Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 219
janeiro a março de 2012

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: Camila Neves Machado (estagiária), Gil Wadson Moura Júnior, Gustavo Vasconcelos Souza, José Carlos Bezerra de Siqueira Júnior (estagiário), Larissa Luiza Braga e Silva (estagiária), Priscila Heringer Cerqueira Pooter e Valquirio Cubo Junior

Diagramação: Débora Harumi Shimoda Carvalho

Revisão: Amélia Lopes Dias de Araújo, Divina Célia Duarte Pereira Brandão, Patrícia Keico Honda Daher 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)
Ministra ROSA Maria WEBER Candiota da Rosa (19-12-2011)

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha
Ministro LUIZ FUX
Ministra ROSA Maria WEBER Candiota da Rosa

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 LUIZ FUX
Ministra ROSA WEBER

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro GILMAR MENDES
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro LUIZ FUX

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

ÍNDICE ALFABÉTICO 651

ÍNDICE NUMÉRICO 681

ACÓRDÃOS

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 — DF

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Governador do Distrito Federal

Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal 8.666/1993. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei 9.032, de 1995.

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 julgar procedente a ação, contra o voto do Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 24 de novembro de 2010 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de liminar, movida pelo Governador do Distrito Federal, que

pretende declaração de que o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, é válido segundo a vigente ordem constitucional (fls. 2/23). É esta a redação da norma:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Segundo alega o autor, esse dispositivo legal "tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no art. 71, § 1º, da Lei federal 8.666/1993. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a administração direta quanto a indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado" (fl. 3).

Está assim redigido o **Enunciado 331** do Tribunal Superior do Trabalho:

> IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quando aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666/1993).

Ainda nos termos da inicial, tal entendimento ofenderia "os princípios da legalidade, da liberdade, o princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas e o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (arts. 5º, inciso II, e 37, *caput*, inciso XXI, e § 6º, da Constituição Federal" (fl. 11).

Daí pediu concessão de medida liminar, para "determinar que os juízes e Tribunais suspendam imediatamente todos os processos que envolvam a aplicação do inciso IV, do Enunciado 331, do TST, até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia do art. 71, § 1º, da Lei Federal 8.666/93; e suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei Federal 8.666/93 ou que tenham aplicado o inciso IV, do Enunciado 331, da Súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho" (fls. 22/23).

A liminar foi indeferida às fls. 340/341, em razão da complexidade da causa de pedir em que se funda a pretensão, bem como da gravidade desta. Contra tal decisão foi interposto o agravo regimental de fls. 353/369, sob fundamento de "que a negativa de liminar em ação declaratória de constitucionalidade equivale, na prática, a uma decisão liminar em ação direta de inconstitucionalidade" (fl. 362).

A Presidência do Tribunal Superior do Trabalho prestou as informações de fls. 373/380, em que afirma, em resumo, que em momento algum essa Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, sob argumento fundamental de que "Não foi trazido aos autos qualquer indício de que o § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93, tenha tido sua constitucionalidade verdadeiramente contestada." (fl. 386).

É o relatório.

VOTO

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

O autor é carecedor da ação, por falta de interesse processual ou de agir, na particular conformação que essa condição adquire na disciplina legal da via da ação direta de constitucionalidade.

É que, conforme assentado entendimento da Corte, tirado à luz do disposto no art. 14, III, da Lei federal 9.868/1999, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados à propositura da ação declaratória de constitucionalidade, é mister preexista efetiva e relevante controvérsia judicial que, manifestada em causa ou causas onde se exerceu controle difuso de constitucionalidade, deve ser demonstrada desde logo à petição inicial. Nesse sentido, o voto condutor do Ministro **Moreira Alves** na **questão de ordem** da **ADC 1**:

> (...) é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexista controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes.
> (Grifado.)

O entendimento foi reafirmado pela Corte no julgamento da **ADC 8–MC/DF** (Rel. Min. **Celso de Mello,** *DJ* de 4-4-2003), de cuja ementa, no ponto que interessa, consta:

> O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, **supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal**. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa "in abstracto", pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.
> (Grifado.)

E é o que sustenta avisada doutrina:

> Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo. Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade, se não houver **controvérsia** ou **dúvida** relevante quanto à legitimidade da norma.[1]

Nos termos do art. 14, III, da Lei 9.868/1999, consagrou-se, portanto, na doutrina e na jurisprudência da Corte, aliás como requisito óbvio de acesso justificado à jurisdição, despida de funções consultivas, a necessidade de demonstração liminar da existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da norma, como requisito indispensável à instauração do processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Nesse quadro, escusa provar a existência de pronunciamentos judiciais de constitucionalidade da norma, porquanto isso já se presume; mas é de todo indeclinável evidenciar, já na petição inicial, tenha havido decisões que, em juízo incidental, lhe declararam a inconstitucionalidade.

Não o fez, todavia, o autor.

À petição inicial, limitou-se a juntar cópias de três decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, cujas ementas bem sintetizam o conteúdo das pronúncias judiciais nos limites das lides, em que não foi posta em xeque a constitucionalidade do preceito objeto desta demanda:

---

[1] MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional 3, de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. 1. ed. SP: Saraiva, 1995, p. 86. Grifos do original. No mesmo sentido, cf. MACHADO, Hugo de Brito. Ação declaratória de constitucionalidade. Ibid., p. 118, n. 9; CARVALHO NETO, Inácio. *Ação declaratória de constitucionalidade à luz da Lei 9.868/1999*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 97-102.

Responsabilidade subsidiária. Administração pública. Havendo regular contratação, por via de licitação, e cumprimento dos termos dos contratos administrativos, não há como reconhecer a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou até mesmo a responsabilidade objetiva, do ente municipal tomador dos serviços sobre os créditos trabalhistas de suas contratadas.
(TRT da 12ª Região, Ac.-2ªT-Nº 07482/2006 RO-V 02282-2005-049-12-00-3 – cópia do acórdão à fl. 24.)

Responsabilidade subsidiária – Inexistência – Inexiste responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços pelos débitos trabalhistas da prestadora, sem prova de insolvência desta. Recurso conhecido, mas não provido.
(TRT da 7ª Região, Ac.00309/2002-003-07-0 – cópia do acórdão à fl. 41.)

Tomador de serviços. Licitação. Responsabilidade subsidiária. Inexistência. Uma vez que não há previsão legal, os débitos trabalhistas da empresa contratada via licitação pública não podem ser atribuídos ao integrante da Administração Pública.
(TRT da 7ª Região, Ac.01056/2003-007-07-00-9 – cópia do acórdão à fl. 42.)

Como se lhes vê logo à leitura do inteiro teor, tais decisões não versaram questão de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, em se tendo adstrito a afastar a orientação do Tribunal Superior do Trabalho, firmada no item IV do **Enunciado 331**.[2]

Aliás, nem sequer o Tribunal Superior do Trabalho declarou a inconstitucionalidade desse art. 71, § 1º, seja no item IV do **Enunciado 331**, seja no julgamento que lhe deu origem, conforme já se lhe pode observar à leitura mesma do acórdão (fls. 373-376). A redação atual do item IV do Enunciado 331 resultou do julgamento, por votação unânime, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, cuja ementa, que reproduz com fidelidade a substância da decisão, é a seguinte:

Incidente de uniformização de jurisprudência – Enunciado n. 331, IV, DO TST – Responsabilidade subsidiária – Administração Pública – Artigo 71 da Lei n. 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei n. 8.666/1993 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu

[2] Eis os seus termos: "O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666, de 21-6-1993)."

> comportamento omisso ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, consequentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas consequências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, §6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.
> (Fl. 374.)

Não precisava fazê-lo, tão claros e inequívocos são ao propósito os termos desse acórdão, mas, ao prestar informações, o Ministro Presidente daquele excelso tribunal consignou:

> Verifica-se que em nenhum momento o Tribunal cogitou de declarar inconstitucional o art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93, apenas afirmou que a sua aplicação, relativamente aos contratos de terceirização de mão de obra firmados pela Administração Pública em geral, empresas públicas e sociedades de economia mista, está submetida, também, à regência de outros dispositivos constitucionais e legais.
> (Fl. 378.)

A comprovação faltante é imprescindível, "pois constitui elemento fundamental para que a ação possa ser recebida e conhecida. Sem ela a petição é inepta, por carecer de elemento essencial legalmente exigido [pelo art. 14, III, da Lei 9.868/1999]." (**ADC 15**, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, decisão monocrática, *DJ* de 27-3-2007).

2. Diante do exposto, **julgo o autor carecedor da ação**, por falta de interesse objetivo de agir, indeferindo a petição inicial, nos termos do art. 15 da Lei 9.868/1999, c/c o art. 295, III, do CPC, e, em consequência, julgando prejudicado o agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, hoje estou praticamente sem voz, mas gostaria de ressaltar certos aspectos que talvez possam levar a Corte a abrir esse embrulho.

O primeiro, a declaratória de constitucionalidade é irmã gêmea da ação direta de inconstitucionalidade. Devemos encarar o que se contém na legislação ordinária de forma relativa, no que exige a demonstração inequívoca de controvérsia judiciária.

O segundo aspecto está ligado à multiplicação de conflitos de interesse envolvendo a matéria. E conflitos de interesses em que, levando em conta a interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho, na maioria das vezes – pelo menos não me lembro de ter enfrentado esse tema na Turma –, os processos, com ele, não chegam ao Supremo.

Em terceiro lugar, o que ocorreu na espécie? Uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei das Licitações. E já glosamos essa espécie de assentamento de conflito de certa norma com a Carta Federal sem chegar-se ao incidente de inconstitucionalidade. Temos inclusive um verbete vinculante.

O meu querido ex-Tribunal, o meu eterno Tribunal, Tribunal Superior do Trabalho, editou verbete que passou a ser observado pelas demais instâncias trabalhistas, isso no âmbito de uma disciplina judiciária, recomendável até certo ponto. Evidentemente, se formos esperar a demonstração inequívoca, inclusive com contagem de pronunciamentos num sentido e noutro, jamais enfrentaríamos esse tema.

O que temos no cenário? O afastamento, por um verbete, de súmula da jurisprudência predominante de certo tribunal superior, de um preceito legal, à mercê – não vou adiantar o ponto de vista – de uma interpretação toda própria – e diria aqui, já adiantando esse mesmo ponto de vista –, ampliativa da solidariedade prevista no § 2º do art. 2ª da Consolidação das Leis do Trabalho.

Apontou a ilustre profissional – Dra. Roberta Kaufmann – e não chegamos a atuar juntos no Tribunal Superior do Trabalho, mas no Supremo –, procuradora do Distrito Federal, que, no caso, há o interesse que não é apenas o do Distrito Federal, mesmo porque estamos diante de um processo objetivo. Várias entidades da Federação articularam a matéria como terceiras no processo, e tivemos até mesmo a sustentação da tribuna, falando pela União o Dr. Toffoli.

Creio que não podemos ser tão ortodoxos nesse tema, sob pena de perpetuar o que até aqui prevalecente, porque não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra o verbete do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse enfoque, fiquei vencido, uma vez que, ante a eficácia dos verbetes, admito o controle concentrado de constitucionalidade. De qualquer forma, surge o conflito, pelo menos aparente, entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Licitações, colocando-se em segundo plano – repito – norma expressa, categórica, clara, precisa, a revelar que a tomadora dos serviços – serviços terceirizados – não tem responsabilidade, considerados os ônus trabalhistas.

Por isso, peço vênia para divergir e admitir, no caso, a declaratória de constitucionalidade.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Senhor Presidente, permita-me, mas insisto no meu ponto de vista quando me referi à falta de interesse.

A minha insistência quanto a esse ponto de vista, com o devido respeito, Senhor Presidente – isto aqui é fundamental, por isso foi afirmada a falta de

interesse, e partindo do pressuposto de que tenha havido alguma controvérsia relevante sobre isso –, está em supor que o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71 não afasta a aplicação do enunciado, nem muda a jurisprudência do TST. Porque ela não se baseia na inconstitucionalidade do art. 71, mas na apreciação de fatos, de comportamento da administração pública e no 37, § 6º, como ficou claro da transcrição que fiz do acórdão que deu a origem a esse enunciado. Noutras palavras, não é o art. 71 que ditou o enunciado da súmula. É a consideração de fatos concretos que levaram a elaborar um enunciado diante de circunstâncias de comportamento da administração pública. O que adianta à solução desses conflitos que o Tribunal reconheça a constitucionalidade do art. 71?

O egrégio Tribunal Superior do Trabalho reconheceu expressamente a constitucionalidade no enunciado (no final do enunciado). Está aqui. Vou ler o enunciado. Está no art. 71 da Lei:

"Trata-se de reconhecer (...)" – o enunciado reconhece a constitucionalidade. O que adianta o Supremo dizer, repetindo o Tribunal Superior do Trabalho, que o art. 71 é constitucional? Nada. O enunciado permanece e subsiste do mesmo modo. Ou seja, a responsabilidade que a Justiça Trabalhista tem reconhecido à administração pública, nos casos concretos, decorre do exame destes. Tanto o é, que a condição final para reconhecimento, nos termos do enunciado da súmula da responsabilidade da administração, é a seguinte:

> (...) desde que haja participado da relação processual [isto é, desde que a administração pública esteja dentro do processo e tenha se defendido] e conste também do título executivo judicial.

Noutras palavras, que ela tenha sido condenada dentro do processo.

Ora, o que tem a ver isso com a constitucionalidade do art. 71? Nada. Em suma, é inútil para o Tribunal perder-se, aqui, a reconhecer uma constitucionalidade que jamais esteve dúvida em lugar nenhum, porque a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não vai modificar-se por causa disso!

Razão por que, com o devido respeito, mantenho o meu voto.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, pela ordem. Longe de mim polemizar ou digladiar, especialmente com o Vice-Presidente do Supremo, um juiz de carreira, mas, a meu ver, a razão de ser do verbete foi única: pacificar a jurisprudência no que os Tribunais Regionais do Trabalho – hoje vinte e quatro no território nacional – vinham julgando de forma diversificada. E já os filósofos materialistas gregos, há 2.500 anos, revelaram – há um fragmento de Leucipo – que nada surge sem uma causa. Se a jurisprudência fosse pacífica no sentido da responsabilidade, não teria o Tribunal Superior do Trabalho editado o verbete.

A utilidade deste julgamento, a meu ver, é enorme, porque, como ressaltei, quando da edição do verbete, implicitamente se projetou para o campo da inconstitucionalidade o que disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993, Lei Geral de Licitações. Se avançarmos e viermos a declarar a constitucionalidade do ato normativo – e acredito na ordem natural das coisas –, o próprio Tribunal Superior do Trabalho reverá o verbete. E a consequência – digo até mais, porque se respeitam as decisões do Supremo – de uma possível glosa do verbete será a retirada, com toda a certeza, desse mesmo verbete do mundo jurídico.

Por isso, penso que devemos enfrentar a matéria até mesmo para que não se tenha um verbete do Tribunal Superior do Trabalho com eficácia que suplante dispositivo legal emanado do Congresso Nacional.

Poderemos concluir pela inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993 e, então, estaremos julgando a matéria de fundo deste processo. Agora, simplesmente dizer que não tivemos, porque restou pacificada a matéria pelo Tribunal Superior do Trabalho, mediante verbete de súmula, controvérsias sobre o tema é desconhecer o móvel do surgimento de um verbete, que é justamente o descompasso de entendimentos, considerada a interpretação do mesmo arcabouço normativo, para se pacificar a jurisprudência.

Mantenho o voto.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, a controvérsia é interessante.

Peço vênia aos Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio para pedir vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

ADC 16/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governador do Distrito Federal (Advogados: PGDF – Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro).

Decisão: Após o voto do Ministro Cezar Peluso (Relator), que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e o voto do Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e a Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antonio Dias Toffoli. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

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, 10 de setembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Busca-se nesta ação a declaração de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, o qual dispõe:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1º *A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.* (Redação conferida pela Lei 9.032, de 1995.)

2. Na sessão plenária de 10-9-2008, o Relator, Ministro Cezar Peluso, votou no sentido de não conhecer da ação, em face, basicamente, da ausência de demonstração liminar da existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da norma referida, conforme exigido e consolidado na jurisprudência deste Supremo Tribunal relativamente à ação declaratória de constitucionalidade.

