometida por terceiro não beneficiário. (...) ***Prescrição.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrPn Falta disciplinar idêntica imputada a cúmplices: soluções opostas. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

Pn Falta grave: regressão de regime e perda dos dias remidos. (...) ***Execução penal.*** HC 100.545 *RTJ* 216/424

PrPn Fato concreto: ausência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 99.717 *RTJ* 218/362

PrPn Fato concreto: superação. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

PrPn Fato praticado no exercício da função. (...) ***Ação penal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426

PrCv Fazenda Pública. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.726-ED *RTJ* 218/152

PrCv Fazenda Pública. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 446-MC-AgR *RTJ* 217/11

Int Filho brasileiro. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

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 Fonte de recursos financeiros complementares: criação. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.855 *RTJ* 218/122

Ct Força normativa da Constituição. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Formação da *opinio delicti*. (...) ***Ministério Público.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

Ct Fornecimento gratuito de medicamento pelo Estado. (...) ***Direito à saúde.*** RE 607.381-AgR *RTJ* 218/589

PrSTF Foro por prerrogativa de função: perda. (...) ***Embargos de declaração.*** Inq 1.645-ED *RTJ* 218/37

Ct Função de chefia: inclusão do termo. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Cm Função social da empresa e preservação dos postos de trabalho. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrPn Fundamentação insuficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 99.717 *RTJ* 218/362 – HC 104.459 *RTJ* 218/386

PrCv Fundamentação suficiente. (...) ***Acórdão.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrPn Fundamentação suficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366 – HC 96.418 *RTJ* 218/610 – HC 98.145 *RTJ* 217/351 – HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrSTF Fundamento não impugnado. (...) ***Agravo regimental.*** STA 451-AgR *RTJ* 218/20

PrPn Fundamento novo: ausência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

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

Int Furto: prescrição. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

G

PrPn Garantia da ordem pública. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

PrPn Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

Ct Garantias constitucionais de caráter procedimental. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

Ct Generalidade e abstração: inexistência. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Governador. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Grande quantidade de processos: inviabilização da prestação jurisdicional em prazo razoável. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

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

PrCv Grave lesão à ordem jurídico-administrativa. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

TrPrv Guarda provisória: irrelevância. (...) ***Benefício previdenciário.*** MS 25.823 *RTJ* 217/281

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão. Empate na votação. Decisão mais favorável. HC 106.446 *RTJ* 218/397

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.*** Deferimento parcial. Tráfico de entorpecente: crime praticado na vigência da Lei 6.368/1976. Possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade: entendimento do STF. Decisão divergente pelo Tribunal de Justiça: recurso ao STJ. Análise dos requisitos subjetivos em recurso especial: impossibilidade. HC 96.011 *RTJ* 218/322

PrPn ***Habeas corpus.*** Demora no julgamento pelo STJ. Conduta omissiva do relator: inocorrência. Grande quantidade de processos: inviabili-

zação da prestação jurisdicional em prazo razoável. Recomendação: absoluta preferência para julgamento imediato. Princípio da razoável duração do processo. CF/1988, art. 5º, LXXVIII, redação da EC 45/2004. HC 101.726 *RTJ* 215/630

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Ação de reconhecimento de paternidade: alimentos e direito de visita. Efeito do recebimento de recurso de apelação contra decisão que reconheceu a paternidade. Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. CF/1988, art. 5º, LXVIII. HC 98.732-AgR *RTJ* 218/345

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Alegação de censura jornalística. Liberdade de locomoção por sítios informativos na internet: pretensão. Ameaça à liberdade de locomoção física: ausência. CF/1988, art. 5º, LXVIII. HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Autoridade coatora. Presidente do STF: não indicação de ato concreto. Desembargador de Tribunal de Justiça. Competência originária do STF: ausência. HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Incidente de insanidade mental: possibilidade excepcional. HC 102.936 *RTJ* 218/367

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Matéria de prova. RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrPn ***Habeas corpus.*** Matéria de prova. Análise de validade de laudo pericial de arma de fogo. HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrPn ***Habeas corpus.*** Matéria de prova. Existência de material probatório nos autos: impossibilidade de exame. HC 103.805 *RTJ* 218/375

PrPn ***Habeas corpus.*** Não conhecimento. *Exequatur* em carta rogatória de investigação criminal: processo em país estrangeiro. Paciente brasileiro nato e domiciliado no Brasil: impossibilidade de extradição. Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. HC 97.511 *RTJ* 218/339

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.*** Prejudicialidade inocorrente. Sentença condenatória superveniente: manutenção de prisão preventiva. Fundamento novo: ausência. HC 104.459 *RTJ* 218/386

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

PrPn ***Habeas corpus.*** Sessão de julgamento. Sustentação oral. Inversão da ordem: impossibilidade. Ministério Público: manifestação após a defesa. Direito de defesa: ofensa inocorrente. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrGr *Habeas corpus*: denegação. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrGr *Habeas corpus*: jurisprudência consolidada no STF. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

El Hipóteses: enumeração constitucional. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Homicídio. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF Honorários advocatícios: ação previdenciária. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 584.188-AgR *RTJ* 218/576

I

Ct Identidade de objeto: inconstitucionalidade em razão de incompletude. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

PrSTF Identidade de objeto: inocorrência. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

PrPn Ilegalidade ou abuso de poder: inocorrência. (...) ***Incidente de insanidade mental.*** HC 102.936 *RTJ* 218/367

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

PrSTF ***Impedimento.*** Inocorrência. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: processo de caráter objetivo. Ministro do STF. Atuação como ministro do TSE. Informações prestadas como presidente do TSE. Súmula 72 do STF. ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrPn Impedimento de magistrado por fato conhecido posteriormente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn Impedimento inocorrente. (...) ***Magistrado.*** HC 97.553 *RTJ* 216/390

Ct Impedimento ou suspeição: inaplicabilidade. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31 – 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 Predial e Territorial Urbano (IPTU). (...) ***Imunidade tributária.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

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*: ofensa. Lei estadual 8.299/2003/RN, art. 9º: nulidade sem redução de texto. ADI 2.866 *RTJ* 217/141

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Repartição de receita. Benefício fiscal: Programa de Desenvolvimento de Pernambuco (PRODEPE). Parcela pertencente ao Município: repasse integral obrigatório. Retenção pelo Estado: impossibilidade. CF/1988, art. 158, IV. STA 451-AgR *RTJ* 218/20

Trbt ***Imposto sobre Produto Industrializado (IPI).*** Insumo: tributação. Produto: alíquota zero ou isenção. Creditamento: impossibilidade. Período anterior à Lei 9.779/1999. Princípio da não cumulatividade: ofensa inocorrente. CF/1988, arts. 150, § 6º, e 153, § 3º, II. RE 475.551 *RTJ* 218/486

Trbt Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

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 ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** Não incidência. Contrato de afretamento de embarcação: modalidade "a casco nu". Locação de bem móvel. Lei 9.432/1997, art. 2º, I. Súmula Vinculante 31. RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

PrSTF Impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema: irrelevância. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Imunidade. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Imunidade formal: prerrogativa do presidente da República. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Pn Imunidade profissional: limite. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Trbt ***Imunidade tributária.*** Inocorrência. Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Serviço Social da Indústria (SESI). Terreno baldio: ausência de vinculação às finalidades essenciais da entidade. RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

Trbt ***Imunidade tributária.*** 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.*** Livros, jornais e periódicos. Materiais assimiláveis ao papel destinados a impressão: extensão. Inclusão de outros insumos: impossibilidade. CF/1988, art. 150, VI, *d*: interpretação. RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513

PrSTF Imunidade tributária. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

Trbt Imunidade tributária: inocorrência. (...) ***Contribuição social.*** RE 564.413 *RTJ* 218/523

Trbt ***Imunidade tributária recíproca.*** Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Serviço público de água e esgoto. Cobrança de tarifa: ausência de lucro. Atividade econômica: não configuração. CF/1988, art. 150, VI, *a*, e § 2º e § 3º. RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

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

Cv Inadmissibilidade. (...) ***Prisão civil.*** HC 96.772 *RTJ* 218/327

PrSTF Inadmissibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

Trbt Inaplicabilidade. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 518.325-AgR *RTJ* 217/554

PrPn Incapacidade civil do acusado. (...) ***Ação penal.*** HC 101.930 *RTJ* 216/430

Pn Incapacidade de causar interferência nos demais meios de comunicação. (...) ***Rádio comunitária.*** HC 104.530 *RTJ* 217/505

PrPn ***Incidente de insanidade mental.*** Indeferimento. Requisitos: ausência. Requerimento em fase recursal e fundamentado em notícia de internação. Dúvida razoável sobre a imputabilidade penal do acusado: ausência. Ilegalidade ou abuso de poder: inocorrência. Prin-

	cípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. CPPM/1969, art. 156, § 1º. HC 102.936 *RTJ* 218/367
PrPn	Incidente de insanidade mental: necessidade. (...) ***Ação penal.*** HC 101.930 *RTJ* 216/430
PrPn	Incidente de insanidade mental: possibilidade excepcional. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.936 *RTJ* 218/367
Trbt	Inclusão de outros insumos: impossibilidade. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513
PrGr	Incompatibilidade. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528
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
PrPn	Indeferimento. (...) ***Incidente de insanidade mental.*** HC 102.936 *RTJ* 218/367
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 – Ext 1.143 *RTJ* 218/26
Adm	Indenização. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581
PrSTF	Indicação dos responsáveis pelo descumprimento dos preceitos fundamentais: desnecessidade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11
PrPn	Individualização da conduta: ausência. (...) ***Denúncia.*** HC 105.953-MC *RTJ* 218/618
PrPn	Individualização suficiente da conduta. (...) ***Denúncia.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444
El	Inelegibilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31
PrPn	Inépcia. (...) ***Denúncia.*** HC 89.310 *RTJ* 218/203 – HC 105.953-MC *RTJ* 218/618
PrPn	Inépcia da denúncia. (...) ***Ação penal.*** HC 89.310 *RTJ* 218/203
PrPn	Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610 – RHC 101.358 *RTJ* 217/444
PrPn	Inércia da defesa: preclusão. (...) ***Processo criminal.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrSTF Inexistência de outro meio eficaz. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Infidelidade partidária. (...) ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** ADI 4.086 *RTJ* 218/157

PrSTF Informações prestadas como presidente do TSE. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31 – ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Informações sobre agentes das forças policiais e militares: ausência de impedimento. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

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

Ct Iniciativa legislativa concorrente: inexistência de reserva. (...) ***Processo legislativo.*** RE 328.896 *RTJ* 216/587

Ct Iniciativa parlamentar: legitimidade constitucional. (...) ***Processo legislativo.*** RE 328.896 *RTJ* 216/587

Pn Início do cumprimento da pena: inocorrência. (...) ***Extinção da punibilidade.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrPn Inimputabilidade penal: distinção. (...) ***Ação penal.*** HC 101.930 *RTJ* 216/430

PrSTF Inocorrência. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31 – ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Trbt Inocorrência. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

PrPn Inquérito policial: prescindibilidade. (...) ***Ação penal.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

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 de incentivo fiscal: possibilidade condicionada. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

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

Int Instrução. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

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

Trbt Insumo: tributação. (...) ***Imposto sobre Produto Industrializado (IPI).*** RE 475.551 *RTJ* 218/486

PrPn Integridade física do preso: ofensa. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

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

Ct Interferência do Poder Legislativo na função administrativa: ausência. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

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

Ct Interpretação conforme o momento histórico da edição da lei. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF Interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Pn Interrupção do prazo pelo acórdão que diminuiu a pena: inocorrência. (...) ***Extinção da punibilidade.*** HC 104.704 *RTJ* 217/513

Adm Intimação da atualização cadastral: regularidade. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

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

Ct Invalidade e ineficácia de ato baseado em norma declarada nula. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

Adm Invasão do imóvel rural após vistoria prévia: irrelevância. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

PrPn Inversão da ordem: impossibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Inversão da ordem legal em instrução criminal. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrGr Inversão tumultuária do procedimento. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Investigação pelo Ministério Público. (...) ***Ação penal.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

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

Ct ***Jornalista.*** Liberdade de informação e de crítica. Matéria jornalística meramente informativa: exposição de fatos e opinião crítica. Abuso da liberdade de manifestação do pensamento: inocorrência. Responsabilidade civil: improcedência da ação indenizatória. CF/1988, arts. 5º, IV, V, IX, X, e 220, § 1º e § 2º. AI 505.595 *RTJ* 216/590

PrGr Juiz eleitoral e suplente: exclusão. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Juizado Especial e Justiça comum da mesma seção judiciária: conflito de competência. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 590.409 *RTJ* 218/578

PrSTF Julgamento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn Julgamento: nulidade. (...) ***Júri.*** HC 103.805 *RTJ* 218/375

PrCv Juntada de cópia autenticada da procuração da ação originária: inadmissibilidade. (...) ***Ação rescisória.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

PrPn ***Júri.*** Julgamento: nulidade. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Excesso de linguagem: ausência. Princípio da soberania dos veredictos: ofensa inocorrente. CF/1988, arts. 5º, XXXVIII, *c*, e 93, IX. HC 103.805 *RTJ* 218/375

PrPn Justa causa. (...) ***Denúncia.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

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 Lavratura do auto: presença de representante da OAB. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct	Legitimidade. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11
PrPn	Legitimidade. (...) ***Prova criminal.*** AI 626.214-AgR *RTJ* 217/579
PrSTF	Legitimidade ativa. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31
PrPn	Legitimidade concorrente. (...) ***Ação penal.*** HC 100.588 *RTJ* 217/426
PrSTF	Lei 6.683/1979: abrangência. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11
Ct	Lei 6.683/1979, art. 1º, § 1º. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11
Pn	Lei 6.683/1979, art. 1º, § 1º: interpretação. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11
Int	Lei 6.815/1980, art. 77, II. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64
Int	Lei 6.815/1980, art. 77, VII e § 1º e § 2º. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177
Ct	Lei 6.815/1980, art. 77, § 2º. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177
Int	Lei 6.815/1980, arts. 78, I e II, e 80, § 1º. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177
Int	Lei 6.815/1980, art. 85, § 1º. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177
Int	Lei 6.815/1980, art. 89, *caput*: interpretação. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177
Int	Lei 6.815/1980, art. 89 c/c art. 67. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26
PrGr	Lei 8.038/1990, art. 38. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610
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 8.429/1992: constitucionalidade formal. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60
Ct	Lei 8.429/1992, art. 20. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31
PrCv	Lei 8.437/1992, art. 4º, § 3º. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.726-ED *RTJ* 218/152
Adm	Lei 8.629/1993, art. 7º. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

PrPn Lei 9.099/1995. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Ct Lei 9.424/1996, arts. 1º, § 1º, e 6º. (...) ***Ministério Público estadual.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102

Trbt Lei 9.432/1997, art. 2º, I. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Pn Lei 9.441/1997, art. 1º, I. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 100.004 *RTJ* 217/420

Adm Lei 9.472/1997. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Pn Lei 9.472/1997, art. 183. (...) ***Rádio comunitária.*** HC 104.530 *RTJ* 217/505

Int Lei 9.474/1997, arts. 1º e 3º. (...) ***Refúgio.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Lei 9.474/1997, art. 33: interpretação. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

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

PrSTF Lei 9.882/1999, art. 2º, I. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Lei 9.882/1999, art. 3º, V. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11 – ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Lei 10.259/2001, arts. 21, 22 e 26. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 590.409 *RTJ* 218/578

Pn Lei 10.826/2003, art. 14, *caput*. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

PrPn Lei 10.826/2003, art. 16. (...) ***Ação penal.*** HC 102.422 *RTJ* 217/459

Ct Lei 11.101/2005. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Cm Lei 11.101/2005, arts. 60, parágrafo único, e 141, II. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Cm Lei 11.101/2005, art. 83, I e VI, *c*. (...) ***Falência.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