Na ocasião, afirmou Sua Excelência:

> À petição inicial, limitou-se [o autor] a juntar cópias de três decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, cujas ementas bem sintetizam o conteúdo das pronúncias judiciais nos limites das lides, em que não foi posta em xeque a constitucionalidade do preceito objeto desta demanda (...).
>
> Como se lhes vê logo à leitura do inteiro teor, tais decisões não versaram questão de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, em se tendo adstrito a afastar a orientação do Tribunal Superior do Trabalho, firmada no item IV do Enunciado 331.
>
> Aliás, nem sequer o Tribunal Superior do Trabalho declarou a inconstitucionalidade desse art. 71, § 1º, seja no item IV do Enunciado 331, seja no julgamento que lhe deu origem, conforme já se lhe pode observar à leitura mesma do acórdão. (Fls. 373-376.)

Ainda segundo o Ministro Cezar Peluso, Relator, o autor sequer teria interesse objetivo de agir, pois o eventual reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações nesta ação não afastaria a aplicação do enunciado referido, a que decorreria da apreciação de fatos, de comportamento da administração pública, não estando fundada, portanto, na inconstitucionalidade da norma objeto desta ação.

3. Naquela mesma assentada, o Ministro Marco Aurélio votou pela admissão da ação, por entender demonstrada a existência de efetiva e relevante controvérsia judicial sobre a interpretação do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993.

Asseverou Sua Excelência que, se a jurisprudência trabalhista fosse pacífica no sentido da responsabilização subsidiária da administração pública, o Tribunal Superior do Trabalho não teria editado o inciso IV da Súmula 331, projetando para o campo da inconstitucionalidade o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, motivo pelo qual a eventual procedência desta ação declaratória resultaria na revisão daquele verbete pelo TST, com a sua provável retirada do mundo jurídico.

4. O julgamento foi, então, suspenso pelo pedido de vista feito pelo saudoso Ministro Menezes Direito.

5. Com o falecimento de Sua Excelência e em razão da atuação de seu sucessor, o Ministro Dias Toffoli, como Advogado-Geral da União na causa, vieram-me os autos para a continuidade do julgamento.

6. São essas as anotações que faço para rememorar o caso aos eminentes Pares.

7. Enfatizo, inicialmente, ser objeto desta ação o § 1º do art. 71 da Lei 8.666, de 21-6-1993, que se reveste dos atributos de generalidade, impessoalidade e abstratividade, sendo, portanto, perfeitamente passível de controle concentrado de constitucionalidade.

Contudo, o que se põe em discussão, por ora, é tão somente o atendimento, pelo autor, do requisito previsto no inciso III do art. 14 da Lei 9.868/1999, segundo qual a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade indicará "a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória".

8. Mesmo análogos, embora em sentidos inversos, os efeitos da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a hipótese de cabimento para uma não é a mesma para a outra.

Basta a existência de uma norma inconstitucional para que se possa arguir ter sido ofendida a Constituição, enquanto apenas se uma norma constitucional tiver sua presunção de constitucionalidade gravemente abalada é que se abrirá espaço para o aproveitamento da ação declaratória de que ora se cuida.

Sobre o tema, afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, no voto que proferiu no julgamento da questão de ordem na ADC 1, *verbis*:

> (...) tanto se ofende à Constituição aplicando lei inconstitucional quanto negando aplicação, a pretexto de inconstitucionalidade, à lei que não o seja. Em ambos os casos, fere-se a supremacia da Constituição.
>
> Dá-se, porém, que, ao contrário do que sucede na ação direta de inconstitucionalidade, à vista da presunção de constitucionalidade, só a resistência concreta à aplicação de determinada norma legal substantiva o interesse de agir para a declaração de sua constitucionalidade. Mostrou o eminente Relator [Ministro Moreira Alves], portanto, que o interesse de agir só se atualiza, só se manifesta de modo a autorizar a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, quando haja controvérsia judicial, objetivamente demonstrada e em proporções relevantes, sobre a validez de determinada norma legal.
>
> (Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 16-6-1995.)

Firmou-se, naquele julgamento, o entendimento segundo o qual a comprovação da existência de dissídio judicial relevante é imprescindível para o conhecimento desta ação de controle concentrado de constitucionalidade, pois, conforme asseverou o insigne Ministro Moreira Alves naquele precedente, "a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar (...)".

Sem essa demonstração, portanto, a petição inicial seria inepta, por carecer de elemento essencial para a compreensão da controvérsia, a qual deve ser relevante a ponto de instaurar, nas palavras do nosso decano, o Ministro Celso de Mello, "verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal" (ADC 8, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, *DJ* de 4-4-2003).

9. Na espécie em foco, embora sustente que são "inúmeras as decisões conflitantes sobre o tema no Judiciário" (fl. 7), o autor buscou comprovar a existência da controvérsia judicial sobre a higidez constitucional do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 com a indicação de quatro (04) julgados prolatados por apenas dois Tribunais Regionais do Trabalho (três do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região/CE: Recurso Ordinário 01056/2003-007-07-00-9; Recurso Ordinário 00309/2002-003-07-00-0; e Acórdão 934/01; e um do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/SC: Recurso Ordinário Voluntário 02282-2005-049-12-00-3), juntando aos autos, conforme asseverou o Ministro Cezar Peluso em seu voto, o inteiro teor de somente três (03) desses acórdãos.

Todos eles, segundo assertiva do próprio autor, seriam "no sentido de que o art. 71, § 1º, da Lei Federal 8.666/1993 apenas responsabiliza a empresa contratada pela administração pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, de maneira que o Poder Público estaria isento de qualquer responsabilidade" (fl. 7).

Seriam, portanto, julgamentos que reforçariam a constitucionalidade da norma objeto desta ação, não servindo, pois, para demonstrar a resistência concreta à sua aplicação, motivo pelo qual tais precedentes não serviriam, por si só, para demonstrar o interesse de agir na espécie.

10. O autor argumenta que aqueles julgados se contrapõem à orientação assentada pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 331, a qual dispõe em seu item IV, *verbis*:

> IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993).

Dessa maneira, os precedentes dos Tribunais Regionais especializados, que recusaram a orientação firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho ("instância suprema da Justiça do Trabalho", nos termos do art. 690 da Consolidação das Leis do Trabalho), serviriam para comprovar a existência de dissídio judicial apto a autorizar a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

A validade dessa assertiva, contudo, dependeria da constatação de que o verbete mencionado estaria fundado na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 e de que aqueles precedentes recusaram essa interpretação constitucional.

11. A despeito da importância do precedente do qual originada a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751/96), o autor deixou de instruir sua petição inicial com o inteiro teor daquele acórdão, o único que indica como declaratório de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, não tendo sequer transcrito a ementa ou trechos daquele julgamento.

Haveria, portanto, deficiência na instrução da petição inicial, como realçado pelo Ministro Cezar Peluso, Relator, o que impediria o conhecimento dos fundamentos e dos parâmetros constitucionais utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho para afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993.

12. Entretanto, as informações prestadas pelo Presidente do Tribunal especializado, em resposta à requisição do Ministro Relator, supriram essa falha, não cabendo, nesta fase processual, assentar o desconhecimento dos fundamentos utilizados quando da elaboração daquele enunciado de súmula.

O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho apresentou, nas informações prestadas, a transcrição do inteiro teor do acórdão do qual resultou a redação atual da Súmula 331 (Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96), por meio da qual assentada a responsabilidade subsidiária da pessoa estatal, da administração pública direta, indireta ou fundacional, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do contratado empregador.

13. Para o reconhecimento dessa responsabilidade e, consequentemente, o afastamento do que disposto no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, o Tribunal Superior do Trabalho partiu da premissa de que esse dispositivo está assentado em que deve a atuação do ente administrativo "adequar-se aos limites e padrões da normatividade disciplinadora da relação contratual".

Assim, "[e]videnciado (...) que o descumprimento das obrigações, por parte do contratado, decorreu igualmente de (...) comportamento omisso ou irregular [da administração pública] em não fiscalizá-lo, em típica culpa *in vigilando*, inaceitável que não possa pelo menos responder subsidiariamente pelas consequências do contrato administrativo que atinge a esfera jurídica de terceiro, no caso, o empregado." (Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ RR-297.751/96 – fl. 375).

Pela orientação assentada pelo Tribunal Superior do Trabalho, o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 somente teria aplicação nos casos em que a administração

pública comprovasse a sua atuação regular na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pelo contratado. Do contrário, ter-se-ia o afastamento daquela norma e a responsabilização subsidiária da entidade da administração pública pelo dano causado ao empregado da empresa por ela contratada.

Daí a ressalva na parte final do item IV da Súmula 331 do TST, no sentido da imprescindibilidade da participação da administração-contratante na relação processual formada para a cobrança dos direitos trabalhistas negados, ocasião na qual poderá demonstrar o cumprimento do seu dever de fiscalizar a adimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, mantendo, assim, a incidência do que disposto no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações.

14. Conforme asseverou o Ministro Cezar Peluso em seu voto, seria, portanto, a constatação de determinado comportamento da entidade da administração pública que definiria a sua responsabilização.

Como é sabido, à administração pública só é possível fazer aquilo que a lei permite, uma vez que vinculada pelo princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República).

Tenho, portanto, que, para o desate da questão do cabimento desta ação declaratória de constitucionalidade, o que importa é saber qual a natureza da controvérsia judicial sobre o alegado dever da administração pública em fiscalizar a adimplemento dos encargos trabalhistas em contrato de prestação de serviços.

15. Continuo, então, a leitura do Incidente de Uniformização de Jurisprudência originário da Súmula 331 do TST:

> Realmente, admitir-se o contrário [a irresponsabilidade subsidiária da administração pública em face de seu comportamento omisso ou irregular na fiscalização do contrato], partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame [§ 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993], em detrimento de uma exegese sistemática, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a administração pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica.
>
> Aliás, não é outra a dicção do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, que ao dispor "que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de seus subsidiários que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços", enfatiza em seu inciso III que referidas pessoas deverão observar, em relação à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, os princípios da administração pública.
>
> Some-se aos fundamentos expostos que o art. 195, § 3º, também da Constituição Federal, é expresso ao preconizar que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber incentivos ou benefícios fiscais", o mesmo ocorrendo com o art. 29, IV, da Lei n. 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.883/94, ao dispor que "prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao

> Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei", providências essas todas evidenciadoras do dever que tem a administração pública de se acautelar com aqueles que com ela pretendam contratar, exigindo que tenham comportamento pautado dentro da idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade objeto do contrato administrativo.
>
> Registre-se, finalmente, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, consagra a responsabilidade objetiva da administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.
>
> Pouco importa que esse dano se origine diretamente da administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.
>
> (Fls. 375-376.)

16. Não pretendo antecipar o debate sobre os fundamentos constitucionais utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho na elaboração do item IV da Súmula 331, matéria a ser analisada, se for o caso, quando do julgamento de mérito desta ação declaratória de constitucionalidade.

Mas essa leitura evidencia a natureza constitucional da matéria, o que é, aliás, confirmado nas várias reclamações ajuizadas neste Supremo Tribunal com fundamento no art. 103-A, § 3º, da Constituição da República (*v.g.*: Rcl 6.969, Rel. Min. Cezar Peluso; Rcl 7.847, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 8.020, Rel. Min. Carlos Britto; Rcl 7.687, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl 7.427, Rel. Min. Menezes Direito; Rcl 7.127, Rel. Min. Eros Grau; Rcl 9.792, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 9.459, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 9.679, Rel. Min. Cezar Peluso; Rcl 8.965, Rel. Min. Eros Grau; Rcl 7.344, Rel. Min. Eros Grau; Rcl 9.169, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 9.017, Rel. Min. Cezar Peluso; Rcl 8.601, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 7.223, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 7.847, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 6.969, Rel. Min. Cezar Peluso; Rcl 7.665, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 8.847, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 8.134, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 6.970, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 8.134, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 7.847, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 8.020, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 7.345, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 7.289, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 7.882, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 7.812, Rel. Min. Ayres Britto, entre outras), sob o argumento de que a aplicação do item IV da Súmula 331 por órgão fracionário de Tribunal resultaria em desrespeito à Súmula Vinculante 10, aprovada na sessão plenária de 18-6-2008 e com o seguinte teor (*DJ* de 12-9-2008):

> Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo 97), a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.

17. Transcrevo, a fim de comprovar essa assertiva, a seguinte passagem do acórdão objeto de reclamação a mim distribuída (Rcl 8.597), proferido pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao negar seguimento a Recurso de Revista com fundamento na Súmula 331 (AI 14.366/2005-004-11-40.9), *verbis*:

> O Plenário desta Corte Superior, no exame da temática, na oportunidade do julgamento do IUJ-RR-297751/1996.2, proferiu decisão que interpreta, de forma sistemática, o sentido e o alcance do citado dispositivo da Lei das Licitações, dando-lhe interpretação que ensejou a nova redação da mencionada súmula através da resolução supra mencionada [n. 96/2000], em observância ao art. 97 da Constituição da República.
>
> Cumpre registrar que a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho encontra seu fundamento na própria Constituição Federal, que resguarda a dignidade da pessoa do trabalhador e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV).

18. Portanto, a despeito da instrução deficiente da petição inicial, tenho que o processamento de inúmeras reclamações neste Supremo Tribunal, fundadas na premissa de que o julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência originário da redação atual da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho importou em declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, evidencia a configuração de controvérsia que põe em risco a presunção de constitucionalidade dessa norma.

Daí concluir pela legitimidade da atuação deste Supremo Tribunal no controle de constitucionalidade com o julgamento desta ação declaratória de constitucionalidade, para que se pronuncie sobre a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993.

19. Pedindo vênias ao Relator, o Ministro Cezar Peluso, acompanho a dissidência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, **votando pelo conhecimento desta ação declaratória de constitucionalidade**.

É como voto, quanto ao conhecimento da presente ação.

Do mérito

20. Reconhecido por este Plenário o cabimento da presente ação, passo à análise do mérito.

21. Para que seja declarada, ou não, a constitucionalidade de determinado dispositivo, afastando-se a incerteza jurídica sobre sua validade, cumpre verificar, inicialmente, quais os limites da questão constitucional posta a exame.

Na espécie, o dispositivo em questão – art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 – regulamenta expressamente o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, que dispõe:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)
>
> XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta,

nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

22. Autorizada a contratação pela entidade da administração pública de obras e serviços, por meio de licitação, tem-se que a inadimplência dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, quanto este não o tiver feito.

Não se poderia também onerar o objeto do acordo ou criar qualquer situação que venha restringir a regularização e o uso das obras ou edificações, inclusive perante o registro de imóveis, sem base legal para tanto.

23. Ao incumbir exclusivamente à empresa contratada o pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados a ela vinculados, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada, o que não contraria a Constituição da República.

Da compatibilidade entre art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e o art. 37, § 6º, da Constituição da República

24. É certo que a atuação do Poder Público deve pautar-se pelo princípio da responsabilidade do Estado, sobre o qual escrevi que:

> Não se há cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico – em sua formalização e em sua aplicação – o princípio da responsabilidade estatal. Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela sua aplicação se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do princípio da juridicidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito.
>
> A importância do princípio da responsabilidade acentuou-se com o avantajamento da atuação do Estado, que quanto mais se espraia em sua presença na sociedade, tanto mais se arrisca a adentrar espaços dos particulares, invulneráveis juridicamente, causando-lhes danos patrimonialmente mensuráveis.
>
> (Princípios Constitucional da Administração Pública.)

25. Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor agente público.

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omisso de agente público que aja nessa qualidade.

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Nesse dispositivo, o "dano" considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a administração pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello considera "sujeitos que comprometem o Estado" "os que tomam decisões ou realizam atividades da

alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio" (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 891).

Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da administração pública e seu contratado.

Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado "Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União 'seguradora universal'?", ao afirmar que "por mais que se faça um pretenso juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo 'à brasileira', no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados".

Ao argumento de obediência ao principio de responsabilidade de Estado – de natureza extracontratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.

26. Por outro lado, não se pode acolher o argumento, muitas vezes repetido nas peças apresentadas pelos *amici curiae* desta ação, de que "a Administração Pública não tem meio de evitar o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas".

Desde o processo licitatório, a entidade pública contratante deve exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e fiscalizá-las na execução do contrato.

Nesse sentido, este Supremo Tribunal consolidou entendimento sobre as distintas competências da autoridade administrativa e do Tribunal de Contas quanto à fiscalização de contratos administrativos, no seguinte sentido:

> *Ementa: Constitucional. Administrativo e financeiro. Tribunal de Contas. Norma local que obriga o Tribunal de Contas estadual a examinar previamente a validade de contratos firmados pela administração. Regra da simetria. Inexistência de obrigação semelhante imposta ao Tribunal de Contas da União.* 1. Nos termos do art. 75 da Constituição, as normas relativas à organização e fiscalização do Tribunal de Contas da União se aplicam aos demais tribunais de contas. 2. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva. 3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Medida liminar confirmada.
> (ADI 916/MT, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, *DJ* de 2-2-2009.)