PrPn Lei 11.343/2006, art. 44. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 99.717 *RTJ* 218/362

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

Ct Lei Complementar 64/1990, arts. 1º, I, *d*, *e* e *h*, e 15. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Lei Complementar 64/1990, arts. 1º, I, *d*, *e*, *g* e *h*, e 15. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *g*. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

El Lei Complementar 64/1990, art. 22: inaplicabilidade. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

Adm Lei Complementar 101/2000, arts. 20, II, *b*, e 23, § 3º. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Ct Lei 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

Ct Lei da Anistia. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Pn ***Lei da Anistia.*** Extensão. Crime comum contra opositor político: inclusão. Crimes conexos a crimes políticos: significado. Caráter bilateral: anistia ampla e geral. Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. Lei 6.683/1979, art. 1º, § 1º: interpretação. ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct ***Lei da Anistia.*** Legitimidade. Autoanistia: não configuração. Princípio democrático e republicano: ofensa inocorrente. Emenda Constitucional 26/1985, art. 4º, § 1º: confirmação da Lei 6.683/1979. ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct ***Lei da Anistia.*** Natureza. Lei-medida: lei em sentido formal. Generalidade e abstração: inexistência. Interpretação conforme o momento histórico da edição da lei. CF/1988, art. 5º, XLIII: inaplicabilidade. ADPF 153 *RTJ* 216/11

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. (...) ***Execução penal.*** HC 99.141 *RTJ* 218/351

Pn Lei de Execução Penal (LEP), art. 112. (...) ***Regime prisional.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

Adm ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** Poder Judiciário estadual: descumprimento. Restrição a operação de crédito do Poder Executivo estadual: impossibilidade. Princípio da intranscendência: ofensa. Lei Complementar 101/2000, arts. 20, II, *b*, e 23, § 3º. AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

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 7.604/2001/MT: inconstitucionalidade. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.855 *RTJ* 218/122

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

Ct Lei estadual 12.385/2002/SC, arts. 2º, 3º, 7º, 8º e 9º: inconstitucionalidade. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct Lei estadual 12.385/2002/SC, arts. 4º, 5º e 6º. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

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

PrPn Lei Orgânica do Distrito Federal, art. 60, XXIII: inconstitucionalidade declarada na ADI 1.020. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrSTF Lei temporária com efeito exaurido. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Ct Lei-medida: lei em sentido formal. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrSTF Levantamento parcial via precatório da parte incontroversa. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 172-AgR *RTJ* 216/156

Ct Liberdade de imprensa e direitos da personalidade. (...) ***Direitos fundamentais.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

Ct Liberdade de informação e de crítica. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

PrPn Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 97.511 *RTJ* 218/339 – HC 98.732-AgR *RTJ* 218/345

PrPn Liberdade de locomoção por sítios informativos na internet: pretensão. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

PrCv Liberdade religiosa e direito à educação: ofensa inocorrente. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

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

Cm Livre iniciativa e função social da propriedade: concreção. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Trbt Livros, jornais e periódicos. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513

Trbt Locação de bem móvel. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Int Local do crime: território reivindicado pela Autoridade Nacional Palestina. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Ct Loman/1979, arts. 27 e 40. (...) ***Magistrado.*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

Ct Loman/1979, art. 33, parágrafo único. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

Adm Lotação provisória por decisão judicial: gravidez de alto risco. (...) ***Servidor público.*** STA 507-AgR *RTJ* 217/15

Trbt Lucro decorrente de exportação. (...) ***Contribuição social.*** RE 564.413 *RTJ* 218/523

M

Ct ***Magistrado.*** Aposentadoria compulsória imposta pelo CNJ: suspensão cautelar. Conselho Nacional de Justiça (CNJ): supressão da competência disciplinar do Tribunal de Justiça. Autogoverno da magistratura. CF/1988, arts. 93, VIII, e 103-B, § 4º, III. Loman/1979, arts. 27 e 40. MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

PrPn ***Magistrado.*** Impedimento inocorrente. Atuação em fase pré-processual. Delação premiada em ação conexa. CPP/1941, art. 252: rol taxativo. HC 97.553 *RTJ* 216/390

PrCv Mandado de injunção. (...) ***Agravo regimental.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrCv ***Mandado de segurança.*** Cabimento. Desapropriação. Reforma agrária. Procedimento administrativo perante o Incra. Existência de vício: análise. MS 25.391 *RTJ* 218/187

PrPn Mandado judicial: abrangência das sedes das empresas. (...) ***Prova criminal.*** HC 96.407 *RTJ* 215/623

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

PrPn Manutenção. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

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

PrSTF Matéria constitucional. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn Matéria de prova. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415 – RHC 101.358 *RTJ* 217/444 – HC 103.805 *RTJ* 218/375

PrSTF Matéria de prova. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581 – RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

PrSTF Matéria infraconstitucional. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 584.188-AgR *RTJ* 218/576

Ct Matéria jornalística meramente informativa: exposição de fatos e opinião crítica. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

Ct Matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 1.759 *RTJ* 217/110 – ADI 2.730 *RTJ* 215/604 – ADI 2.855 *RTJ* 218/122

Ct Matéria tributária. (...) ***Processo legislativo.*** RE 328.896 *RTJ* 216/587

Trbt Materiais assimiláveis ao papel destinados a impressão: extensão. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 327.414-AgR *RTJ* 216/513

PrPn Materialidade dos fatos e indícios de autoria. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

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

PrPn Medidas despenalizadoras: inaplicabilidade. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrSTF Memorando de entendimento ou protocolo de intenções entre Brasil e Japão. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrCv Mérito da causa: impossibilidade de rediscussão. (...) ***Embargos de declaração.*** Inq 1.645-ED *RTJ* 218/37

Ct Mérito da decisão e modulação dos efeitos: juízos autônomos. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Adm Mérito das questões: impossibilidade de revisão judicial. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

Ct Militar com menos de dez anos de serviço. (...) ***Direitos políticos.*** RE 279.469 *RTJ* 218/443

Adm Ministério da Justiça e Estado-membro. (...) ***Convênio.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

Ct ***Ministério Público.*** Controle interno pelo Poder Executivo: impossibilidade. Autonomia administrativa, financeira e orçamentária: prerrogativas constitucionais. CF/1988, art. 127, § 2º e § 3º, redação da EC 19/1998. Constituição do Estado do Rio Grande do Norte/1989, art. 55, § 1º, expressões "e do Ministério Público" e "e do Poder Executivo": suspensão cautelar. ADI 2.513-MC *RTJ* 218/109

Ct ***Ministério Público.*** Poderes de investigação. Controle externo da atividade policial. Formação da *opinio delicti*. Usurpação de atribuição da polícia judiciária: inocorrência. Presidência de inquérito policial: atribuição privativa da autoridade policial. Controle jurisdicional: possibilidade. CF/1988, arts. 129 e 144, § 1º, IV: inteligência. HC 89.837 *RTJ* 218/272

PrPn Ministério Público: manifestação após a defesa. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

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.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31 – ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Modelo bifásico. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Ct Modelo brasileiro: prevalência da Casa iniciadora. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60

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

PrGr Momento posterior ao voto do relator. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Morte de detento em rebelião. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

El Morte de parlamentar: sucessão da vaga na Câmara dos Deputados. (...) ***Partido político.*** MS 27.938 *RTJ* 215/612

Adm Motivação: necessidade. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Motivo ligado ao exercício da profissão. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr MS 27.875: prejudicialidade. (...) ***Questão de ordem.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

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

El Mudança de partido político no curso do mandato: justa causa. (...) ***Partido político.*** MS 27.938 *RTJ* 215/612

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

PrSTF Não conhecimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204 – ADI 3.944 *RTJ* 216/252

PrCv Não conhecimento. (...) ***Agravo regimental.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrPn Não conhecimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 97.511 *RTJ* 218/339 – HC 104.404 *RTJ* 217/499

Trbt Não incidência. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

PrPn Narração genérica. (...) ***Denúncia.*** HC 105.953-MC *RTJ* 218/618

PrPn Narração genérica: ausência de base fática. (...) ***Ação penal.*** HC 89.310 *RTJ* 218/203

Ct Natureza. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Int Natureza: ato administrativo vinculado. (...) ***Refúgio.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Natureza do fato: critério da preponderância. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Nepotismo: vedação. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct Nepotismo: vedação. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** ADC 12 *RTJ* 215/11

TrPrv Neta de servidora falecida durante período de guarda provisória de cinco anos. (...) ***Benefício previdenciário.*** MS 25.823 *RTJ* 217/281

PrSTF Nexo de causalidade: discussão. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF Norma impugnada anterior à ECR 4/1994: descabimento de ADI. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Norma impugnada declarada constitucional na ADI 3.768. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Adm Norma que confere pontuação extra aos servidores municipais: declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça. (...) ***Servidor público.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

Adm Notificação de vistoria prévia: recebimento por advogado com poderes de representação. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

Pn Novo processo: desnecessidade. (...) ***Execução penal.*** HC 98.067 *RTJ* 217/347

Ct Novo projeto de lei: não caracterização. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60

Adm Novos recursos por candidatos prejudicados: ausência de previsão no edital. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

PrPn Nulidade. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrSTF Nulidade da lei inconstitucional: regra. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

Adm Nulidade do concurso público. (...) ***Servidor público.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411 – 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

PrPn Objeto do mandado: necessidade de especificação mínima. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn Objeto do mandado: residência do investigado. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn Obstrução da apuração dos fatos em inquérito policial. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Oitiva do investigado: ausência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

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

Adm ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções. Requisição de cópias de peças e documentos. Motivação: necessidade. Compatibilidade com as finalidades da lei: requisito. Recolhimento do custo: condição. Documentos sigilosos: impossibilidade. Estatuto da OAB, art. 50, expressão "requisitar": interpretação conforme à Constituição. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Organização administrativa do Estado. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrPn Organização criminosa: elementos concretos nos autos. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

PrCv Original apresentado em Secretaria de tribunal diverso. (...) ***Agravo regimental.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

Adm Outorga ou renovação de concessão de serviço de radiodifusão de sons e imagens: inocorrência. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

P

PrPn Paciente brasileiro nato e domiciliado no Brasil: impossibilidade de extradição. (...) ***Habeas corpus.*** HC 97.511 *RTJ* 218/339

Cv Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 11. (...) ***Prisão civil.*** HC 96.772 *RTJ* 218/327

Ct Pagamento de crédito decorrente de desapropriação. (...) ***Precatório.*** Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

Trbt Parcela pertencente ao Município: repasse integral obrigatório. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** STA 451-AgR *RTJ* 218/20

El ***Partido político.*** Morte de parlamentar: sucessão da vaga na Câmara dos Deputados. Mudança de partido político no curso do mandato: justa causa. Transferência da vaga ao novo partido: descabimento. MS 27.938 *RTJ* 215/612

PrSTF Peça informativa prevista em ato infralegal. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

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

Pn ***Pena.*** Dosimetria. Roubo tentado. Percurso do *iter criminis*: critério de redução da pena. CP/1940, art. 14. HC 95.960 *RTJ* 218/314

PrPn Pena privativa de liberdade cominada entre dois e quatro anos. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

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

Pn Percurso do *iter criminis*: critério de redução da pena. (...) ***Pena.*** HC 95.960 *RTJ* 218/314

Trbt Período anterior à Lei 9.779/1999. (...) ***Imposto sobre Produto Industrializado (IPI).*** RE 475.551 *RTJ* 218/486

PrSTF Pertinência temática: funcionamento do Poder Judiciário. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Pessoa jurídica de direito público: titularidade. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

Ct Pessoa sem recursos financeiros. (...) ***Direito à saúde.*** RE 607.381-AgR *RTJ* 218/589

PrSTF Petição inicial: declaração de inconstitucionalidade formal. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60

Adm Poder Judiciário estadual: descumprimento. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

PrGr Poder Judiciário, Juizado Especial e Justiça de Paz. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Poderes de investigação. (...) ***Ministério Público.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

Int Posição hierárquica. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Pn Posse ilegal de arma de fogo: configuração. (...) ***Estatuto do Desarmamento.*** HC 100.008 *RTJ* 216/415

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 exame após o julgamento da ação penal. (...) ***Denúncia.*** HC 89.310 *RTJ* 218/203

PrPn Possibilidade de fuga: elementos concretos nos autos. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.145 *RTJ* 217/351

PrPn Possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade: entendimento do STF. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.011 *RTJ* 218/322

Int Potencial de dano semântico: ausência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF Potencialidade de dano inverso à economia pública: atualização monetária e juros moratórios. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 172-AgR *RTJ* 216/156

Pn Prazo: termo inicial. (...) ***Prescrição.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361

PrCv Prazo em dobro: inadmissibilidade. (...) ***Suspensão de segurança.*** SS 3.726-ED *RTJ* 218/152

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

PrSTF Prejudicialidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

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

PrPn Prejuízo não demonstrado. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.684 *RTJ* 216/411

Pn ***Prescrição.*** Prazo: termo inicial. Crime de estelionato previdenciário. Falsificação cometida por terceiro não beneficiário. Crime instantâneo de efeitos permanentes. HC 91.716 *RTJ* 216/361

Pn Prescrição da pretensão executória. (...) ***Extinção da punibilidade.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

Int Prescrição da pretensão executória: suspensão. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF Prescrição dos crimes previstos na Lei da Anistia: aferição posterior ao julgamento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

Int Prescrição inocorrente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

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

PrGr Presença de advogado em todos os atos jurisdicionais: não obrigatoriedade. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Presença de representante da OAB. (...) ***Busca e apreensão.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Presidência de inquérito policial: atribuição privativa da autoridade policial. (...) ***Ministério Público.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

Int Presidente da República: não vinculação à decisão do STF. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Presidente da República do Sudão. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

PrPn Presidente do STF: não indicação de ato concreto. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.231-MC *RTJ* 216/574

Adm Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Pressupostos. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrCv Pressupostos inocorrentes. (...) ***Embargos de declaração.*** Inq 1.645-ED *RTJ* 218/37

PrPn Prestação de auxílio a integrantes de organização criminosa. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 106.446 *RTJ* 218/397

PrPn Prevenção. (...) ***Competência criminal.*** HC 103.510 *RTJ* 217/486

TrPrv Prévio indeferimento administrativo: desnecessidade. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 549.055-AgR *RTJ* 218/520

Pn Princípio da adequação social: inaplicabilidade. (...) ***Crime contra a propriedade intelectual.*** HC 98.898 *RTJ* 216/404

PrPn Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

PrPn Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Princípio da ampla defesa e da presunção de inocência: ofensa. (...) ***Denúncia.*** HC 105.953-MC *RTJ* 218/618

El Princípio da anterioridade eleitoral: ofensa inocorrente. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

PrGr Princípio da colegialidade: ofensa inocorrente. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 91.716 *RTJ* 216/361 – HC 96.418 *RTJ* 218/610

Adm Princípio da continuidade e adequabilidade do serviço público. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Ct Princípio da dignidade da pessoa humana: ofensa inocorrente. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

El Princípio da divisão funcional dos Poderes e da não culpabilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

Ct Princípio da independência e harmonia dos Poderes e princípio federativo: ofensa inocorrente. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

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 insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

Adm	Princípio da intranscendência: ofensa. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196
Pn	Princípio da isonomia. (...) ***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
Pn	Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11
Adm	Princípio da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa. (...) ***Concurso público.*** ADI 4.178-MC-REF *RTJ* 217/246
PrCv	Princípio da isonomia e da neutralidade do Estado. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165
Ct	Princípio da não culpabilidade. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31
Ct	Princípio da não culpabilidade: eficácia irradiante extrapenal. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31
Trbt	Princípio da não cumulatividade: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto sobre Produto Industrializado (IPI).*** RE 475.551 *RTJ* 218/486
Ct	Princípio da ordem econômica. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20
Pn	Princípio da presunção de inocência: ofensa. (...) ***Execução penal.*** HC 99.141 *RTJ* 218/351
PrPn	Princípio da presunção de inocência: ofensa. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 99.717 *RTJ* 218/362
PrPn	Princípio da razoável duração do processo. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630
PrSTF	Princípio da segurança jurídica. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11
Ct	Princípio da segurança jurídica. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162
Ct	Princípio da simetria. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604
PrSTF	Princípio da singularidade dos recursos: ofensa. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