É certo que o dever de fiscalização cuidado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal diz respeito, prioritariamente, ao objeto do contrato administrativo celebrado. Todavia, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a administração pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma agora posta em questão.

Contudo, eventual descumprimento pela administração pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da administração pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.

Não há, portanto, de ser acolhido o argumento do Procurador-Geral da República no sentido de que "a Requerente visa a impedir que se examine, em casos concretos, possível responsabilidade da Administração, no que tange a passivos trabalhistas gerados, ainda que indiretamente, em decorrência de contratos de prestação de serviços por ela celebrado".

A aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 não exime a entidade da administração pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa.

Isso não importa afirmar que a pessoa da administração pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas.

Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da administração pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Também é nesse sentido o argumento trazido pela Procuradoria do Município de São Paulo, de que "a empresa, tendo sido devidamente remunerada pela Administração Pública, não pode alegar não ter patrimônio para saldar suas dívidas em razão de prejuízos derivados do risco de sua atividade econômica (...). Se a empresa alegar não ter bens suficientes para satisfazer a execução, haverá fundamentos suficientes para que seja realizada a desconsideração da personalidade jurídica".

Logo, não se tem qualquer vício a contaminar e infirmar a validade constitucional do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 por contrariedade ao art. 37, § 6, da Constituição da República.

Pelo exposto, **voto no sentido da declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, ficando, por óbvio, prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão de indeferimento da cautelar requerida**.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Vou recordar a matéria e explicar mais uma vez por que meu voto julgava o autor carecedor da ação.

A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade da administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento do contrato, e não com base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de todo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito.

Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da administração com base nos fatos de cada causa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, acho que aqui há um dado: a norma, como acabei de reler, é taxativa. No contrato administrativo, não se transferem ônus à administração pública que são entregues ao contratado. Se a Justiça do Trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei. Não há alternativa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Esse é o ponto crucial: o art. 71 da Lei 8.666/1993 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviço.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, sedimentou-se, sem se instaurar um incidente de inconstitucionalidade desse artigo, uma jurisprudência a partir do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, quanto à solidariedade, e a partir do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, quanto à responsabilidade do Poder Público no sentido de que haveria a responsabilidade do setor público. E o que houve lá não foi um incidente de inconstitucionalidade, mas de uniformização da jurisprudência, editando-se, portanto, a partir desse incidente, o Verbete 331.

É uma matéria que está em aberto, e, a meu ver, quando se declarou a responsabilidade, sem se assentar a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993, afastou-se esse preceito sem se cogitar da pecha de inconstitucionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Contornando-se, não é, Ministro?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tenho a visão aberta para os processos objetivos e a conveniência de o Supremo se pronunciar quanto ao alcance, considerada a Constituição Federal, de certo preceito normativo. A rigor, o Poder Público fica praticamente, se não for assim, manietado para chegar a este Tribunal, porque há inúmeras reclamações apontando que, em última análise, os

Tribunais do Trabalho – refiro-me, quanto ao acesso ao Supremo, ao Tribunal Superior do Trabalho – acabam driblando, no bom sentido, o art. 71 da Lei 8.666/1993, deixando de observá-lo, sem que declarem o conflito desse dispositivo com a Carta da República. Quanto ao extraordinário se diz, na vala comum, que o tema é fático e tem regência estritamente legal. Daí a conveniência de adentrar-se o tema e pacificar-se a matéria, porque são inúmeras as reclamações que estão chegando ao Supremo, presente o Verbete 10 da Súmula Vinculante.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O preceito é categórico quanto ao afastamento da responsabilidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas hoje, Presidente, é com base no Enunciado 331.

Só para ler o que se contém naquele incidente de uniformização e jurisprudência...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Ele faz a referência, no final, entre parênteses?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, afirma, textualmente, o seguinte:

> Admitir-se o contrário [a irresponsabilidade subsidiária da administração, em face de seu comportamento omisso ou irregular na fiscalização do contrato, partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame – o § 1º do art. 71 da Lei 8.666 –, em detrimento de uma exegese sistemática] seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica.

Aí, faz referência aos arts. 173 e 195, § 3º, da Constituição, para se afirmar responsabilidade, afirmando-se ali:

> Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.

Com um detalhe: essa frase é rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrária à Constituição, porque o art. 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual, então, na verdade, contrariaram a Constituição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? O problema maior é que o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 é categórico.

> Art. 71.
> (...)
> § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas [é o caso], fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Então, o que ocorreu em última análise? Fechou-se a Lei 8.666/1993 e decidiu-se a partir, reconheço, do disposto nos arts. 37, § 6º, da Constituição Federal e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, mas sem afastar-se do cenário jurídico o preceito. O que é isso senão algo glosado pelo Verbete Vinculante 10?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Vossa Excelência me permite? O que, segundo me parece, o Tribunal fez, e fez com acerto? Ele reconheceu que a mera inadimplência – é isso que o art. 71, § 1º, diz – do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc, não transfere essa responsabilidade para a administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da administração, em relação à fiscalização à atuação...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a Justiça do Trabalho tem batido carimbo com o Enunciado 331 da Súmula da jurisprudência predominante.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Pode até ser. Vossa Excelência conhece bem a Justiça do Trabalho. Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho.

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da administração pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, onde prevista essa atuação censora?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas a Constituição não pode dar com a mão direita e tirar com a esquerda.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O preceito não distingue.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Nós não temos discordância quanto à substância da ação. Eu reconheço a constitucionalidade da norma.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, por que não abrir esse embrulho e o Supremo vir a pacificar o tema?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça Trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sob outro ponto de vista. Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da administração perante os fatos!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas se verá diante de uma decisão do Supremo declarando a harmonia do dispositivo com a Constituição Federal. Creio que haverá, pelo menos, uma inibição, afastando-se, até, o Verbete 331 da Súmula.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Mas, Ministro, quanto a isso eu não tenho dúvida. Eu julgo a ação procedente. Conheço do mérito e julgo a ação procedente, sem problema nenhum.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu só queria ponderar que a controvérsia existente está patente. Na sessão passada, nós vimos as contradições, inclusive, em que o Tribunal tem se envolvido, às vezes falando que a matéria é infraconstitucional, outras vezes julgando procedentes reclamações por conta da não observância da reserva do Plenário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Do Verbete 10.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: De modo que me parece que só isso já justificaria a admissibilidade da ação direta de constitucionalidade, e aí, certamente, passaríamos ao exame.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Estou de acordo. Eu supero a preliminar e, no mérito, julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida nenhuma sobre a constitucionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acompanho Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Se o Tribunal estiver de acordo, eu proclamo o resultado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Está claramente configurada a *culpa in vigilando* e *in eligendo* da administração. Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei 8.666. Portanto, eu sempre decidi

na mesma linha do Ministro Cezar Peluso, no sentido de não conhecer, de considerar a matéria inconstitucional, mas se o Plenário entender que, dada a importância, o impacto da questão com relação à administração, então talvez convenha que nós ultrapassemos essa questão do conhecimento e adentremos no âmago do tema.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu acompanho também o Ministro Cezar Peluso quanto ao não conhecimento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da administração pública, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá outras que não as obrigações contratuais e, depois, determinam que ela assuma duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada e ainda o empregado que o contratado particular não pagou. A licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do Município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa *culpa in vigilando*, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca, mas não cumpre esses deveres elementares. Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar, inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da previdência social e do FGTS.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar *a posteriori*, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se está quitada com a previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo cumprida, o que não significa ausência de lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a administração pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Claro, não discordo disso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Na verdade, apresenta quitação em relação à previdência, aos débitos anteriores.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Dela. Isso é que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Agora há de ser no sentido de que ela vai ter de examinar os fatos. Estou de acordo. Vai ter de examinar os fatos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, sabemos o que ocorre quando se edita verbete sobre certa matéria. A tendência é partir-se para a generalização.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: É muito pouco provável que a Justiça do Trabalho tenha examinado a responsabilidade desses administradores para definir se houve, ou não, *culpa in eligendo*, se houve, ou não, falta de fiscalização. É bem pouco provável.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Se todos estiverem de acordo, eu também supero a preliminar e julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida sobre a constitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu acompanharia Vossa Excelência na preliminar, pelo não conhecimento, mas Vossa Excelência está superando.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Sim, estou superando. Vamos ressalvar o nosso ponto de vista quanto à preliminar e, no mérito, julgamos a ação procedente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ressalvo o ponto de vista, mas eu vou julgar procedente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Procedente?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Procedente, eu acho que a inconstitucionalidade...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, é ação declaratória de constitucionalidade.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É ação declaratória de constitucionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Para declarar constitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Julgo improcedente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Vossa Excelência julga improcedente?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Considera inconstitucional a norma?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Improcedente a arguição. Considero a norma constitucional pelo seguinte: a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a administração pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a administração pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador do serviço que é a administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição.

Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da administração pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Mas a administração é vítima das empresas.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, mas aqui não é contratação de pessoal, aqui é contrato administrativo de obras.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É de empresas.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Aqui? Se for de obras, sim.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: De obras; é a Lei 8.666.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, mas aqui o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas e previdenciários.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque, para fazer uma obra, desde o engenheiro até o peão da obra, é contratado pela empresa para fazer uma hidrelétrica.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É por isso que foi para a Justiça do Trabalho; é contrato de mão de obra, trabalhista.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E porque a empresa que está fazendo a hidrelétrica com os seus empregados. Esses são empregados dela; ela apresentou o quadro, inclusive, na licitação. Ajuizam ações contra ela. Se ela assumiu – não vou dizer hidrelétrica, vou dizer numa coisa pequena, reforma de uma escola –, isso é contrato administrativo de obra. Isso aqui não é contratação de pessoal.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não, o art. 71 é claro: "**Art. 71**. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas (...)"

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O contratado é o empresário que contratou os empregados.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Daí a Súmula, o enunciado do TST. Estamos diante de uma relação trabalhista, tipicamente trabalhista.

Sendo assim, eu dou pela inconstitucionalidade do art. 71 e, portanto, pela improcedência da ação declaratória de constitucionalidade, com todas as vênias.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, no caso, examinei os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho que se fizeram, ao mundo jurídico, calcados em dois dispositivos.

O primeiro deles, como mencionado pela Ministra Cármen Lúcia, é o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que não versa, diga-se, essa responsabilidade solidária.

O que prevê esse parágrafo?

> Art. 37. (...)
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão [e aí vem a cláusula que define o alcance do preceito] pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não encerra sob a minha óptica, a obrigação solidária do Poder Público quando arregimenta mão de obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da contratada.

Também houve referência à Consolidação das Leis do Trabalho. Teríamos talvez, na óptica de alguns, conflito de normas no espaço.

O que preceitua o § 2º do art. 2º? A solidariedade. Mas qual é a premissa dessa solidariedade, em que pese cada qual das empresas – vamos tomar o vocábulo empresas em sentido lato – ter personalidade jurídica própria? A direção, controle ou administração de outra. O Poder Público não tem a direção, a administração e também o controle da empresa prestadora de serviços.

Então, creio que sobra, unicamente, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/1993, no que exclui – e, a meu ver, ao excluir, não há conflito dessa norma com a Carta da República – a responsabilidade pela inadimplência do contratado, isso quanto ao Poder Público que licita, formaliza o contrato, e o contratado vem a deixar de cumprir com as obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais.

A entender-se que o Poder Público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade supletiva – seria supletiva, não seria sequer solidária –, ter-se-á que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços.

Por isso, a meu ver, deu-se alcance ao § 6º do art. 37 da Constituição Federal que ele não tem, decididamente não tem.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E até porque são coisas distintas. A responsabilidade contratual da administração pública é uma coisa; a responsabilidade extracontratual ou patrimonial, que é esta que decorre do dano, é outra coisa. O Estado

responde por atos lícitos, que são aqueles do contrato, ou por ilícitos, que são os danos praticados. Então, são duas realidades. O § 6º do art. 37 da Constituição só trata da responsabilidade administrativa extracontratual por atos ilícitos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Mas essa é uma matéria que não é objeto da causa. Aqui é só saber se o art. 71 é constitucional ou não.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu estou apenas, Presidente, pegando carona no que disse o Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Considerado o Verbete 331, partiu-se para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versa essa responsabilidade, porque não há o ato do agente público causando prejuízo a terceiros que são os prestadores dos serviços.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: No fundo, eles acabaram por revogar a própria norma. Veja que a redação da Súmula 331 do TST é expressa:

> **IV** – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial [e cita o art. 71 da Lei 8.666] (art. 71 da Lei 8.666, de 21-6-1993).

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Não, não. Por isso, não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sem declarar a inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Por isso é que eu disse que faziam referência no enunciado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Esse é o enunciado, não é Ministro Gilmar?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É o Enunciado 331.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Da Justiça do Trabalho, do TST.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Só para esclarecer à Ministra. Vossa Excelência tem certa razão, porque o art. 1º da lei não restringe a contrato de obras, não, também é contrato de serviço, inclusive de publicidade, etc.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Até contrato de obra, eu excluiria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque eu disse que era contrato administrativo, Ministro. Então, pode ser obra, serviço ou prestação de serviço.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Há inclusive, na Lei 8.666/1993, um tipo penal que não versa a prestação de serviço, e a prestação do serviço está por ele abrangida.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu só dou a inconstitucionalidade no que tange à terceirização de mão de obra com exclusividade; mas, se for contrato de empreitada, não.

Então, seria uma improcedência parcial.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Eu supero a questão do não conhecimento. Ressalvo o meu ponto de vista quanto ao não conhecimento; e, no mérito, como não tenho dúvida nenhuma sobre a constitucionalidade, eu julgo a ação procedente.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Desejo registrar**, *preliminarmente*, Senhor Presidente, **que conheço** da presente ação declaratória de constitucionalidade, **por entender configurada**, na espécie, **a existência** de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da regra **inscrita** no § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993.

Como se sabe, **o exame** de **qualquer** ação declaratória de constitucionalidade **impõe** a análise prévia **de um** dos requisitos **imprescindíveis** à válida utilização desse instrumento de controle normativo abstrato **instituído** pela Emenda Constitucional 3/1993.

Refiro-me à necessidade **de comprovação liminar**, pelo autor, **da existência de dúvida objetiva** sobre a constitucionalidade de determinada lei **ou** ato normativo federal, **resultante** da constatação **de que há** controvérsia judicial, "***em proporções relevantes***" (**RTJ** 157/371, **388**), sobre a validade jurídica da norma em apreciação.

Sem a observância desse requisito – **que se qualifica** como elemento **condicionante** do exercício da ação declaratória de constitucionalidade –, **tornar-se-á inviável** a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato (**ADC 1-QO/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES), **pois a inexistência de dissídio judicial**, motivado por razões jurídicas idôneas e consistentes, **culminaria** por converter a ação declaratória **em um inadmissível** instrumento **de consulta** sobre a validade constitucional de **determinada** lei ou ato normativo federal.

Desse modo, e para efeito de configuração **do interesse objetivo de agir** do autor da ação declaratória (**CF**, art. 103, § 4º), **torna-se indispensável** – consoante **exige** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – **que** "***pré-exista controvérsia***" **apta a afetar a presunção** "*juris tantum*" de constitucionalidade **ínsita** a qualquer ato emanado do Poder Público (**RTJ** 157/371, **385**).

A imprescindibilidade da demonstração liminar de que ocorre situação **de efetivo dissídio judicial** em torno da constitucionalidade de determinada lei editada pela União Federal **vincula-se** à natureza mesma da atividade desempenhada pela Suprema Corte. É que esta – **respeitados** os limites impostos pelo princípio da separação de poderes – **jamais** poderá converter-se **em instância de consulta**, sob pena de o pronunciamento do Tribunal revelar-se **estranho** e **incompatível** com a própria essência que qualifica a função jurisdicional.