PrPn Princípio da soberania dos veredictos: ofensa inocorrente. (...) ***Júri.*** HC 103.805 *RTJ* 218/375

PrSTF Princípio da subsidiariedade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11 – ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Princípio da subsidiariedade. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** MS 28.801-MC *RTJ* 216/557

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

Ct Princípio democrático e republicano: ofensa inocorrente. (...) ***Lei da Anistia.*** ADPF 153 *RTJ* 216/11

PrPn Princípio do contraditório e da ampla defesa. (...) ***Execução penal.*** HC 96.328 *RTJ* 217/340

Adm Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

Int Princípio do devido processo legal. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Princípio do devido processo legal: observância necessária. (...) ***Convênio.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

PrPn Princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (...) ***Incidente de insanidade mental.*** HC 102.936 *RTJ* 218/367

PrPn Princípio republicano. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

Ct Princípios da administração pública no âmbito do Poder Judiciário: aplicação. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

PrPn ***Prisão cautelar.*** Imunidade. Trânsito em julgado da sentença condenatória: prerrogativa do presidente da República. Extensão da imunidade a governador: impossibilidade. Lei Orgânica do Distrito Federal, art. 60, XXIII: inconstitucionalidade declarada na ADI 1.020. HC 102.732 *RTJ* 216/436

Cv ***Prisão civil.*** Inadmissibilidade. Depositário infiel: voluntário ou judicial. Súmula 619 do STF: revogação declarada no HC 92.566. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 7º, 7. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 11. HC 96.772 *RTJ* 218/327

PrPn ***Prisão em flagrante.*** Advogado. Motivo ligado ao exercício da profissão. Lavratura do auto: presença de representante da OAB. Crime

afiançável: impossibilidade. Estatuto da OAB, art. 7º, IV e § 3º. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn ***Prisão especial.*** Advogado. Sala de Estado Maior. Reconhecimento das instalações pela OAB: impossibilidade. Estatuto da OAB, art. 7º, V, expressão "assim reconhecidas pela OAB": inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Prisão perpétua. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn ***Prisão preventiva.*** Caráter excepcional. Prestação de auxílio a integrantes de organização criminosa. Aplicação de medidas cautelares menos gravosas: suficiência. CPP/1941, arts. 282, § 6º, e 319, I, II e III, redação da Lei 12.403/2011: inteligência. HC 106.446 *RTJ* 218/397

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação insuficiente. Conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública. Fato concreto: superação. Sentença condenatória superveniente: ausência de fundamento novo. HC 104.459 *RTJ* 218/386

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação insuficiente. Fato concreto: ausência. Tráfico de entorpecente: excepcionalidade à proibição de liberdade provisória. Princípio da presunção de inocência: ofensa. Lei 11.343/2006, art. 44. CPP/1941, art. 312. CF/1988, art. 5º, LVIII. HC 99.717 *RTJ* 218/362

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Aplicação da lei penal: fuga do acusado. CPP/1941, art. 312. HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública. Materialidade dos fatos e indícios de autoria. Organização criminosa: elementos concretos nos autos. CPP/1941, art. 312. HC 96.418 *RTJ* 218/610

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 ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Obstrução da apuração dos fatos em inquérito policial. Conveniência da medida: elementos concretos nos autos. CPP/1941, art. 312. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn ***Prisão preventiva.*** Governador. Autorização prévia da Assembleia Legislativa: desnecessidade. Imunidade formal: prerrogativa do presidente da República. Princípio republicano. CF/1988, art. 51, I: norma não reproduzível pelos Estados-membros. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn ***Prisão preventiva.*** Manutenção. Ciência prévia do destinatário: desnecessidade. Oitiva do investigado: ausência. Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn ***Prisão preventiva.*** Nulidade inocorrente. Impedimento de magistrado por fato conhecido posteriormente. HC 95.254 *RTJ* 216/366

PrPn ***Prisão preventiva.*** Uso indevido de algemas. Integridade física do preso: ofensa. Súmula Vinculante 11. HC 104.459 *RTJ* 218/386

Int Prisão preventiva cumprida no Brasil: detração penal. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Ct Probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato: ofensa inocorrente. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrCv Procedimento administrativo perante o Incra. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

Ct Procedimento de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo: regulamentação determinada no MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604. (...) ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** ADI 4.086 *RTJ* 218/157

PrPn Procedimento sumaríssimo: aplicabilidade. (...) ***Processo criminal.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Int Processo condenatório: nulidade inocorrente. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn ***Processo criminal.*** Crime cometido contra idoso. Pena privativa de liberdade cominada entre dois e quatro anos. Procedimento sumaríssimo: aplicabilidade. Celeridade processual: benefício ao idoso. Medidas despenalizadoras: inaplicabilidade. Lei 9.099/1995. Estatuto do Idoso, art. 94: interpretação conforme à Constituição com redução de texto. ADI 3.096 *RTJ* 216/204

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Audiência de instrução e julgamento. Entrevista prévia e reservada com defensor: ausência. Direito relacionado ao interrogatório. Prejuízo não demonstrado. Cerceamento de defesa: inocorrência. CPP/1941, art. 563. HC 99.684 *RTJ* 216/411

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

Int Processo criminal no Brasil. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Ct Processo de caráter objetivo. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31 – 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

El ***Processo eleitoral.*** Inelegibilidade. Hipóteses: enumeração constitucional. Exame da vida pregressa de candidato a cargo político: necessidade de lei complementar. Princípio da divisão funcional dos Poderes e da não culpabilidade. CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994: não autoaplicabilidade. Súmula 13 do TSE. ADPF 144 *RTJ* 215/31

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

Ct ***Processo legislativo.*** Matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo. Organização administrativa do Estado. Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca. Princípio da simetria. CF/1988, art. 61, § 1º, II, *e*. Lei estadual 12.385/2002/SC, arts. 2º, 3º, 7º, 8º e 9º: inconstitucionalidade. ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct ***Processo legislativo.*** Matéria tributária. Iniciativa legislativa concorrente: inexistência de reserva. Iniciativa parlamentar: legitimidade constitucional. RE 328.896 *RTJ* 216/587

Ct ***Processo legislativo.*** Projeto de lei de iniciativa do Poder Judiciário. Matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo. Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça. Fonte de recursos financeiros complementares: criação. CF/1988, arts. 165, III, § 5º, I, e § 9º; 167, II; e 168: ofensa. Lei estadual 7.604/2001/MT: inconstitucionalidade. ADI 2.855 *RTJ* 218/122

Ct ***Processo legislativo.*** Sistema bicameral. Modelo brasileiro: prevalência da Casa iniciadora. Emenda substitutiva: alteração formal. Novo projeto de lei: não caracterização. Apreciação e encaminhamento à sanção do presidente da República. CF/1988, art. 65: ofensa inocorrente. Lei 8.429/1992: constitucionalidade formal. ADI 2.182 *RTJ* 218/60

PrCv Procuração com poderes especiais: necessidade. (...) ***Ação rescisória.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

Adm Procurador da República. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

Trbt Produto: alíquota zero ou isenção. (...) ***Imposto sobre Produto Industrializado (IPI).*** RE 475.551 *RTJ* 218/486

Trbt Produtor rural: pessoa natural. (...) ***Contribuição social.*** RE 363.852 *RTJ* 217/524

Ct Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

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

Pn Progressão de regime: requisitos. (...) ***Execução penal.*** HC 99.141 *RTJ* 218/351

Ct Proibição de publicação de dados apurados em inquérito policial sob segredo de justiça: ação inibitória. (...) ***Direitos fundamentais.*** Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

Ct Proibição de revista íntima em empregado. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 2.947 *RTJ* 217/150

Ct Projeto de lei de iniciativa do Poder Judiciário. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.855 *RTJ* 218/122

Adm Projeto de manejo florestal sustentável: não comprovação. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

Int Promessa de reciprocidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

PrCv Propositura. (...) ***Ação rescisória.*** AR 2.236-ED *RTJ* 216/188

PrCv Protocolização tardia na Secretaria do STF. (...) ***Agravo regimental.*** SS 3.528-AgR-ED *RTJ* 217/225

PrPn ***Prova criminal.*** Busca e apreensão. Escritório de advocacia. Objeto do mandado: necessidade de especificação mínima. HC 91.610 *RTJ* 216/346

PrPn ***Prova criminal.*** Busca e apreensão. Escritório de advocacia: extensão da empresa investigada. Mandado judicial: abrangência das sedes das empresas. Prova ilícita: ausência. HC 96.407 *RTJ* 215/623

PrPn ***Prova criminal.*** Busca e apreensão. Nulidade. Escritório de advocacia: equívoco na indicação do endereço. Objeto do mandado: re-

sidência do investigado. Desentranhamento do material colhido. HC 91.610 *RTJ* 216/346

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

PrPn Prova ilícita: ausência. (...) ***Prova criminal.*** HC 96.407 *RTJ* 215/623

Adm Prova objetiva: modificação do gabarito preliminar. (...) ***Concurso público.*** MS 27.260 *RTJ* 216/332

Adm Proventos integrais: impossibilidade de transformação em proporcionais. (...) ***Aposentadoria.*** RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

Ct Pulsos telefônicos excedentes: discriminação. (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

Q

PrGr ***Questão de ordem.*** Concessão de refúgio pelo ministro da Justiça. Extradição em curso. Existência jurídica, validez e eficácia do ato administrativo: questão preliminar. MS 27.875: prejudicialidade. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

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

Trbt Receita e lucro: distinção. (...) ***Contribuição social.*** RE 564.413 *RTJ* 218/523

PrPn Receptação qualificada: comerciante. (...) ***Denúncia.*** RHC 101.358 *RTJ* 217/444

PrSTF ***Reclamação.*** Descabimento. Decisão na ADPF 130. Identidade de objeto: inocorrência. Rcl 9.428 *RTJ* 216/279

PrSTF ***Reclamação.*** Descabimento. Súmula sem efeito vinculante. Resolução do STF. Suporte constitucional: ausência. Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Ct Reclamação: cabimento excepcional. (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

Adm Recolhimento do custo: condição. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Trbt Recolhimento por sub-rogação do adquirente: não obrigatoriedade. (...) ***Contribuição social.*** RE 363.852 *RTJ* 217/524

PrPn Recomendação: absoluta preferência para julgamento imediato. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

PrPn Reconhecimento das instalações pela OAB: impossibilidade. (...) ***Prisão especial.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Reconhecimento de inelegibilidade: necessidade de trânsito em julgado. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

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 extraordinário.*** Matéria de prova. Imunidade tributária. Entidade de educação: atendimento à população mais abastada. Súmula 279 do STF. RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria de prova. Responsabilidade civil do Estado. Nexo de causalidade: discussão. Súmula 279 do STF. AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Honorários advocatícios: ação previdenciária. Súmula 111 do STJ. RE 584.188-AgR *RTJ* 218/576

Ct ***Recurso extraordinário.*** Súmula do STJ. Declaração de inconstitucionalidade: descabimento. Caráter normativo: ausência. RE 584.188-AgR *RTJ* 218/576

PrCv Recurso extraordinário sobrestado na origem: juízo de inadmissibilidade. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrSTF Recurso ordinário no TST: não esgotamento. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 735.760-AgR *RTJ* 217/583

Pn Recusa ao trabalho: justificativa não analisada. (...) ***Execução penal.*** HC 100.545 *RTJ* 216/424

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

Int Reexame de prova: impossibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Reforma agrária. (...) ***Desapropriação.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

PrCv Reforma agrária. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 25.391 *RTJ* 218/187

Pn *Reformatio in pejus*: configuração. (...) ***Pena.*** HC 99.925 *RTJ* 217/413

Int ***Refúgio.*** Natureza: ato administrativo vinculado. Controle jurisdicional: cabimento. Asilo: distinção. Lei 9.474/1997, arts. 1º e 3º. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Regência: lei vigente ao implemento das condições. (...) ***Aposentadoria.*** RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

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

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 146. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrGr Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 192, *caput*, redação da Emenda Regimental 30/2009. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 96.418 *RTJ* 218/610

PrCv Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 317, § 1º. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Ct Rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Relação com as regras da Constituição Federal: questões. (...) ***Tribunal Penal Internacional.*** Pet 4.625 *RTJ* 218/595

Int Relação com o direito interno. (...) ***Tratado internacional.*** MI 772-AgR *RTJ* 216/181

PrSTF Relatório do Comitê de Desenvolvimento do SBTVD: ausência de publicação. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Ct Relatório final. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

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

Trbt Repartição de receita. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** STA 451-AgR *RTJ* 218/20

PrCv Repercussão geral: ausência. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Pn Reprovabilidade da conduta. (...) ***Roubo qualificado.*** HC 97.190 *RTJ* 216/374

PrPn Requerimento em fase recursal e fundamentado em notícia de internação. (...) ***Incidente de insanidade mental.*** HC 102.936 *RTJ* 218/367

Adm Requisição de cópias de peças e documentos. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Requisição para comparecimento do réu preso: ausência. (...) ***Instrução criminal.*** HC 104.404 *RTJ* 217/499

PrPn Requisitos: ausência. (...) ***Incidente de insanidade mental.*** HC 102.936 *RTJ* 218/367

Ct Reserva de lei complementar: ausência. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Ct Resolução 7/2005-CNJ. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct Resolução 7/2005-CNJ, art. 2º, II, III, IV e V: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct Resolução 21.702/2004-TSE. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Resolução 22.610/2007-TSE e Resolução 22.733/2008-TSE. (...) ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** ADI 4.086 *RTJ* 218/157

PrSTF Resolução do STF. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrSTF Resolução do TSE. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162 – ADI 4.086 *RTJ* 218/157

El Resolução do TSE: norma interpretativa. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

Ct Responsabilidade civil: improcedência da ação indenizatória. (...) ***Jornalista.*** AI 505.595 *RTJ* 216/590

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Indenização. Morte de detento em rebelião. Complexo Penitenciário do Carandiru. AI 299.125 *RTJ* 216/581

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Pressupostos. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo. CF/1988, art. 37, § 6º. AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF Responsabilidade civil do Estado. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

Adm Responsabilidade objetiva. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrSTF Restrição à gratuidade do transporte coletivo urbano e semiurbano ao idoso. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.096 *RTJ* 216/204

Adm Restrição a operação de crédito do Poder Executivo estadual: impossibilidade. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Trbt Retenção pelo Estado: impossibilidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** STA 451-AgR *RTJ* 218/20

Int Revelia: irrelevância. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Revisões periódicas dos coeficientes: necessidade. (...) ***Fundo de Participação dos Estados.*** ADI 875 *RTJ* 217/20

PrSTF Revogação tácita pela Lei 9.099/1995. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Pn ***Roubo qualificado.*** Concurso de agentes. Crime complexo. Bem de pequeno valor. Reprovabilidade da conduta. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. CP/1940, art. 157, § 2º, II. HC 97.190 *RTJ* 216/374

Pn Roubo tentado. (...) ***Pena.*** HC 95.960 *RTJ* 218/314

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 Sala de Estado Maior. (...) ***Prisão especial.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Sala especial para advogado. (...) ***Administração pública.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

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

PrPn Sentença condenatória superveniente: ausência de fundamento novo. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

PrPn Sentença condenatória superveniente: manutenção de prisão preventiva. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

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 ***Serviço público.*** Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD). Transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão analógica. Veiculação simultânea da programação nas tecnologias analógica e digital. Consignação temporária de mais um canal de radiofrequência às atuais concessionárias. Outorga ou renovação de concessão de serviço de radiodifusão de sons e imagens: inocorrência. Apreciação pelo Congresso Nacional: desnecessidade. Princípio da continuidade e adequabilidade do serviço público. CF/1988, art. 220, § 5º: ofensa inocorrente. Lei 9.472/1997. Decreto 5.820/2006, arts. 7º, 8º, 9º e 10. ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Trbt Serviço público de água e esgoto. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 399.307-AgR *RTJ* 216/529