Daí a correta observação feita pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, **em douto voto** proferido por ocasião do julgamento **da questão de ordem** suscitada na ADC 1/DF (**RTJ** 157/371, **408-409**):

> ***De outra parte**, se a Constituição define o novo instrumento de controle de constitucionalidade, em abstrato, como "**ação**", e, no § 2º do art. 102, na redação introduzida pelo art. 1º da Emenda Constitucional n. 3/1993, estipula que as "**decisões definitivas de mérito**", nela proferidas pelo STF, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, **nenhuma dúvida** poderá existir acerca da natureza, material e formalmente jurisdicional, do pronunciamento da Corte Maior. **Não se cuida**, assim, como antes anotei, **de mera consulta** dos Poderes Executivo e Legislativo ou da Procuradoria-Geral da República, acerca da validade de lei ou ato normativo federal. **Em face do princípio da separação de Poderes**, inserido qual postulado básico de nossa ordem constitucional no art. 2º da Lei Magna da República, **não haveria** como conferir ao pronunciamento da Corte **sentido estranho** ao exercício da função judiciária, com seus atributos incidentais ou inerentes (...).*
>
> ***Não se reveste**, dessa sorte, de qualquer procedência assertiva segunda a qual o Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar sobre a ação declaratória de constitucionalidade, estaria completando o processo legislativo da lei, para ratificar os juízos de sua constitucionalidade, que se hão de ter como implícitos, ao menos, na deliberação do Congresso Nacional, ao aprovar o projeto de lei ou ao recusar veto do Presidente da República, sob invocação de sua invalidade. **Nem se há**, nessa linha, **de entender que a decisão do STF tenha o sentido de mera resposta a consulta**, incabível, no âmbito e na natureza da função jurisdicional que, na espécie, se pratica.*
>
> (**Grifei.**)

Cabe destacar, neste ponto, que **também** o magistério doutrinário – **ante a presunção relativa** de constitucionalidade que milita **em favor** de qualquer lei ou ato estatal (**RTJ** 66/631) – **considera indispensável**, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, **que o autor**, desde logo, **demonstre** que se estabeleceu, **em termos relevantes**, ampla controvérsia judicial em torno da validade jurídica da norma federal posta em exame, **sob pena de inviabilizar-se** a própria instauração do controle normativo abstrato (ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 580/581, item n. 13.4, 6. ed., 1999, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "**Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos**", p. 228, item n. 9.8, 1999, RT; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 59/60, item n. 17, 15. ed., 1998, Malheiros; ZENO VELOSO, "**Controle Jurisdicional de**

Constitucionalidade", p. 322, item n. 295, 1999, Cejup; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**", p. 140/141, item n. 4.3, 1998, Celso Bastos Editor, **v.g**.).

Para legitimar-se, portanto, **o ajuizamento** da ação declaratória de constitucionalidade, **é preciso** – mais do que a mera ocorrência de dissídio pretoriano – **que a situação de divergência jurisdicional**, caracterizada pela existência de um **volume expressivo** de decisões conflitantes, **faça instaurar**, ante o **elevado** coeficiente de pronunciamentos judiciais **colidentes**, *verdadeiro estado de insegurança jurídica*, **capaz** de gerar um cenário de perplexidade social **e** de grave comprometimento da estabilidade do sistema de direito positivo vigente no País.

Tenha-se presente, desse modo, **a advertência** da doutrina e, **também**, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **no sentido** de que a ação declaratória de constitucionalidade "*só terá lugar e se justificará* ***diante da ocorrência*** *de um estado de incerteza* ***de grandes proporções*** *quanto à legitimidade da norma*" (CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 4, tomo III/152, 1997, Saraiva), **pois**, **inexistindo** controvérsia "***em proporções relevantes***" (**RTJ** 157/388, **trecho** do voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE), **ou não se configurando** um estado de dúvida em torno da validade constitucional da lei emanada da União Federal, **tornar-se-á insuscetível de conhecimento** a ação declaratória de constitucionalidade.

Todas essas observações, feitas em torno **de um dos pressupostos de admissibilidade** da ação declaratória de constitucionalidade, **justificam-se** ante a circunstância de que o **exame** da matéria ora veiculada nesta sede processual **demonstra** a existência, *na espécie*, de situação caracterizadora de grave incerteza **em torno** da validade constitucional **do § 1º** do art. 71 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

Os motivos expostos permitem-me reconhecer **atendido** o requisito de admissibilidade da **presente** ação declaratória de constitucionalidade, **tal como definido**, pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento da ADC 8-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

> ***AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO*** *DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO –* ***A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE*** *DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE –* ***AÇÃO CONHECIDA****.*
>
> *–* ***O ajuizamento*** *da ação declaratória de constitucionalidade,* ***que faz instaurar*** *processo objetivo de controle normativo abstrato,* ***supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno*** *da legitimidade constitucional de determinada lei* ***ou*** *ato normativo federal.*
>
> ***Sem*** *a observância* ***desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável*** *a instauração do processo de fiscalização normativa "in abstracto",* ***pois a inexistência*** *de pronunciamentos judiciais antagônicos* ***culminaria por converter****, a ação declaratória de constitucionalidade,* ***em um inadmissível instrumento de consulta*** *sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal,*

descaracterizando, *por completo,* ***a própria natureza jurisdicional*** *que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.*

– ***O Supremo Tribunal Federal firmou*** *orientação* ***que exige*** *a comprovação liminar,* ***pelo autor*** *da ação declaratória de constitucionalidade,* ***da ocorrência****, "****em proporções relevantes****", de dissídio judicial,* ***cuja existência*** *– precisamente* ***em função do antagonismo interpretativo*** *que dele resulta –* ***faça instaurar****, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes,* ***verdadeiro*** *estado de insegurança jurídica,* ***capaz*** *de gerar um* ***cenário*** *de perplexidade social* ***e*** *de provocar* ***grave incerteza*** *quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. (...)*

Sendo assim, Senhor Presidente, **consideradas** as razões expostas **e tendo em vista**, *sobretudo*, os precedentes que venho de referir, **conheço** da presente ação declaratória de constitucionalidade, **superando**, desse modo, **a questão preliminar** ora em exame.

Uma vez superada a questão prévia **pertinente** à cognoscibilidade **da presente** ação declaratória, **julgo-a procedente**, na linha do voto que Vossa Excelência, Senhor Presidente, **como Relator** da causa, **proferiu** sobre o mérito da controvérsia constitucional suscitada nesta sede de controle normativo abstrato.

É o meu voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, eu só gostaria de pontuar, embora isso possa até parecer *obiter dictum*, que, a rigor, ao afirmarmos a constitucionalidade do art. 71, nós estamos a fazer, pelo menos, uma severa revisão da jurisprudência do TST.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto aos recursos extraordinários.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Quanto aos recursos extraordinários.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Brecamos a subida dos processos, ante a faticidade da matéria e a regência legal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Nós temos de mudar, portanto, a nossa postura em relação à não admissibilidade dos recursos. Até pode ocorrer – Ministra Cármen já ressaltou –, num quadro, sei lá, de *culpa in vigilando*, patente, flagrante, que a administração venha a ser responsabilizada porque não tomou as cautelas de estilo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Esse fato tem de estar estampado no acórdão impugnado mediante o extraordinário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas não é o caso da rotina dos acórdãos do TST que nós temos visto. De modo que temos de rever o entendimento que até então vinha sendo placitado no Tribunal em relação à Súmula 331.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pelo menos nesse primeiro passo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Como consequência direta da procedência da ADC 16.

EXTRATO DA ATA

ADC 16/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governador do Distrito Federal (Advogados: PGDF – Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

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

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

———

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 127 — DF

Relator: Ministro Presidente

Agravantes: Sindicato Nacional dos Aeronautas e outros — Agravada: União — Interessados: Instituto Aerus de Seguridade Social, Aeroclube do Rio Grande do Sul, Grupo Aeromot, Rio Sul Linhas Aéreas, Nordeste Linhas Aéreas S.A., Varig S.A., Varig Logística S.A., Amadeus Brasil Ltda., CIP do Brasil, Equant – Integration Services Ltda., Federação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aéreos – FNTTA, Fundação Ruben Berta, GE Varig – Engine Services S.A., Aeromot Aeronaves e Motores Aeroporto Internacional Salgado Filho, Aeromot Indústria Mecânico-Metalúrgica Ltda., Internacional Air Transport Association – IATA, Interbrasil Star S.A. – iSistema de Transporte Aéreo Regional, Rede Tropical de Hotéis, Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo S.A. – SATA, Sindicato Nacional de Empresas Aeroviárias, Transbrasil S.A. – Linhas Aéreas

Agravo regimental em suspensão de liminar. 2. Medida acautelatória que obrigara a União a arcar com as despesas de complementações das aposentadorias e pensões devidas pelo fundo Aerus. 3. Decisão da Presidência concessiva de contracautela proferida sob a ótica dos riscos de prejuízo à ordem pública. 4. Imprescindibilidade de instrução probatória para demonstração do nexo causal entre o dano e a ação imputável ao ente público. 5. Risco de lesão à economia pública. 6. Entidade que se encontra sob regime de liquidação extrajudicial. 7. Inexistência de prévia dotação orçamentária. 8. Necessidade de se resguardar as legítimas expectativas dos beneficiários do Aerus. 9. Agravo regimental parcialmente provido para a limitação dos efeitos da suspensão da liminar até o momento da prolação da sentença na ação principal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

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

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Sindicato Nacional dos Aeronautas (fls. 1184/1201), nos autos da SL 127,

contra a decisão por mim proferida em 12-11-2008 (fls. 1164-1171), que possui o seguinte teor:

> (...) Cumpre afirmar que a decisão inicialmente impugnada pela União, de fato, não mais subsiste, em virtude do reconhecimento, pelo órgão jurisdicional que a prolatara, de sua incompetência absoluta (art. 112, § 3º, do CPC).
>
> Todavia, o órgão jurisdicional competente para o julgamento do processo houve por bem ratificar os efeitos da decisão anteriormente proferida, mantendo a obrigação de a União, mensalmente, aportar recursos ao fundo Aerus, de modo a viabilizar o integral pagamento dos benefícios.
>
> Desse modo, entendo que o presente incidente de contracautela é apto a suspender os efeitos da mencionada decisão, que nada mais fizera do que manter, em sua integralidade, decisão anteriormente prolatada por órgão jurisdicional incompetente.
>
> Superada, pois, essa questão, destaco também a semelhança entre o objeto deste pedido de suspensão e o da SL 129, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 6-11-2006, cuja decisão foi posteriormente referendada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal.
>
> Adoto, pois, como razões de decidir, as lançadas naquele *decisum* pela Ministra Ellen Gracie:
>
> > "7. Inicialmente, verifico ser patente, na causa em exame, a existência de controvérsia de natureza constitucional. A responsabilidade objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º) e as disposições constitucionais a respeito do regime de previdência privada (CF, art. 202 e parágrafos) não deixam dúvida do acerto de tal conclusão. Está firmada, assim, a competência desta Presidência para apreciar o presente pedido. Quanto ao requisito do exaurimento das instâncias inferiores para a propositura do pedido de suspensão de liminar, ressalto que consoante asseverou o Ministro Nelson Jobim ao julgar a SS 2.491 (*DJ* de 15-12-2004), em face do precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal (Pet 2.455-AgR, Rel. p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes, *DJ* de 1º-10-2004), 'o Presidente do STF pode suspender liminares deferidas por relatores no âmbito dos Tribunais de Justiça, independentemente de interposição de agravo regimental pelo Poder Público'. No mesmo sentido foi a decisão proferida na STA 35, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 28-6-2005 e, recentemente, o Plenário desta Corte manteve esse entendimento (SL 112-AgR, de minha relatoria, unânime, decisão de 4-10-2006). 8. Passo agora, efetivamente, ao exame do pedido de suspensão de liminar. Cabe advertir, primeiramente, que a presente sede processual não é a adequada para se discutir e apurar a alegada ocorrência de atos omissivos e/ou comissivos praticados por órgãos e agentes da União na fiscalização e na intervenção da entidade de previdência privada em discussão. Noto o grande esforço que faz o Sindicato interessado em demonstrar, com as provas documentais carreadas aos autos da ação civil pública, a ocorrência da responsabilidade objetiva da União pela desoladora situação financeira em que se encontra o Fundo aqui discutido, já em fase de liquidação extrajudicial. Todavia, não se imputa responsabilidade civil por atacado, é preciso identificar a relação biunívoca de cada fato danoso, se comprovada a sua ocorrência, com sua efetiva e particular consequência na saúde econômica do Fundo. Obviamente, tal exercício, que envolverá, sem dúvida, a realização de perícias técnicas, se dará na sua inteireza

sob a responsabilidade do magistrado federal que conduz o processo no qual se examina a ação civil pública já aludida. 9. Por ora, cabe a esta Presidência a apuração da existência de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública na execução da liminar emanada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Assim procedendo, observo, inicialmente, que os pedidos principais formulados na ação civil pública possuem natureza indenizatória, exatamente porque alegada a responsabilidade da União por danos e prejuízos financeiros sofridos pelo Aeros. Comprovada, eventualmente, essa responsabilidade, caberá a União o pagamento de verba pecuniária suficiente para reparar o dano financeiro causado. E só. Em nenhum momento, portanto, busca-se sujeitar a União à qualidade de patrocinadora do Fundo (fl. 90), pois se almeja, apenas, uma declaração judicial de obrigação pelo pagamento de quantia certa, que, se reconhecida, deverá acrescer ao patrimônio do Fundo. Já o pedido cautelar formulado na mesma inicial e atendido pela decisão prolatada pelo TRF da 1ª Região, impõe à União a obrigação de manter, até decisão definitiva, a normalidade das provisões que seriam devidas pelo Aeros aos seus beneficiários. É situação diversa que, de fato, se distancia radicalmente do objeto da ação e que fere, frontalmente, a ordem pública, considerada em termos de ordem jurídica. Por maior que venha a ser, eventualmente, a responsabilidade atribuída à União, tal reconhecimento nunca poderá ter como efeito a obrigação, da referida pessoa jurídica de direito público, de aportar recursos a entidade de previdência privada, como se patrocinadora fosse. É vedação constitucional contida no art. 202, § 3º, da Carta Magna. Outro aspecto igualmente lesivo à ordem jurídica é o fato da decisão liminar em exame não ter considerado a situação de liquidação extrajudicial do referido fundo de previdência privada, ocorrida desde o dia 10-2-2005. Nessa circunstância, o Fundo deixou de servir à sua finalidade de prestar benefícios continuados aos seus integrantes, passando a massa liquidanda a ser gerida com o intuito de solver passivos e servir, na medida de suas forças, ao rateio das reservas matemáticas entre seus participantes. Nesse sentido, prevê o art. 49, VIII, da Lei Complementar 109, de 29-5-2001, que 'A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos: VIII – interrupção do pagamento à liquidanda das contribuições dos participantes e dos patrocinadores, relativas aos planos de benefícios'. Obrigar a União, nessas condições, a garantir a continuidade de um microssistema previdenciário financeiramente comprometido já em processo de liquidação extrajudicial provoca, sem dúvida, lesão à ordem pública, não só considerada em termos de ordem jurídica como também em termos de ordem administrativa. 10. Por todas essas razões, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, defiro o pedido para suspender, até decisão definitiva da Ação Civil Pública 2005.34.00.022531-7 (fls. 92/99), a execução da liminar proferida pela Relatora do Agravo de Instrumento 2005.01.00.062759-1, que tramita perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 29/34). Determino que o montante de R$ 5.770.250,00 (cinco milhões e setecentos e setenta mil e duzentos e cinquenta reais) referidos na Programação 09010B610101, anexa à Lei 11.353, de 19-10-2006, e citado na decisão de fls. 1415/1416 permaneça indisponível, até o julgamento definitivo da referida ação civil pública, em depósito judicial sob os cuidados do Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal."

Verifica-se, portanto, a existência de lesão à ordem pública, tendo em vista o evidente descompasso entre a decisão impugnada e o disposto no art. 202, § 3º, da Constituição da República, que veda o aporte de recursos, pela União, a entidades de previdência complementar.

Ademais, nos termos do art. 100 da Constituição Federal e do art. 2º-B da Lei 9.494/1997, é vedada a execução provisória contra o Poder Público. Na hipótese, processo judicial em que se busca a responsabilização da União por suposto prejuízos causados ao fundo Aerus, não se pode admitir que decisão proferida em juízo de cognição sumária determine o imediato dispêndio de recursos financeiros pela União, sem o anterior trânsito em julgado de decisão que expressamente reconheça a sua responsabilidade (art. 37, § 6º, da Constituição da República).

Por fim, restou evidenciada a lesão à economia pública, haja vista a imposição, sem causa legítima, de expressivo encargo mensal à União, na manutenção de planos de benefícios liquidados ou em processo de liquidação extrajudicial.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal João Batista Moreira, nos autos do Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4, que mantivera os efeitos da decisão anteriormente proferida pela Desembargadora Federal Neuza Alves.

Registre-se que, em oportunidade anterior, a então Presidente desta Corte, Ministra Ellen Gracie, havia deferido apenas em parte o pedido de suspensão, determinando a sustação dos efeitos da decisão impugnada, na parte em que determinara a fixação de multa, caso a União não cumprisse o que fora determinado.

Em suas razões, o agravante alega a existência de "causa legítima" para o deferimento do pedido de antecipação de tutela nos autos do Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4, ao argumento de que ações e omissões supostamente perpetradas pela União teriam dado causa ao estado ruinoso do fundo Aerus.

Afirma, também, não ser aplicável, ao caso, a vedação constante do art. 202, § 3º, da Constituição, tendo em vista se tratar de hipótese de responsabilização do Estado por atos omissivos e comissivos, com fundamento no art. 37, § 6º, da CF/1988, e não de mero aporte voluntário de recursos financeiros a entidade de previdência privada, o que, de fato, seria vedado pelo texto constitucional. Segundo ele, a interpretação atribuída ao art. 202, § 3º, pela decisão impugnada subtrairia, por completo, a eficácia do art. 37, § 6º, no tocante a entidades de previdência complementar, pois, caso prevalecesse tal exegese, o Estado, em hipótese alguma, poderia ser responsabilizado por prejuízos causados a essas entidades.

Também no tocante a esse tema, sustenta que a vedação contida no art. 202, § 3º, teria sido inserida na Constituição pela Emenda 20/1998. Por conseguinte, como vários dos atos e omissões imputados à União teriam sido praticados anteriormente à vigência dessa emenda, o referido dispositivo constitucional não seria aplicável à espécie.

Assevera, ainda, que o deferimento do pedido de antecipação de tutela pela corte regional não violaria o disposto no art. 100 da Constituição da República, tendo em vista que a regra que determina a submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública à sistemática dos precatórios deveria ser afastada ante a necessidade de se resguardar o direito à vida, à saúde e a existência digna dos

beneficiários do Aerus. Ademais, o valor devido a cada um dos participantes do fundo, se tomado isoladamente, configuraria obrigação de pequeno valor (art. 100, § 3º, da Constituição), cujo pagamento não se submeteria aos precatórios.

Por fim, sustenta que a tutela antecipada concedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região teve por finalidade conferir efetividade ao provimento final da demanda, tendo em vista a idade avançada de vários dos aposentados e pensionistas do Aerus.

Pelas razões expostas, requer o provimento do agravo, com o consequente restabelecimento dos efeitos da decisão que fora suspensa pela Presidência deste Supremo Tribunal Federal, desde a sua prolação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Em 12-11-2008, ao analisar pedido de reconsideração formulado pela União, determinei a suspensão dos efeitos da decisão liminar proferida no Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4, que obrigara a União a arcar com as despesas decorrentes das complementações das aposentadorias e pensões devidas pelo fundo Aerus.

Naquela assentada, consignei que a referida decisão representava risco à ordem e à economia públicas, haja vista a impropriedade de se definir, em decisão liminar, a responsabilidade do Estado por prejuízos supostamente causados a fundo de pensão. Também deixei registrado que a decisão impugnada, na forma em que proferida, impunha à União obrigação constitucionalmente vedada (art. 202, § 3º) e violava o disposto no art. 100 da Constituição.

Inconformado, o Sindicato Nacional dos Aeronautas interpôs o presente agravo regimental.

Sensibilizado pelo aspecto social da questão, vislumbro a necessidade de se adotar uma solução diferenciada para o caso.

Inicialmente, cumpre registrar que este Plenário já teve a oportunidade de analisar caso idêntico (SL 129, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 4-5-2007), tendo decidido pela manutenção da decisão da Presidência que deferira o pedido de suspensão. Naquele caso, tratava-se do Aeros, entidade responsável pela complementação dos benefícios previdenciários pagos aos inativos da Vasp. Desta feita, cuida-se do Aerus, fundo de pensão dos aposentados e pensionistas da Varig, Transbrasil e outros. Importante registrar que, neste caso, o número de beneficiários é consideravelmente maior, bem como o valor que a União teria de aportar ao fundo, como meio de se garantir a percepção integral das aposentadorias e pensões pelos beneficiários.

Não obstante esse fato, as razões que levaram esta Corte, naquela ocasião, a julgar improcedente o agravo regimental, também se fazem presentes neste caso. Há, contudo, no meu entender, a necessidade de se mitigarem os efeitos da

suspensão, tendo em vista as gravosas repercussões sociais da decisão e a necessidade de adoção de uma solução diferenciada para o caso.

Não se pode olvidar que não é objeto de análise, nesta sede processual, o mérito da demanda – se, de fato, a União concorreu para o atual estado ruinoso do Aerus. Tal questão será apreciada quando do julgamento do mérito da ação principal.

Portanto, neste agravo regimental, deve-se examinar apenas a presença, ou não, dos pressupostos para o deferimento do pedido de contracautela (risco de lesão à ordem, saúde, segurança ou economia públicas).

E nessa perspectiva, entendo que o provimento judicial impugnado na presente suspensão de liminar violou a ordem pública, em sua acepção jurídico-processual e jurídico-administrativa.

Isso porque não se revela possível, *a priori*, a declaração da responsabilidade civil da União na fase inicial do processo, em provimento liminar, caracterizado, como se sabe, pela cognição apenas superficial dos elementos da causa. A definição da responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição exige a demonstração cabal da existência do ato comissivo imputável ao ente público, do dano e do nexo causal entre esses elementos. Registre-se, ademais, que, nas hipóteses de atos omissivos, também seria necessária a comprovação da culpa do agente (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 27-2-2004). Tratar-se-ia, pois, de culpa subjetiva e não objetiva do Estado.

De toda a forma, é imprescindível que a definição da responsabilidade do Estado, principalmente em causas que envolvam obrigações de grande monta, seja precedida de instrução probatória, com a finalidade de que, por meio do filtro do contraditório e da ampla defesa, sejam definidas as responsabilidades e quantificados os danos. É no mínimo temerária decisão que, lastreada em mero juízo de plausibilidade, impõe à União a obrigação de aportar mensalmente vultosos recursos a entidade de previdência complementar que, saliente-se, já se encontrava, à época da decisão, sob regime de liquidação extrajudicial e em processo de adiantamento das reservas matemáticas. Nesse sentido se manifestou a Ministra Ellen Gracie na mencionada SL 129:

> Adiantamento de verba alimentar haveria se a decisão cuja suspensão aqui se requereu já tivesse em sua fundamentação, apurado e demonstrado o reflexo monetário concreto de qualquer prejuízo efetivamente causado por ato praticado por agente da União, cuja alegação com base em provas inequívocas, fosse dotado de verossimilhança. O que se teve, na verdade, foi uma difusa e precoce declaração da União, que, na fase inicial do processo, já se viu obrigada a aportar significativos recursos para o Aeros. Permitiu-se, a meu ver, que o Judiciário desse, em momento inapropriado, inadmissível falsa esperança a pessoas que, além de desconhecerem por completo a situação enfrentada pelo Fundo – hoje em gerenciamento da massa liquidanda para solvência dos passivos e para o rateio das reservas matemáticas entrem seus participantes –, vivem dramática situação de ilusão e de dificuldade financeira, mesmo após anos a fio de ininterrupta contribuição.

Ademais, entendo que a decisão impugnada impusera à União a adoção de condutas constitucionalmente vedadas, o que, no meu entender, evidencia o risco de lesão à ordem público-administrativa.

Com efeito, a ordem para que a União procedesse mensalmente à complementação dos benefícios pagos pelo Aerus encontra óbice no art. 202, § 3º, da Constituição da República. Tal dispositivo veda expressamente o aporte de recursos pela União a entidades de previdência privada, a não ser na condição de patrocinadora. E foi exatamente o que decisão fez: transformou a União em patrocinadora do fundo, condição que nunca ostentara – e nem mesmo poderia ostentar –, uma vez que a sua função era eminentemente reguladora e fiscalizadora da atividade.

Verifica-se, pois, que o pedido de antecipação de tutela e a decisão que a deferiu extrapolaram o objeto da ação (pedido final). Não obstante o mérito da causa diga respeito à responsabilização da União, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição por atos comissivos e omissivos que teriam levado o Aerus à ruína, a decisão impugnada foi além, não apenas reconhecendo a responsabilidade do ente público, mas também determinando que ele assumisse a condição de patrocinador da entidade.

Verifica-se, ainda, afronta ao disposto no art. 100 da Constituição (regra dos precatórios). Em processo judicial no qual se busca a responsabilização da União por supostos prejuízos causados ao fundo Aerus, não se pode admitir que decisão proferida em juízo de cognição sumária determine o imediato dispêndio de recursos financeiros pela União, sem o anterior trânsito em julgado de decisão que expressamente reconheça a sua responsabilidade (art. 37, § 6º, da Constituição da República).

Não se pode olvidar também que a entidade de previdência complementar em questão encontra-se sob regime de liquidação extrajudicial, decretada e conduzida pelo Poder Público, sendo, pois, lesiva à ordem administrativa decisão que determina a continuidade forçada de suas atividades. Nesse sentido o voto da Ministra Ellen Gracie na referida SL 129:

> Também mantenho o entendimento de que a decisão objeto da presente suspensão de liminar provoca lesão à ordem administrativa, pois, como dito no despacho agravado, forçar a continuidade de sistema previdenciário fechado já em regime de liquidação extrajudicial já decretada, conduzida e executada pelo próprio Poder Público, cria, certamente, dificuldades no alcance do objetivo esperado no processo liquidatório. Ínsito, mais uma vez, que o que há, no momento, – e isso não foi alcançado pela decisão concessiva de tutela – é a situação jurídica de uma massa liquidanda na qual se buscará, na medida do possível, o pagamento de despesas e o rateio das reservas matemáticas entre os seus participantes.

Por fim, vislumbro também lesão à economia pública, tendo em vista que para o cumprimento da decisão impugnada, a União será obrigada a despender mensalmente, segundo a requerente, valores na ordem de R$ 13.500.000,00

(treze milhões e quinhentos mil reais), sem que, para tanto, exista prévia dotação orçamentária.

Por outro lado, entendo que a situação do Aerus causa, de fato, perplexidade. Não se pode realmente fechar os olhos para a situação dos milhares de segurados da entidade que, embora tenham contribuído toda uma vida para o fundo, veem-se, em sua velhice, privados da percepção dos benefícios ao quais fazem jus.

Tal fato, contudo, não autoriza a completa subversão da ordem processual e a apressada atribuição de responsabilidade à União, como se ela fosse uma espécie de "seguradora universal". Não se pode olvidar que a despesa criada pela decisão judicial impugnada obrigaria a União ao contingenciamento de recursos públicos, muitos dos quais já destinados ao atendimento de necessidades públicas de alcance social geral. Não se pode admitir, a meu ver, que decisão proferida por intermédio de juízo de cognição sumária e superficial tenha tal alcance.

Todavia, tendo em vista a necessidade de se resguardar as legítimas expectativas dos beneficiários do Aerus, as quais se baseiam no regular cumprimento de suas obrigações perante o fundo (pagamento das contribuições devidas), vislumbro a necessidade de se limitar os efeitos da suspensão da liminar, até a prolação de sentença na ação principal. Isso porque a sentença, diversamente da decisão antecipatória, decorre de juízo exauriente dos elementos da causa, sendo proferida após a análise das provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A necessidade de se resguardarem os interesses contrapostos impõe, portanto, uma solução diferenciada. A limitação dos efeitos desta suspensão até a sentença de mérito no processo em curso na primeira instância constitui uma forma de solução conciliatória para o caso.

Ressalto, por fim, que as partes no processo devem envidar todos os esforços para a adoção de posições conciliatórias, o que poderá ser feito no bojo do processo em curso no juízo federal de primeira instância, mantidos suspensos, enquanto isso, os efeitos da decisão cautelar proferida no Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao agravo regimental, de modo que a suspensão dos efeitos da decisão liminar proferida no Agravo de Instrumento 2006.01.00.016434-4, perdure até a prolação de sentença na Ação Civil Pública 2004.34.00.010319-4, em trâmite na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal**.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, Vossa Excelência condiciona a suspensão ao julgamento do agravo em curso no Regional?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mantenho a suspensão até a sentença.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A decisão na causa que corre em primeira instância?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, porque, aqui, temos liminares mandando a União repassar os recursos para essas entidades proverem e sustentarem o fundo. E, aí, é um julgamento antecipado, a fim de que, talvez, com base na sentença, busque-se uma fórmula alternativa, até mesmo uma conciliação.

Foi a proposta que me ocorreu, tendo em vista a gravidade do tema do ponto de vista social.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, vou acompanhar Vossa Excelência.

Creio que é prudente essa providência de fazer a suspensão, e prudente também fazer com que ela tenha força até a data da sentença.

Não se trata de mandado de segurança, é uma ação civil pública, uma solução extremamente razoável, porque permite, primeiro, acelerar o processo de desembolso, caso a sentença de mérito seja favorável. E, por outro lado, permite, na ação civil pública, a possibilidade de realização de um acordo, como Vossa Excelência assinalou.

Por essas razões, eu acompanho e também provejo em parte.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, este é um caso com o qual tenho um cuidado especial. Chegou para mim, no mês de dezembro do ano passado, o RE 571.969, ao qual dei toda prioridade, tanto que já pedi a inclusão em pauta, apesar de serem três recursos ali. O Ministério Público deu prioridade, exatamente considerando a gravidade e as repercussões do caso. Apesar de toda a correria, o que pudemos fazer foi liberar e tentar pautar exatamente por causa dos efeitos sociais.

Portanto, a solução de Vossa Excelência, neste outro caso, parece-me razoável, para que não se tenha, no caso específico, um ônus superior de difícil desfazimento.

Acompanho Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também acompanho Vossa Excelência.

Acho razoável a solução dada, porque, na verdade, os aposentados e pensionistas, muitos já em provecta idade, têm a legítima expectativa, ou tinham uma legítima expectativa de receberem os proventos da aposentadoria ou as

pensões respectivas. Mas tenho a impressão, ou tenho a certeza, melhor dizendo, que a solução de Vossa Excelência abrevia essa espera, porque condiciona a validade da decisão até o julgamento de mérito, em primeiro grau.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, esse assunto é, do ponto de vista social, de uma importância muito grande.

A Ministra Cármen Lúcia observou – e eu vi pelo *site* – que o RE 571.969 está pronto para ser julgado.

Peço vênia aos colegas para pedir vista. Assim que for julgado, no início de fevereiro, nós teremos inclusive condições de apreciar esta matéria com mais prudência ainda, e, quem sabe, sensibilizando todas as partes.

EXTRATO DA ATA

SL 127-AgR-segundo/DF — Relator: Ministro Presidente. Agravantes: Sindicato Nacional dos Aeronautas e outros (Advogado: Luís Antônio Castagna Maia). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Interessados: Instituto Aerus de Seguridade Social (Advogados: Eduardo Braga Tavares Paes e outros), Aeroclube do Rio Grande do Sul (Advogados: Fábio Brun Goldschmidt e outros), Grupo Aeromot (Advogados: Eduardo Sudaia Teixeira e outros), Rio Sul Linhas Aéreas (Advogada: Anna Claudia B. de Ranieri), Nordeste Linhas Aéreas S.A., Varig S.A. (Advogada: Cristina Maria Magratti), Varig Logística S.A. (Advogada: Mariana Gualdo de Luna Coutinho), Amadeus Brasil Ltda., CIP do Brasil, Equant – Integration Services Ltda., Federação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aéreos – FNTTA, Fundação Ruben Berta, GE Varig – Engine Services S.A., Aeromot Aeronaves e Motores Aeroporto Internacional Salgado Filho, Aeromot Indústria Mecânico-Metalúrgica Ltda., Internacional Air Transport Association – IATA, Interbrasil Star S.A. – Sistema de Transporte Aéreo Regional, Rede Tropical de Hotéis, Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo S.A. – SATA, Sindicato Nacional de Empresas Aeroviárias, Transbrasil S.A. – Linhas Aéreas.

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), dando parcial provimento ao agravo, no que foi acompanhado pelos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

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

Brasília, 19 de dezembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eros Grau: A presente suspensão de liminar é em tudo semelhante à SL 129, cujo agravo regimental foi apreciado por este Plenário na sessão de 15-12-2006.

2. Naquela ocasião afirmei que não poderia exceder os limites do direito positivo para não permitir que, futuramente, viessem a ser eles rompidos em desfavor do interesse social e das garantias democráticas. Acompanhei a eminente Relatora, Ministra *Ellen Gracie*, para negar provimento ao recurso dos aeronautas.

3. No presente caso, contudo, refleti sobre os fundamentos da decisão liminar deferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e, com fundamento no voto proferido pelo Ministro *Marco Aurélio* nos autos do SL 129-AgR, creio que assiste razão aos agravantes.