Trbt Serviço Social da Indústria (SESI). (...) ***Imunidade tributária.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

Adm Servidor público. (...) ***Aposentadoria.*** RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

Adm ***Servidor público.*** Exoneração. Nulidade do concurso público. Norma que confere pontuação extra aos servidores municipais: declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça. RE 348.468 *RTJ* 216/518

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. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Sessão de julgamento: réu representado por mais de um advogado. (...) ***Apelação criminal.*** HC 99.271 *RTJ* 217/406

Ct Sistema bicameral. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.182 *RTJ* 218/60

Adm Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD). (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Int Sistema de contenciosidade limitada. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177 – Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Ct Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.855 *RTJ* 218/122

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

Ct Solidariedade passiva entre os entes federativos. (...) ***Direito à saúde.*** RE 607.381-AgR *RTJ* 218/589

Trbt Substituição de contribuições existentes da mesma espécie: Sistema "S". (...) ***Contribuição social.*** ADI 1.924-MC *RTJ* 217/114

PrSTF Sucedâneo de ação rescisória. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 134-AgR-terceiro *RTJ* 218/11

Cm Sucessão de obrigação trabalhista: inocorrência. (...) ***Falência e recuperação judicial.*** ADI 3.934 *RTJ* 216/227

Ct Súmula 1 do TSE. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

El Súmula 13 do TSE. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Súmula 72 do STF. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Súmula 111 do STJ. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 584.188-AgR *RTJ* 218/576

PrSTF Súmula 279 do STF. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581 – RE 599.194-AgR *RTJ* 216/551

PrSTF Súmula 283 do STF. (...) ***Agravo regimental.*** STA 451-AgR *RTJ* 218/20

Adm Súmula 359 do STF. (...) ***Aposentadoria.*** RE 286.921-AgR *RTJ* 216/511

Int Súmula 421 do STF. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Cv Súmula 619 do STF: revogação declarada no HC 92.566. (...) ***Prisão civil.*** HC 96.772 *RTJ* 218/327

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 Súmula do STJ. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 584.188-AgR *RTJ* 218/576

PrSTF Súmula sem efeito vinculante. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

PrPn Súmula Vinculante 11. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

Trbt Súmula Vinculante 31. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 503.372-AgR *RTJ* 216/535

Ct Superior Tribunal de Justiça (STJ). (...) ***Competência originária.*** RE 571.572-ED *RTJ* 216/540

Ct Supermercado e hipermercado: determinação de concentração de produtos sem glúten em um mesmo local ou gôndola. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrSTF Suporte constitucional: ausência. (...) ***Reclamação.*** Rcl 9.344-AgR *RTJ* 216/274

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 132.755-QO *RTJ* 218/416

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** ACO 1.156 *RTJ* 217/102 – AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45 – AC 2.659-MC-REF *RTJ* 216/196

Ct ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Crime comum ou crime político: caracterização. CF/1988, art. 102, I, *g*: alcance. Lei 6.815/1980, art. 77, § 2º. Lei 9.474/1997, art. 33: interpretação. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

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

Ct Suspensão da inelegibilidade. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF ***Suspensão de liminar.*** Agravo regimental: provimento parcial. Suspensão do pagamento de precatório por ameaça de grave lesão à ordem e à economia públicas. Potencialidade de dano inverso à economia pública: atualização monetária e juros moratórios. Levantamento parcial via precatório da parte incontroversa. SL 172-AgR *RTJ* 216/156

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 segurança.*** Embargos de declaração. Fazenda Pública. Prazo em dobro: inadmissibilidade. CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. Lei 8.437/1992, art. 4º, § 3º. SS 3.726-ED *RTJ* 218/152

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

PrCv ***Suspensão de tutela antecipada.*** Grave lesão à ordem jurídico-administrativa. Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM): participação de estudantes judeus. Data alternativa ao "Shabat" para realização do exame: descabimento. Dificuldades administrativas e práticas. Liberdade religiosa e direito à educação: ofensa inocorrente. Princípio

da isonomia e da neutralidade do Estado. CF/1988, art. 5º, VI e VIII. STA 389-AgR *RTJ* 215/165

Ct Suspensão do julgamento: possibilidade. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

PrSTF Suspensão do pagamento de precatório por ameaça de grave lesão à ordem e à economia públicas. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 172-AgR *RTJ* 216/156

PrGr ***Sustentação oral.*** Disciplina. Momento posterior ao voto do relator. Inversão tumultuária do procedimento. Devido processo legal: ofensa. Estatuto da OAB, art. 7º, IX: inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Sustentação oral. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

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

Ct Teoria da nulidade da lei inconstitucional. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** RE 348.468 *RTJ* 216/518

Adm Teoria do risco administrativo. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 299.125 *RTJ* 216/581

PrPn Teoria dos poderes implícitos. (...) ***Ação penal.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

Trbt Terreno baldio: ausência de vinculação às finalidades essenciais da entidade. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 375.715-ED *RTJ* 216/526

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

Int Tradução deficiente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn Tráfico de entorpecente: crime praticado na vigência da Lei 6.368/1976. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.011 *RTJ* 218/322

PrPn Tráfico de entorpecente: excepcionalidade à proibição de liberdade provisória. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 99.717 *RTJ* 218/362

PrPn Trancamento. (...) ***Ação penal.*** HC 89.310 *RTJ* 218/203 – 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

PrPn Trancamento ou suspensão: descabimento. (...) ***Ação penal.*** HC 101.930 *RTJ* 216/430

Ct Transcendência dos motivos determinantes do RE 197.917. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 3.345 *RTJ* 217/162

El Transferência da vaga ao novo partido: descabimento. (...) ***Partido político.*** MS 27.938 *RTJ* 215/612

Adm Transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão analógica. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

El Trânsito em julgado: desnecessidade. (...) ***Mandato parlamentar.*** MS 27.613 *RTJ* 217/314

Ct Trânsito em julgado da condenação: necessidade. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrPn Trânsito em julgado da sentença condenatória: prerrogativa do presidente da República. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 102.732 *RTJ* 216/436

PrPn Transmissão do vírus HIV. (...) ***Ação penal.*** HC 98.712 *RTJ* 217/391

Int Tratado: ausência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.122 *RTJ* 217/64

Int Tratado Brasil-Itália: observância necessária. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Tratado Brasil-Itália, art. 5, *a*. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Tratado Brasil-Itália, art. 10, n. 2. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Tratado Brasil-República da Coreia. (...) ***Extradição.*** Ext 1.143 *RTJ* 218/26

Int ***Tratado internacional.*** Capacidade postulatória. Relação com o direito interno. Posição hierárquica. CF/1988, art. 133. Convenção de Viena, art. 46. MI 772-AgR *RTJ* 216/181

Trbt Tratado internacional. (...) ***Imposto sobre Serviços (ISS).*** RE 543.943-AgR *RTJ* 217/559

Int ***Tribunal Penal Internacional.*** Caráter. Relação com as regras da Constituição Federal: questões. Chefe de Estado: irrelevância da qualidade oficial. Entrega e extradição: distinção. Estatuto de Roma, arts. 27 e 102. Decreto 4.388/2002. Pet 4.625 *RTJ* 218/595

Int ***Tribunal Penal Internacional.*** Detenção e entrega: pedido. Presidente da República do Sudão. Crimes de guerra e contra a humanidade. Estatuto de Roma, arts. 7º e 8º. Pet 4.625 *RTJ* 218/595

Ct Tribunal Regional Federal (TRF). (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 590.409 *RTJ* 218/578

Ct ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** Competência. Infidelidade partidária. Procedimento de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo: regulamentação determinada no MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604. Usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo: alegação. Contexto excepcional e transitório: inexistência de instrumento legal. CF/1988, arts. 22, I, 48 e 84, IV: ofensa inocorrente. Código Eleitoral/1965, art. 23, IX. Resolução 22.610/2007-TSE e Resolução 22.733/2008-TSE. ADI 4.086 *RTJ* 218/157