4. A questão ora analisada não diz respeito ao disposto no art. 202, § 3º, da Constituição, quanto ao aporte de recursos a entidade de previdência privada por entes públicos distintos da figura do patrocinador. O preceito constitucional veda apenas a participação espontânea, voluntária, do órgão público que não seja o patrocinador do fundo de previdência privada.

5. O tema de fundo da ação civil pública que deu origem à presente suspensão de liminar é tão somente a responsabilidade do Estado, nos termos do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição do Brasil.

6. Os atos praticados pela União desde 1991, quanto às empresas aéreas participantes da entidade de previdência privada Aerus e após, na qualidade de liquidante do fundo de pensão, ultrapassaram a mera atividade reguladora e fiscalizadora prevista na Constituição. Trata-se, como observado pelo Ministro *Marco Aurélio* nos autos da SL 129, de "administração, propriamente dita, pelo Poder Público".

7. Neste ponto creio que lesão maior seria a infligida aos pensionistas do Aerus, pessoas menos afortunadas que resultam privadas da complementação de aposentadoria para a qual contribuíram anos a fio, verba de caráter eminentemente alimentar.

8. Não vislumbro, por fim, lesão à economia pública, na medida em que a decisão que deferiu a medida liminar ora impugnada não transformou a União em patrocinadora do fundo de pensão, antes determinando a complementação dos benefícios previdenciários por ela e pelos demais patrocinadores "proporcionalmente ao quanto se obrigaram".

Dou provimento ao agravo regimental, para manter a medida liminar deferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos da Ação Civil Pública 2004.34.00.010319-2.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, estou de acordo, mas tenho alguma reticência. A proposta no sentido de se aguardar uma sentença de

primeiro grau parece-me um pouco temerária. Levantaria um pouquinho o patamar e aguardaria uma decisão do Tribunal.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Desculpe-me, eu não percebi?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Aguardaria a decisão de segundo grau.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Na realidade, neste caso, eu apenas suspendi uma multa que havia sido imposta pelo Desembargador. O Ministro Gilmar Mendes foi quem realmente decretou a suspensão. A proposta dele, na solução do agravo regimental, é de que se aguarde a decisão monocrática.

Creio que, de fato, é ponderável a consideração que faz agora o Ministro Joaquim Barbosa no sentido de que pelo menos a segunda instância, que verifica fato e prova, se tenha manifestado.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, só há um problema: o pano de fundo é a prestação alimentícia. Implementou-se a tutela antecipada visando à responsabilidade da União, que foi, durante longo período, administradora do fundo quanto a proventos, pensões e auxílio doença.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas essa é uma questão que tem que ser resolvida na instância (inaudível).

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Afastar esse pronunciamento do cenário jurídico implica – e tem-se que sopesar valores e a corda não deve estourar do lado mais fraco – deixar inúmeras pessoas – como disse o Ministro Eros Grau – que contribuíram para os benefícios sem esses benefícios.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas há muitas questões fáticas em via de serem decididas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Daí ter elogiado a decisão da Juíza Neusa, do Tribunal Regional Federal, no que implementou a tutela antecipada, na ação civil pública.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: É uma solução fácil esta: entrega para a União a responsabilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há um outro detalhe: dificilmente esta matéria chegará ao Supremo na via do extraordinário.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Então aguardemos que a instância do fato resolva-a primeiro. Duas instâncias. É mais seguro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu havia anotado em relação a essa questão que, desde logo, havia obviamente lesão ao art. 100, que é a regra dos precatórios.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Presidente, seria obrigação de dar conjugada com a obrigação de fazer. Seria a responsabilidade quanto à implantação desses benefícios. Não se cogita de satisfação de verbas vencidas quando se terá, então, a via do famigerado precatório.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Mas então neste caso eu fico a imaginar que, além da importância deste caso, há tantos outros em que se imputa a responsabilidade à União ou aos Estados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Já foi julgada a ação civil pública?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não, porque há uma série de incidentes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É muito complexa a matéria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Houve uma suspensão. Creio que suspendemos até esse julgamento porque, inicialmente, a AGU e os interessados tentaram uma composição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, quando apreciamos a SL 129, ressaltei um aspecto interessantíssimo: a União demorou um ano para bater às portas do Supremo e, durante esse período, satisfez as parcelas, reconhecendo implicitamente a responsabilidade.

O Sr. Ministro Eros Grau: Se Vossa Excelência me permitir, procuro sempre argumentar com regras e não com princípios isolados. Mas, aqui, a questão da agressão ao princípio da boa-fé é uma coisa escancarada, até porque, durante um período de tempo, a União cumpriu e depois deixou de cumprir. Sei que há outros casos também, mas este é um caso que está diante de nós e que pode ser solucionado por nós.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Eu tenho a impressão de que, como já tentamos fazê-lo, deveríamos até recomendar e pedir a supervisão da Procuradoria da República e da AGU, para que esse processo tivesse a devida e a adequada tramitação.

De fato, estamos a falar de um caso de grande sensibilidade social.

Mas vejam Vossas Excelências, eu até anotava a manifestação da Ministra Ellen num outro caso em que ela também chamava atenção para essa questão dizendo que havia:

> (...) lesão à ordem administrativa, por forçar a continuidade de sistema previdenciário fechado já em regime de liquidação extrajudicial.

E, no caso específico, pelo menos esses eram os dados disponíveis, a União estaria obrigada a despender treze milhões e quinhentos mil reais mensais. E não havia, para tanto, prévia dotação orçamentária. Quer dizer, neste caso, a rigor é

uma decisão liminar com essa implicação. Admitindo que há tantos outros exatamente na área dos fundos de pensão, só neste caso teríamos treze milhões e quinhentos mil mensais para complementação das pensões devidas por esse Fundo.

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, perdoe-me, mas esse argumento não me impressiona.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Não, mas há argumentos outros: esta é uma condenação prévia em sede de liminar dada por um despacho de segundo grau.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Precaríssimo; muito precário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Por isso que eu buscava uma solução intermediária, dizendo que faria a suspensão desde que houvesse pelo menos um juízo supostamente seguro, considerando as realidades fáticas, de uma sentença de primeiro grau. Mas até adiro à proposta do Ministro Joaquim Barbosa no sentido de que tenhamos um juízo em sede de apelação.

Em suma, o caso precisa ser decidido.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O Tribunal poderia enviar uma recomendação às instâncias ordinárias.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): E há vários incidentes. Até recebi, à época, a visita dos advogados. Há, por exemplo, processos pendentes não por ação da União, mas graças a recursos que estão pendentes por parte dos interessados que são muitos.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Também há de considerar, Ministro Joaquim, que muitas vezes – e isso se deu aqui mesmo no Tribunal – decisões foram paralisadas a pedido das partes, porque existe – como se sabe – uma ampla negociação junto ao Poder Executivo para que haja um encontro de contas entre haveres deste Fundo e os débitos que ele tem com órgãos como a Infraero, como a própria Previdência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Nesse caso mesmo houve a suspeição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: No caso do recurso extraordinário de que sou relatora que é exatamente este caso, caso específico que entra a Ero, no dia que estava pautado, a União, a Ero e o Sindicato nos pediram para tirar de manhã do dia. Estava pautado para eles tentarem uma negociação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Houve várias reuniões entre a AGU e os interessados, e acredito que não chegaram a bom termo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não. AGU já comunicou na semana passada.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): De modo que mantenho, portanto, a minha posição, aderindo à proposta do Ministro Joaquim de que esperemos um juízo seguro em sede de apelação. Ademais, acho que nós deveríamos emitir uma recomendação no sentido que se desse prioridade ao julgamento

desse processo. Se o Tribunal me autorizar, entrarei em contato com o próprio Tribunal Regional Federal.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, quando do julgamento do SL 129-AgR – e o pano de fundo é o mesmo –, apontei, em primeiro lugar, que, dificilmente, o que virá a ser decidido na ação civil pública chegará ao Supremo nessa via afunilada que é a do recurso extraordinário, porque teremos fatos envolvidos, teremos prova a ser sopesada. E apontei que:

> O que se discute na ação civil pública é a responsabilidade do Estado, a responsabilidade da União. Tudo sinaliza no sentido de que se chegará a uma conclusão a respeito a partir do exame de elementos fáticos, de elementos probatórios. O recurso extraordinário não viabiliza esse exame. Viabiliza, sim, algo que não se confunde com o reexame da prova, que é o enquadramento jurídico das premissas fáticas constantes do acórdão.
>
> Neste caso, a proficiente juíza, Neusa Alves [refiro-me a integrantes do Tribunal e não reconheço, até que a Câmara venha a encerrar a reforma do Judiciário, o título de desembargadora federal], simplesmente manteve [e isso perdurou por um ano até a vinda da União ao Supremo] o *status quo* ante, que tem uma envergadura social insuplantável, já que em jogo estão proventos de aposentados e, também, pensões de viúvas, além de auxílio-doença. O fez de forma desarrazoada a juíza Neusa? A meu ver não, porque considerou não só a existência da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social, que deve exercer, no tocante aos fundos, fiscalização, isso até mesmo para não ser colocado em risco o próprio sistema, a credibilidade do fundo previsto constitucionalmente, como também algo que, para mim, é impensável, ou seja, a administração. Não posso cogitar sequer de intervenção, porque intervenção visa ao saneamento, e saneamento há de ser feito em um prazo razoável. Ocorreu a administração do Fundo por um interventor, designado pela Secretaria de Previdência Complementar, durante dez anos. Foram levados em conta aspectos que estariam a revelar – e que não poderão ser reexaminados quando do julgamento de futuro recurso extraordinário –, se houver, aspectos fáticos alusivos a essa administração, apontando-a como danosa aos interesses dos beneficiários do Fundo.
>
> Devo sopesar, Presidente, valores, até mesmo considerando que a atuação da União vem acontecendo em diversos campos, de forma assistencialista. Não posso concluir que a decisão prolatada é merecedora dessa medida extrema que é a medida de suspensão.
>
> Entre a responsabilidade que tenho de início, como teve a relatora no Regional, decorrente dessa intervenção projetada a mais não poder no tempo – para mim, não se mostrou intervenção, mas administração do próprio Fundo –, entre a responsabilidade da União, visando a manter, como vinha mantendo, a complementação dos proventos, das pensões e o afastamento dessas complementações, que dizem respeito a prestações alimentícias, que dizem respeito a pessoas menos afortunadas [e já com idade avançada, alguns já até falecidos, daí se cogitar de pensões], [peço vênia para dar ênfase maior à questão social].
>
> O Estado – gênero – existe para nos proporcionar segurança, e é inconcebível que, diante desse contexto – e aqui tenho presente a intervenção durante dez anos –,

> caminhe-se para o afastamento da responsabilidade desse mesmo Estado. Ressalto, mais uma vez, que mediou entre a decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal e o pedido formalizado nesta Corte cerca de um ano. Durante esse período, a União implicitamente admitiu a própria responsabilidade, no que não acionou, de imediato, a lei ensejadora da suspensão da liminar.

E sabemos que esse instrumental é um instrumental, em primeiro lugar, unilateral, só uma das partes tem acesso a ele, o Poder Público. Em segundo lugar, coloca em segundo plano – praticamente de forma projetada no tempo – a organicidade do Direito. Em vez de se observar os patamares do Judiciário, chega-se ao Supremo com queima de etapas. É um elogio a nós todos, ao Supremo. Acredita-se no taco do Supremo e bate-se à porta dele para ter-se a suspensão.

Agora, há casos e casos. Este, a meu ver, é um caso em que, se sopesando valores – e o valor mais alto, mais elevado, está ao lado daqueles beneficiários das parcelas que se pretende ver implementadas sob o ângulo da satisfação.

Presidente, mantenho esse entendimento e receio que se leve à penúria tantos que acreditaram nesse Fundo, principalmente quando se tinha à frente dele – e se teve durante dez anos – pessoa designada pela própria União, pela Secretaria a que me referi.

Por isso peço vênia para prover o agravo, afastando a suspensão implementada.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, levando em consideração o fato de que a União, por si mesma, sem interposta pessoa jurídica, administrou o Fundo por dez anos, em torno disso, me parece que esse fato atrai para o caso a incidência não só do princípio da boa-fé ou da proteção da confiança, enquanto conteúdo do princípio da moralidade administrativa, que se inscreve na cabeça do art. 37 da Constituição, como o § 6º desse art. 37:

> Art. 37. (...)
> (...)
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, (...).

Então, eu também estou dando provimento ao agravo regimental para o fim de manter a liminar concedida no âmbito do TRF da 1ª Região, não em nível ainda de Colegiado, mas foi uma decisão monocrática de uma das juízas daquele Tribunal.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, com o devido respeito, ou nós estamos diante de uma causa cujos aspectos factuais estão todos esclarecidos – neste caso, provavelmente a causa já foi julgada por decisão antecipada da lide, não há necessidade de prova –, ou estamos diante de causa cujos contornos

históricos, empíricos, etc., impõe instrução ainda que sumária, ainda que curta, isto não importa. Eu não tenho, Senhor Presidente, nenhum dado para fazer juízo definitivo a esse respeito. E, considerando que se trata de interesses de peso – e não diria que são de pesos equivalentes, mas são de pesos que devem ser considerados pelo Tribunal –, a mim desagrada, deixa-me desconfortável autorizar esse pagamento mediante liminar, isto é, independentemente do início de instrução.

De modo que a proposta de Vossa Excelência no sentido de condicionar a suspensão, até pelo menos a vinda de uma sentença de primeiro grau que avalie a instrução da causa, me parece prudente. O relevante, no caso, é que o juiz de primeiro grau decida rapidamente. A instrução já pode está concluída, de tão longa que é a causa.

Por essa razão, sem, evidentemente, desconsiderar a importância e a urgência, sobretudo o interesse daqueles que dependem dessas pensões, enfim, desses benefícios de ordem previdenciário, eu nego provimento ao recurso.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, também eu, na medida em que há o pedido na ação civil pública. Ela, na realidade, tem natureza indenizatória e busca o estabelecimento, o reconhecimento da *faute du service*, no fato de a União ter falhado na sua missão, na sua atribuição fiscalizatória.

Por isso, também, não vejo como autorizar, desde logo, pagamentos sem que se faça a necessária verificação dessa responsabilidade à prova devida.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, talvez o advogado possa esclarecer.

A Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do agravo na SL 129, aludiu a um agravo regimental contra a decisão da Relatora no Regional Federal, que estaria para ser apreciado.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Naquela época, o agravo não tinha sido julgado ainda. Não sei se já foi.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não tinha. Não sei se hoje já foi julgado.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Creio que ele ficou prejudicado pelo nosso julgamento.

DEBATE

O Sr. Ministro Eros Grau: Presidente, como iniciei a divergência, gostaria de mencionar a importância da fixação da data. Porque a decisão de Vossa Excelência aguarda até a decisão de primeira instância. É isso?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A decisão de primeiro grau.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não. O Ministro Presidente aderiu a minha proposta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência aderiu, eu mantenho a sua decisão original. Não dá para ficar esperando uma decisão de segundo grau.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Peço vênia ao Ministro Joaquim Barbosa para ficar com a proposta de aguardar um juízo seguro do Primeiro Grau.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu diria que seria uma excesso de lavar as mãos. Nós estamos diante de um problema social monumental. Estamos lavando as mãos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há algo interessante, Senhor Presidente, para mostrar-se o emperramento da máquina judiciária. Discutimos o caso na SL 129, em 2006, e o agravo já estava pendente há dois anos.

DEBATE

O Sr. Ministro Eros Grau: Presidente, haverá uma comunicação – essa que foi mencionada? No sentido de que se agilize um pouco?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Seria interessante.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Exatamente. É no sentido de que haja providência e de que as partes colaborem na definição deste caso, pois sei que há recursos e medidas pendentes no tribunal. É preciso que haja, realmente, uma decisão em primeiro grau porque ali, sim, vai ser feita a aferição desses fatos altamente controvertidos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não seria o caso de condicionar ao julgamento dos agravos?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Estamos condicionando ao julgamento da ação de primeiro grau.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há os agravos pendentes, e se disse que a providência foi implementada no campo monocrático, no campo individual. O crivo do Colegiado não seria o bastante?

A Sra. Ministra Ellen Gracie: De toda forma, Ministro Marco Aurélio – salvo melhor juízo –, é o primeiro grau que deverá fazer a delibação se houve ou não responsabilidade da União na falta de fiscalização.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É que a segunda instância também é ordinária.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: A segunda instância só se manifestará a respeito da correção ou não daquela decisão da colega do Tribunal Federal de Apelação. O juízo de primeiro grau, esse sim, haverá de conduzir a produção de prova que determine ou não a responsabilidade da União, porque é verdade que

o fundo esteve durante bastante tempo sob intervenção, mas não entrou em intervenção em perfeita sanidade financeira.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: De qualquer forma, nossa decisão não afasta o julgamento dos agravos. Poderemos ter uma nova realidade judicial com o julgamento dos agravos.

Podemos ter ou será que estamos obstaculizando o julgamento dos agravos ainda pendentes no Regional Federal?

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Nada impede o julgamento.

EXTRATO DA ATA

SL 127-AgR-segundo/DF — Relator: Ministro Presidente. Agravantes: Sindicato Nacional dos Aeronautas e outros (Advogado: Luís Antônio Castagna Maia). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Interessados: Instituto Aerus de Seguridade Social (Advogados: Eduardo Braga Tavares Paes e outros), Aeroclube do Rio Grande do Sul (Advogados: Fábio Brun Goldschmidt e outros), Grupo Aeromot (Advogados: Eduardo Sudaia Teixeira e outros), Rio Sul Linhas Aéreas (Advogada: Anna Claudia B. de Ranieri), Nordeste Linhas Aéreas S.A., Varig S.A. (Advogada: Cristina Maria Magratti), Varig Logística S.A. (Advogada: Mariana Gualdo de Luna Coutinho), Amadeus Brasil Ltda., CIP do Brasil, Equant – Integration Services Ltda., Federação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aéreos – FNTTA, Fundação Ruben Berta, GE Varig – Engine Services S.A., Aeromot Aeronaves e Motores Aeroporto Internacional Salgado Filho, Aeromot Indústria Mecânico-Metalúrgica Ltda., Internacional Air Transport Association – IATA, Interbrasil Star S.A. – Sistema de Transporte Aéreo Regional, Rede Tropical de Hotéis, Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo S.A. – SATA, Sindicato Nacional de Empresas Aeroviárias, Transbrasil S.A. – Linhas Aéreas.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), deu provimento parcial ao recurso de agravo, vencidos, parcialmente, o Ministro Joaquim Barbosa, no ponto em que estendia os efeitos da liminar até decisão de segundo grau, e os Ministros Eros Grau, Marco Aurélio, Ayres Britto e Celso de Mello, que lhe davam provimento integral. Não participou da votação o Ministro Dias Toffoli.

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

Brasília, 17 de março de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 148 — SP

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Agravante: Valério Antônio Galante — Agravada: Câmara Municipal de Serrana

Legitimidade. Ativa. Inexistência. Ação por descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Prefeito municipal. Autor não legitimado para ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade reconhecida. Negativa de seguimento ao pedido. Recurso, ademais, impertinente. Agravo improvido. Aplicação do art. 2º, I, da Lei federal 9.882/1999. Precedentes. Quem não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, não a tem para ação de descumprimento de preceito fundamental.

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, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 3 de dezembro de 2008 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de agravo regimental contra decisão em que neguei seguimento a arguição de preceito fundamental, ante a ilegitimidade ativa do impetrante para a causa, nos seguintes termos:

> **Decisão: 1**. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, proposta por *Valério Antônio Galante*, Prefeito do Município de Serrana/SP, que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade da **Lei Municipal 1.233, de 9 de agosto de 2008** (fl. 32), que proíbe a inscrição, por meio de placas, cartazes ou pinturas de propaganda político-partidária, em propriedades particulares daquele Município, independente da anuência do proprietário.
>
> **2**. Inviável o pedido.
>
> Nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.882, de 3-12-1999, podem propor **ADPF** os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Carece, pois, o impetrante de legitimidade ativa para a causa.
>
> É o que se cansa de reconhecer a Corte: **ADPF 38**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 21-3-2003; **ADPF 75**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 1-8-2005; **ADPF 69**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 6-5-2005; **ADPF 58**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 16-12-2004; **ADPF 60**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 2-2-2005;

ADPF 61, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 2-2-2005; **ADPF 62**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 2-2-2005; **ADPF 34**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 28-11-2002; **ADPF 91**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 24-5-2006; **ADPF 138**, Rel. Min. **Celso de Mello**, 8-5-2008, e **ADPF 122**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 27-9-2007.

3. Do exposto, ante a ilegitimidade ativa *ad causam*, nego seguimento à arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos dos arts. 4º da Lei 9.882, de 3-12-1999, e 21, §1º, do RISTF.

Oportunamente, arquivem-se.

2. O agravante, sem tecer objeção à declaração de ilegitimidade *ad causam,* limita-se a atacar a Lei municipal 1.233, de 9 de agosto de 2008 (fl. 32), que proíbe a propaganda político-partidária, por meio de placas, cartazes ou pinturas em propriedades particulares, independente da anuência do proprietário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Sem razão o agravante.

A decisão agravada invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte, cujo teor subsiste invulnerável aos argumentos do recurso, os quais são de todo alheios às razões de decidir.

2. Do exposto, **nego provimento** ao recurso.

EXTRATO DA ATA

ADPF 148-AgR/SP — Relator: Ministro Cezar Peluso. Agravante: Valério Antônio Galante (Advogados: João Marcel Dias Mussi e outro). Agravada: Câmara Municipal de Serrana.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

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

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

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 151 — DF

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Arguente: Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNS — Arguido: Presidente da República — Interessado: Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia – CONTER

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Direito do trabalho. Art. 16 da Lei 7.394/1985. Piso salarial dos técnicos em radiologia. Adicional de insalubridade. Vinculação ao salário mínimo. Súmula Vinculante 4. Impossibilidade de fixação de piso salarial com base em múltiplos do salário mínimo. Precedentes: AI 357.477-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 14-10-2005; o AI 524.020-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, *DJE* de 15-10-2010; e o AI 277.835-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, *DJE* de 26-2-2010. 2. Ilegitimidade da norma. Nova base de cálculo. Impossibilidade de fixação pelo Poder Judiciário. Precedente: RE 565.714, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* de 7-11-2008. Necessidade de manutenção dos critérios estabelecidos. O art. 16 da Lei 7.394/1985 deve ser declarado ilegítimo, por não recepção, mas os critérios estabelecidos pela referida lei devem continuar sendo aplicados, até que sobrevenha norma que fixe nova base de cálculo, seja lei federal, editada pelo Congresso Nacional, sejam convenções ou acordos coletivos de trabalho, ou, ainda, lei estadual, editada conforme delegação prevista na Lei Complementar 103/2000. 3. Congelamento da base de cálculo em questão, para que seja calculada de acordo com o valor de dois salários mínimos vigentes na data do trânsito em julgado desta decisão, de modo a desindexar o salário mínimo. Solução que, a um só tempo, repele do ordenamento jurídico lei incompatível com a Constituição atual, não deixe um vácuo legislativo que acabaria por eliminar direitos dos trabalhadores, mas também não esvazia o conteúdo da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal. 4. Medida cautelar deferida.

ACÓRDÃO

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

do Ministro Gilmar Mendes, que lavrará o acórdão, contra os votos do Ministro Marco Aurélio, que a deferia em maior extensão, e dos Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ellen Gracie, que a indeferiam. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 2 de fevereiro de 2011 — Gilmar Mendes, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNS) contra o art. 16 da Lei 7.394/1985.

O texto impugnado tem o seguinte teor:

> Art. 16. O salário mínimo dos profissionais, que executam as técnicas definidas no Art. 1º desta Lei, será equivalente a 2 (dois) salários mínimos profissionais da região, incidindo sobre esses vencimentos 40% (quarenta por cento) de risco de vida e insalubridade.

Após discorrer sobre sua legitimidade para propor esta arguição de descumprimento de preceito fundamental, a entidade arguente argumenta que a expressão "salários mínimos profissionais da região" equivale, atualmente, à figura do **salário mínimo** (Fl. 6). Ocorre que, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Neste sentido, a Corte editou enunciado de súmula vinculante com o seguinte teor:

> Súmula Vinculante 4
> Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Assim, sustenta-se que o art. 16 da Lei 7.394/1985 não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988.

Para justificar a urgência da discussão, registra que "a prestação de serviços de saúde, em todo o País, tem se tornado financeira e operacionalmente inviável" (fl. 13), dado os elevados pisos salariais dos profissionais da área de saúde.

Ante o exposto, pede-se a concessão de medida liminar para suspender o art. 16 da Lei 7.384/1985 até o julgamento final desta ação. No mérito, pede-se a extirpação do texto impugnado do sistema jurídico.

A Câmara dos Deputados (fls. 69-70), a Presidência da República (fls. 72-85) e o Senado Federal (fls. 107-112) apresentaram manifestação.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pela Subprocuradora-Geral da República Dra. Deborah Duprat de Britto Pereira, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opina pela concessão da medida liminar (fls. 115-119).

Trago a medida cautelar ao julgamento do Colegiado.

É o relatório.

Distribuam-se, oportunamente, cópias às senhoras e aos senhores Ministros da Corte.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Inicialmente, considero a entidade arguente legitimada para a propositura desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois se trata de entidade sindical de grau superior que reúne pessoas jurídicas que atuam na área de prestação de serviços à saúde, e se discute, nestes autos, direito social conferido a categoria profissional cujas atividades são exercidas no âmbito de tais pessoas jurídicas.

Considero, contudo, ausentes os requisitos que ensejariam a concessão da medida cautelar pleiteada.

Segundo argumenta a entidade arguente, a vinculação da remuneração do Técnico em Radiologia ao salário mínimo não teria sido recepcionada pela Constituição promulgada em 1988.

Inicialmente, é importante ressaltar que o texto impugnado data de 1985. Portanto, a norma atacada está em vigor há 26 anos. Qualquer esboço de risco à consolidação de situações ou à inviabilização do exercício de atividades na área da saúde, acaso existente na data de promulgação da Constituição, perdeu toda a força e coesão que porventura tivesse, passadas duas décadas.

A propósito, os autos não trazem qualquer documento que possa corroborar a assertiva da entidade arguente acerca da completa inviabilidade econômica das atividades em que inseridos os profissionais da área de radiologia. Da mesma forma, não há indicação de que eventual vinculação da remuneração de tais profissionais ao salário mínimo seja a causa preponderante da alegada situação de penúria vivida pelas pessoas jurídicas filiadas à entidade arguente.

Entendo que a adoção da Súmula Vinculante 4, tão somente por si, é insuficiente para alterar o quadro, especialmente diante da problemática apontada pela Presidência da República acerca da exata conformação do regime jurídico aplicável aos Técnicos em Radiologia.

Como se lê às fls. 86-90, nas informações elaboradas pela consultora jurídica substituta, Dra. Cacilda Lanuza da Rocha Duque, a norma do art. 16 da Lei 7.394/1985 teria sido esvaziada por sucessivas alterações legislativas.

Assim, por exemplo, o art. 2º do Decreto-Lei 2.351/1987 estabeleceu nova vinculação para todos os valores fixados em função do salário mínimo, "especialmente os salários profissionais de qualquer categoria". A partir do novo regramento, esses valores foram lastreados no salário mínimo de referência.

Por seu turno, o art. 5º da Lei 7.789/1989 extinguiu o salário mínimo de referência, de modo a que permanecesse em vigor apenas o salário mínimo.

Por outro lado, a entidade arguente não demonstrou como o debate acerca da aplicação do texto impugnado tem-se desenvolvido no âmbito do Judiciário. Ao menos neste momento processual não está plenamente configurado o atendimento ao quanto dispõe o art. 5º, V, da Lei 9.882/1999.

Por fim, registro que no julgamento do RE 565.714, esta Corte expressamente consignou a possibilidade extraordinária de manutenção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, com o objetivo de preservar a irredutibilidade do salário.

Por oportuno, transcrevo o seguinte trecho do voto da eminente Ministra Cármen Lúcia:

> 14. De outra parte, não é juridicamente possível, diante do reconhecimento da não recepção da norma paulista, manter o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo.
>
> (...)
>
> Pior do que as duas hipóteses acima seria concluir que os policiais militares não têm direito ao adicional de insalubridade, por ausência de base de cálculo, uma vez que há lei a lhes assegurar tal parcela remuneratória e que a sua só previsão não agride à Constituição. Ao contrário, atende-a. A desconformidade restringe-se ao critério indexador fixado e que a vinculou ao salário mínimo.
>
> 15. Tenho, pois, que em face dos princípios constitucionais e do regime jurídico a prevalecer para os recorrentes a solução jurídica possível no caso – e sempre tendo em vista que o Estado de São Paulo, mesmo após quase vinte anos de vigência do art. 7º, IV, da Constituição da República, manteve na legislação o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, a base de cálculo do adicional de insalubridade a ser pago aos recorrentes – haverá de ser o equivalente ao total do valor de dois salários mínimos segundo o valor vigente na data do trânsito em julgado deste recurso extraordinário, atualizado-o na forma da legislação estabelecida para a categoria, até que seja editada lei fixando nova base de cálculo, respeitada a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração.

No caso em exame, a tutela pretendida pela entidade arguente não poderia ser construída de modo a impedir que os órgãos jurisdicionais preservassem, excepcionalmente, quadros de expectativas mantidos pela aplicação da norma que alegadamente vem garantindo o adicional de insalubridade nos últimos vinte e cinco anos (1985-2010), observados os parâmetros fixados no precedente já indicado e na própria Súmula Vinculante 4.

Ante o exposto, e sem prejuízo de novo exame por ocasião do julgamento de mérito, indefiro o pedido de concessão da medida cautelar.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, editamos um verbete que passou a integrar a súmula vinculante a revelar que o salário mínimo, conforme previsto na Constituição Federal, não pode ser tomado como fator de fixação de valores.

A razão do preceito constitucional é única, ou seja, evitar que, no tocante ao salário mínimo, existam repercussões que acabem por inibir o legislador quanto à majoração, quanto à atualização. O que está em mesa? Tem-se uma lei anterior à Carta Federal. Esse fato levou a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS) a ajuizar não uma ação direta de inconstitucionalidade, porque a jurisprudência é no sentido de não admitir o controle concentrado de constitucionalidade, o processo objetivo quanto a leis anteriores à própria Carta que não teriam, portanto, sido recepcionadas. Ajuizou-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental – procedeu-se com absoluto acerto instrumental ante o arcabouço normativo – e buscou-se a liminar, cuja concessão conta, a esta altura, com pronunciamento favorável da Procuradoria-Geral da República, visando suspender o art. 16 da Lei que versa a tomada do salário mínimo – e se tem o quantitativo de dois salários mínimos –, para revelar a incidência, considerado o risco de vida, do adicional de insalubridade.

Penso que não se pode, Presidente, quanto à observância à Constituição Federal, partir para a fragilização. Não se pode partir para a abertura de exceção no que o preceito constitucional não contempla, na vedação peremptória da tomada do salário mínimo como fator de fixação de direitos, qualquer exceção.

Houve tempo suficiente para o Congresso Nacional atuar na substituição do preceito. A lei – repito – é de 1985.

Peço vênia ao Relator para, até mesmo diante do que assentado pelo Tribunal, editando verbete vinculante, concluir que há relevância na articulação contida na inicial e há risco de manter-se com plena eficácia o dispositivo.

Defiro a medida acauteladora.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, estou a pensar aqui. Essa matéria, salvo engano, foi objeto de uma delegação, talvez um dos raros casos – teria de verificar – de delegação, talvez o único, feito com base no art. 22, parágrafo único, aquela hipótese de que:

> Art. 22. (...)
> Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Lembro-me de que a União, à época, invocou a questão do piso salarial proporcional, que é o inciso V, art. 7º, que passou a ser chamado de "salário mínimo regional". Parece que esse tema, então, foi objeto dessa delegação. Não consigo aquilatar que implicações essa delegação teve. Lembro-me de que os Estados-membros, alguns deles adotaram pisos salariais regionais diferenciados. Agora, pelo menos aparentemente, isso terá reflexos sobre o tema posto, porque passamos a ter um salário mínimo – pelo menos poderá refletir sobre o disposto no art. 16. É um caso interessante, dependendo do desenvolvimento que se venha a ter, porque é um caso em que, em princípio, discutiríamos a recepção, ou não, desta

norma, enquanto norma federal – aqui está posta na Lei 7.394. E, depois, essa norma estaria, em parte, revogada, aparentemente, pelas disposições que cada unidade federada eventualmente tivesse feito a propósito do tema. Isso poderia refletir na situação desses profissionais, no caso os técnicos de radiologia.

Tendo em vista esse aspecto, peço vista dos autos, mas aquela vista breve – quero ver se trago isso amanhã. É apenas para fazer essa verificação, porque até já vivo assombrado com vista, sabe? – para encerrar –, embora eu repute que a matéria tenha relevância para ser definida. Quer dizer, seja no sentido do indeferimento, até pela plausibilidade da norma, seja pelo deferimento tal como proposto no voto do Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E, aqui, no art. 16, Ministro, parece-me que há dois núcleos semânticos, ou deônticos: a fixação inicialmente de um piso salarial, embora regional, e a parte final já é um adicional. São dois núcleos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sobre esses vencimentos, não é?