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

Ct União Federal e Estado-membro. (...) ***Competência originária.*** AC 2.156-MC-REF *RTJ* 218/45

PrPn Uso indevido de algemas. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 104.459 *RTJ* 218/386

Ct Usurpação de atribuição da polícia judiciária: inocorrência. (...) ***Ministério Público.*** HC 89.837 *RTJ* 218/272

Ct Usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo: alegação. (...) ***Tribunal Superior Eleitoral (TSE).*** ADI 4.086 *RTJ* 218/157

Adm Utilização de bem público. (...) ***Administração pública.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

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 Valoração de ato jurisdicional: possibilidade de indiciamento de magistrado. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 95.259-MC *RTJ* 216/569

Adm Veiculação simultânea da programação nas tecnologias analógica e digital. (...) ***Serviço público.*** ADI 3.944 *RTJ* 216/252

Pn Venda de produto originado de contrafação (CD "pirata"). (...) ***Crime contra a propriedade intelectual.*** HC 98.898 *RTJ* 216/404

Ct Vinculação de receita ou destinação de emolumentos extrajudiciais: inexistência. (...) ***Precatório.*** Rcl 6.735-AgR *RTJ* 217/263

Pn Violação de direito autoral. (...) ***Crime contra a propriedade intelectual.*** HC 98.898 *RTJ* 216/404

PrSTF Voto do presidente do STF: necessidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Votos insuficientes para aprovação: ministro ausente. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.601-ED *RTJ* 217/230

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS E DECISÕES MONOCRÁTICAS

12	(ADC)	Rel.: Min. Ayres Britto	215/11
134	(ADPF-AgR-terceiro)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	218/11
144	(ADPF)	Rel.: Min. Celso de Mello	215/31
153	(ADPF)	Rel.: Min. Eros Grau	216/11
172	(SL-AgR)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	216/156
389	(STA-AgR)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	215/165
446	(STA-MC-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/11
451	(STA-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	218/20
507	(STA-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/15
772	(MI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	216/181
875	(ADI)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/20
1.085	(Ext)	Rel.: Min. Cezar Peluso	215/177
1.122	(Ext)	Rel.: Min. Ayres Britto	217/64
1.127	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Ricardo Lewandowski	215/528
1.143	(Ext)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	218/26
1.156	(ACO)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/102
1.575	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	217/105
1.645	(Inq-ED)	Rel.: Min. Luiz Fux	218/37
1.759	(ADI)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/110
1.924	(ADI-MC)	Rel. p/ o ac.: Min. Joaquim Barbosa	217/114
2.156	(AC-MC-REF)	Rel.: Min. Celso de Mello	218/45
2.182	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia	218/60
2.236	(AR-ED)	Rel.: Min. Dias Toffoli	216/188
2.513	(ADI-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	218/109
2.659	(AC-MC-REF)	Rel.: Min. Celso de Mello	216/196
2.730	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	215/604

2.855	(ADI)	Rel.: Min. Marco Aurélio	218/122
2.866	(ADI)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/141
2.947	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/150
3.096	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	216/204
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
3.726	(SS-ED)	Rel.: Min. Cezar Peluso	218/152
3.934	(ADI)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	216/227
3.944	(ADI)	Rel.: Min. Ayres Britto	216/252
4.086	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	218/157
4.178	(ADI-MC-REF)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/246
4.401	(ADI-MC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	217/258
4.625	(Pet)	Rel.: Min. Celso de Mello	218/595
6.735	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Ellen Gracie	217/263
9.344	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Dias Toffoli	216/274
9.428	(Rcl)	Rel.: Min. Cezar Peluso	216/279
24.283	(RMS-AgR-segundo)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	217/276
25.391	(MS)	Rel.: Min. Ayres Britto	218/187
25.823	(MS)	Rel. p/ o ac.: Min. Ayres Britto	217/281
27.260	(MS)	Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia	216/332
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
27.938	(MS)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	215/612
28.801	(MS-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	216/557
89.310	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	218/203
89.837	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	218/272
91.610	(HC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	216/346
91.716	(HC)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	216/361
95.254	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	216/366
95.259	(HC-MC)	*Rel.: Min. Eros Grau	216/569
95.960	(HC)	Rel.: Min. Ayres Britto	218/314
96.011	(HC)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	218/322
96.328	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	217/340
96.407	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	215/623
96.418	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	218/610
96.772	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	218/327
97.190	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	216/374
97.511	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	218/339
97.553	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	216/390
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
98.732 (HC-AgR) Rel.: Min. Ayres Britto 218/345
98.898 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....216/404
99.141 (HC) Rel.: Min. Luiz Fux 218/351
99.271 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....217/406
99.684 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie.....216/411
99.717 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....218/362
99.925 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....217/413
100.004 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie.....217/420
100.008 (HC) Rel.: Min. Dias Toffoli 216/415
100.231 (HC-MC) Rel.: Min. Celso de Mello 216/574
100.545 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....216/424
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
101.726 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie.....215/630
101.930 (HC) Rel.: Min. Cármen Lúcia.....216/430
102.019 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....217/452
102.422 (HC) Rel.: Min. Dias Toffoli 217/459
102.732 (HC) Rel.: Min. Marco Aurélio 216/436
102.936 (HC) Rel.: Min. Luiz Fux 218/367
103.510 (HC) Rel.: Min. Ellen Gracie.....217/486
103.787 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....217/494
103.805 (HC) Rel.: Min. Luiz Fux 218/375
104.404 (HC) Rel.: Min. Dias Toffoli 217/499
104.459 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....218/386
104.530 (HC) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....217/505
104.704 (HC) Rel.: Min. Luiz Fux 217/513
105.953 (HC-MC) Rel.: Min. Celso de Mello 218/618
106.446 (HC) Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli.....218/397
132.755 (AI-QO) Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli.....218/416
184.327 (RE-EDv) Rel.: Min. Cezar Peluso.....217/519
279.469 (RE) Rel. p/ o ac.: Min. Cezar Peluso.....218/443
286.921 (RE-AgR) Rel.: Min. Ellen Gracie.....216/511
299.125 (AI) Rel.: Min. Celso de Mello 216/581
327.414 (RE-AgR) Rel.: Min. Celso de Mello 216/513
328.896 (RE) Rel.: Min. Celso de Mello 216/587
348.468 (RE) Rel.: Min. Gilmar Mendes.....216/518
363.852 (RE) Rel.: Min. Marco Aurélio 217/524
375.715 (RE-ED) Rel.: Min. Ellen Gracie.....216/526
399.307 (RE-AgR) Rel.: Min. Joaquim Barbosa.....216/529
475.551 (RE) Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia 218/486
497.350 (RE-AgR) Rel.: Min. Cármen Lúcia.....217/550
503.372 (RE-AgR) Rel.: Min. Joaquim Barbosa.....216/535

505.595 (AI) Rel.: Min. Celso de Mello 216/590
518.325 (AI-AgR) Rel.: Min. Joaquim Barbosa.....217/554
543.943 (RE-AgR) Rel.: Min. Celso de Mello 217/559
549.055 (RE-AgR) Rel.: Min. Ayres Britto 218/520
564.413 (RE) Rel.: Min. Marco Aurélio 218/523
571.572 (RE-ED) Rel.: Min. Ellen Gracie.....216/540
573.540 (RE) Rel.: Min. Gilmar Mendes.....217/568
584.188 (RE-AgR) Rel.: Min. Ayres Britto 218/576
590.409 (RE) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski.....218/578
599.194 (RE-AgR) Rel.: Min. Joaquim Barbosa.....216/551
607.381 (RE-AgR) Rel.: Min. Luiz Fux 218/589
626.214 (AI-AgR) Rel.: Min. Joaquim Barbosa.....217/579
735.760 (AI-AgR) Rel.: Min. Ellen Gracie.....217/583

* Decisão proferida por Ministro diverso do Relator da causa.