O Sr. Ministro Ayres Britto: É. São dois núcleos significativos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É. Passa a ter uma disciplina específica.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ou seja, dois temas de direito, duas teses jurídicas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É. Porque o que nós afirmamos naquele caso que resultou na súmula, o caso de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, foi de que...

O Sr. Ministro Ayres Britto: Foi o adicional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Foi de que, enquanto não viesse outra disciplina, subsistiria a incidência sobre o salário.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Para não diminuir, porque aí nós tínhamos o problema da irredutibilidade. Eram servidores, eram policiais.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Inicialmente, foi até aquele caso dos policiais de São Paulo, não é?

O Sr. Ministro Ayres Britto: E a súmula fala exclusivamente sobre vantagens, ou seja, sobre acréscimo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É. Para não incidir.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas eu tento trazer isso já.

EXTRATO DA ATA

ADPF 151-MC/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Arguente: Confederação Nacional de Saúde Hospitais e Estabelecimentos e Serviços - CNS (Advogado: Alexandre Venzon Zanetti). Arguido: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: Após o voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator), indeferindo a cautelar, e o voto do Ministro Marco Aurélio, deferindo-a, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. 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, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 1º de dezembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Diante do transcurso de tempo entre o meu pedido de vista, em 1º-12-2010, e a retomada do julgamento na data de hoje, entendo importante rememorar a questão constitucional debatida neste processo.

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada contra o art. 16 da Lei 7.394/1985, que tem o seguinte teor:

> Art. 16. O salário mínimo dos profissionais, que executam as técnicas definidas no art. 1º desta Lei, será equivalente a 2 (dois) salários mínimos profissionais da região, incidindo sobre esses vencimentos 40% (quarenta por cento) de risco de vida e insalubridade.

Sustenta-se na inicial que a expressão "salários mínimos profissionais da região" equivale à figura do salário mínimo e, assim, contraria tanto a Constituição Federal quanto o teor da Súmula Vinculante 4.

Na sessão plenária de 1º-12-2010, esta Corte iniciou o julgamento do caso, e o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, votou pelo indeferimento da cautelar, e o Ministro Marco Aurélio iniciou divergência, para deferir o pedido.

Após, pedi vista dos autos, por verificar que o assunto foi objeto de delegação legislativa, feita com base no art. 22, parágrafo único, da Constituição. Lembrei-me de que os Estados-membros, alguns deles, adotaram pisos salariais regionais diferenciados, e quis refletir acerca dos impactos sobre o tema posto.

Em 2-12-2010, o Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia (CONTER) protocolou a Petição 69.987/2010, por meio da qual requereu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, razão por que determinei a remessa dos autos ao Ministro Joaquim Barbosa, para apreciação da petição, na posição de relator do processo (fl. 157).

À fl. 160, o Ministro Joaquim Barbosa admitiu o ingresso do Conter e determinou o retorno dos autos ao meu Gabinete, em virtude do pedido de vista que formulei.

Recebi os autos em 16-12-2010 e trago-os para continuidade do julgamento do caso por esta Corte.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

Inicialmente, relembro a distinção entre salário mínimo regional e piso salarial, que já foi enfrentada por esta Corte no julgamento da ADI 2.358-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJ* de 27-2-2004. Naquele julgamento, o relator sustentou que:

> As necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, retratadas em moradia, alimentação, educação saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, não variam de acordo com a região do País. Foi justamente esta premissa, harmônica com o princípio isonômico, que levou o Constituinte de 1988 a prever, no inciso IV do art. 7º, o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado. É certo que, no inciso V, restou previsto piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. Todavia, conforme ressaltado por Celso Ribeiro Bastos em artigo publicado na Revista Consulex, ano 4, n. 42, de junho 2000, precisamente sobre a dualidade salário mínimo e piso salarial, a Constituição não usa sinonímia simplesmente para embelezar retoricamente o seu texto; a expressões diferentes tende-se a atribuir interpretações diversas. Então, o consagrado constitucionalista elucidou às diferenças substanciais entre o texto dos incisos IV e V do art. 7º da Constituição Federal. Uma coisa é o salário mínimo, ao qual se colou a unificação. Vale dizer, o valor há de ser único, ficando, assim, assentada a premissa sobre a impossibilidade de ter-se, em cada um dos vinte e sete Estados brasileiros, uma lei própria estabelecendo-o. Sob o ângulo do piso salarial, logicamente a atingir valor superior ao do salário mínimo, o dispositivo constitucional agasalha a consideração do próprio trabalho desenvolvido, ao cogitar não só da respectiva extensão, como também da complexidade.

Partindo dessa premissa, a União, com base no art. 22, parágrafo único, da Constituição, editou a Lei Complementar 103/2000, por meio da qual autorizou os Estados e o Distrito Federal a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, piso salarial (art. 7º, V, CF) para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Ocorre que os técnicos em radiologia já possuíam piso salarial definido pelo art. 16 da Lei 7.394/1985, motivo pelo qual a edição da Lei Complementar 103/2000 não afeta o piso salarial dos profissionais desta categoria.

Verifico, ainda, duas sucessões legislativas que modificaram a disciplina do piso salarial fixado pela referida lei.

Originariamente, o art. 16 da Lei 7.394 estabelecia que "o salário mínimo dos profissionais, que executam funções de técnico em radiologia será equivalente a 2 (dois) salários mínimos profissionais da região".

Ocorre que o Decreto-Lei 2.351/1987, em seu art. 2º, § 1º, substituiu a vinculação ao salário mínimo regional pela vinculação ao salário mínimo de referência.

Posteriormente, o art. 5º da Lei 7.789/1989 dispôs que, a partir da publicação desta lei, deixam de existir o salário mínimo de referência e o piso nacional de salários, vigorando apenas o salário mínimo.

A partir de então, o piso salarial dos radiologistas previsto na Lei 7.394/1985 passou a ser interpretado como de dois salários mínimos.

Assim, o problema atual reside em saber se é constitucional a fixação de piso salarial com base em múltiplos do salário mínimo.

Acredito que a Súmula Vinculante 4, por si só, não é capaz de resolver de todo a controvérsia. Apesar de o preceito impossibilitar a utilização do salário mínimo como indexador, a discussão que deu origem a essa Súmula não se refere ao piso salarial, mas, sim, à base de cálculo do adicional de insalubridade, que, nos termos do art. 192 da CLT e das Súmulas 17 e 228 do TST, era o salário mínimo. Portanto, o cerne da elaboração do referido enunciado não era o piso salarial estipulado em múltiplos do salário mínimo, mas a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Isso é relevante, porque uma interpretação sistemática do art. 7º, IV e V, pode induzir a se pensar que o inciso V, ao permitir a fixação de piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, seria uma exceção constitucional à norma que veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim.

Há precedente da Corte nesse sentido, o RE 170.203, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 15-4-1994, cuja ementa dispõe:

> A vedação da vinculação do salário mínimo, constante do inciso IV do art. 7º da Carta Federal, visa a impedir a utilização do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações sem conteúdo salarial ou alimentar. Entretanto, não pode abranger as hipóteses em que o objeto da prestação expressa em salários mínimos tem a finalidade de atender as mesmas garantias que a parte inicial do inciso concede ao trabalhador e a sua família, presumivelmente capazes de suprir as necessidades vitais básicas.

Não obstante, há vários precedentes específicos sobre a impossibilidade de fixação de piso salarial com base em múltiplos do salário mínimo. Cito o AI 357.477-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 14-10-2005; o AI 524.020-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, *DJE* de 15-10-2010; e o AI 277.835-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, *DJE* de 26-2-2010. Este último com a seguinte ementa:

> *Recurso*. Extraordinário. **Vinculação de salário profissional a múltiplos do salário mínimo. Impossibilidade. Precedentes. Esta Corte já assentou sua jurisprudência no sentido da impossibilidade de vinculação de salário profissional a múltiplos do salário mínimo.** 2. *Recurso*. Agravo de instrumento. Ausência de cópias da petição inicial e da sentença de primeiro grau. Art. 544, § 3º, do CPC. Desnecessidade. Outras fontes de convencimento. Não se exige, para fins de provimento do agravo, cópia da exordial e da sentença de primeira instância, desde que, por outros documentos, seja possível aferir a exata dimensão da *quaestio iuris*. (Destaquei.)

Quanto ao adicional de insalubridade de 40%, fixado na parte final do art. 16 da Lei 7.394/1985, a jurisprudência desta Casa é tão pacífica que já editou a Súmula Vinculante 4, segundo a qual o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial, salvo nos casos previstos na Constituição.

Transcrevo sobre o tema a ementa do acórdão do RE 565.714, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* de 7-11-2008:

> *Constitucional. Art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. Não recepção do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar paulista 432/1985 pela Constituição de 1988. Inconstitucionalidade de vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo: precedentes. Impossibilidade da modificação da base de cálculo do benefício por decisão judicial. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.* 1. O sentido da vedação constante da parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição impede que o salário mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Min. Moreira Alves). A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. O aproveitamento do salário mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Declaração de não recepção pela Constituição da República de 1988 do Art. 3º, § 1º, da Lei Complementar 432/1985 do Estado de São Paulo. 2. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inciso III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inciso X). 3. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inciso XXIII, da Constituição da República, pois mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão adicional de remuneração contida na norma constitucional há de ser interpretada como adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado adicional sobre a remuneração, o que não fez. 4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Nesse julgamento, a Corte declarou a não recepção do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar 432/1985 do Estado de São Paulo pela Constituição de 1988, uma vez que seu conteúdo contraria a norma constitucional que proíbe a vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, da Constituição).

Ocorre que a Corte também entendeu não ser competência do Poder Judiciário estabelecer nova base de cálculo, sob pena de atuar como legislador positivo.

Assim, o Tribunal considerou que os critérios estabelecidos pela lei não recepcionada deveriam continuar sendo aplicados, até que sobreviesse nova disciplina normativa.

A solução encontrada naquele recurso-paradigma também pode ser aplicada ao caso sob exame, de modo que o art. 16 da Lei 7.394/1985 deve ser declarado ilegítimo, por não recepção, mas os critérios estabelecidos pela referida lei devem continuar sendo aplicados, até que sobrevenha norma que fixe nova base de cálculo, seja lei federal, editada pelo Congresso Nacional, sejam convenções ou acordos coletivos de trabalho, ou, ainda, lei estadual, editada conforme delegação prevista na Lei Complementar 103/2000.

Ademais, proponho o congelamento da base de cálculo em questão, para que seja calculada de acordo com o valor de dois salários mínimos vigente na data do trânsito em julgado desta decisão, de modo a desindexar o salário mínimo.

Registro que não é a primeira vez que a questão é posta para julgamento nesta Corte, pois a Ministra Cármen Lúcia já a sugerira no julgamento do RE 565.714, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* de 7-11-2008, nos seguintes termos:

> (...) Tenho, pois, que em face dos princípios constitucionais e do regime jurídico a prevalecer para os recorrentes a solução jurídica possível no caso – e sempre tendo em vista que o Estado de São Paulo, mesmo após quase vinte anos de vigência do art. 7º, inciso IV, da Constituição da República, manteve na legislação o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, **a base de cálculo do adicional de insalubridade a ser pago aos recorrentes – haverá de ser o equivalente ao total do valor de dois salários mínimos segundo o valor vigente na data do trânsito em julgado deste recurso extraordinário, atualizado-o na forma da legislação estabelecida para a categoria, até que seja editada lei fixando nova base de cálculo, respeitada a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração.**
> (Grifei.)

Naquela oportunidade, entretanto, o Ministro Menezes Direito sustentou que o congelamento da base de cálculo acabaria por ensejar *reformatio in pejus* no recurso em julgamento, motivo pelo qual a Relatora reformulou seu voto.

Verifico que esse problema não se coloca na presente arguição de preceito fundamental, razão por que recupero a sugestão, na tentativa de encontrar solução que, a um só tempo, repila do ordenamento jurídico lei incompatível com a Constituição atual, não deixe um vácuo legislativo que acabaria por eliminar direitos dos trabalhadores, mas também não esvazie o conteúdo da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, peço vênia ao Ministro Relator para acompanhar a divergência e deferir a medida cautelar, com todas essas ressalvas.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu queria só um esclarecimento do Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite?

A minha preocupação aqui é que estamos ainda em sede de cautelar. Então, a proposta de Vossa Excelência, o encaminhamento de voto é no sentido de deferirmos a cautelar, mas já adotando alguma providência ou, pelo menos, encaminhando no sentido de dar uma solução para não se instalar uma anomia, porque nós temos vinte e seis anos de vigência dessa norma.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Manteríamos a referência hoje dos dois salários mínimos. Se houver a mudança do salário mínimo, o salário profissional já não mais será reajustado pelo salário mínimo, mas sofrerá os reajustes.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas aí seriam salários mínimos, não salários profissionais?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas são dois salários mínimos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O art. 16 refere-se a dois salários mínimos profissionais da região.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, mas isso desapareceu, isso passou a ser lido como salários mínimos, são dois salários mínimos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, Vossa Excelência está propondo que se mantenha o valor de dois salários mínimos?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: De dois salários mínimos. As correções serão as normais, não mais as do salário mínimo, mas a dos índices de reajuste de salário. E, claro, a partir daí, poderá haver uma nova legislação federal, eventualmente, sobre o assunto, que faça a adaptação. Poderá haver celebração de acordo ou convenção coletiva ou o Estado, agora valendo-se da delegação da Lei Complementar 103, poderá fazer legislação específica sobre a situação dos técnicos de radiologia.

Agora, a vinculação é evidente, é patente, na linha da jurisprudência do Tribunal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Esse valor do salário mínimo seria o valor do salário mínimo atual, da data do julgamento?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Atual, da data do julgamento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É porque já não existe o outro, para não ficar a anomia.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu tenho uma certa dificuldade para assimilar de plano, ou de pleno, o raciocínio de Vossa Excelência, embora muito bem urdido, como de hábito, porque me lembro de uma lição de Carlos Maximiliano, que dizia: não se pode dar a um dispositivo jurídico uma interpretação que leve à sua ineficácia.

Se entendermos que o inciso 5º do art. 7º da Constituição, que trata do piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; se entendermos que esse art. 7º, inciso 5º exclui a fixação do piso salarial em múltiplos de salário mínimo, que interpretação nós daríamos ao art. 7º, inciso 5º, para torná-lo eficaz, fora dos múltiplos de salário mínimo? Como tornar eficaz esse inciso 5º do art. 7º?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Hoje nós já temos não só a delegação para os Estados-membros como já temos vários Estados-membros adotando. São Paulo mesmo hoje já tem um piso salarial bastante superior ao salário mínimo, mas fixado em valores e atualizado continuadamente, a cada ano. Agora mesmo acaba de anunciar um novo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Fixando-se em valores monetários, essa lei se desatualizaria instantaneamente. A cada ano ela entraria em desatualização.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas todo ano se edita uma lei.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Aí seria obrigado a editar uma lei refixando esse piso a cada ano.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Agora mesmo o Governador Alckmin anunciou um novo piso salarial para São Paulo e vários Estados também estão. Isso, inclusive, foi um trabalho que se fez para fazer a desvinculação, por isso a Lei Complementar 103 ter delegado; é uma competência privativa e é uma previsão expressa para que, em questões específicas, haja a delegação para o Estado-membro, e os Estados estão exercitando essa competência. Portanto, o que estou a construir?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto aos respectivos servidores, porque, caso contrário, os Estados-membros passam a legislar no campo do direito do trabalho, e a competência é da União.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas a competência é exatamente essa, a delegação é prevista.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A União, neste caso, delegou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Constitucionalmente, não no âmbito do direito do trabalho.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Constitucionalmente é prevista.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não no âmbito do direito do trabalho. A regência é setorizada no Estado e quanto aos respectivos servidores.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Veja o art. 22: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:" Todas essas competências, inclusive direito do trabalho.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E as matérias relacionadas pelo parágrafo único.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E aí veja o parágrafo único:

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Específicas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas nós já julgamos essa lei constitucional, aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Ministro, não enfrentando o conflito com a Carta da República quanto à competência para legislar sobre direito do trabalho. Nunca admitimos exceção.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Admitimos, sim, há uma ação direta de inconstitucionalidade quanto a isso e nós declaramos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O direito do trabalho é uno no território nacional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Poderia ser direito do trabalho, como poderia ser, eventualmente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Em relação aos servidores da unidade da federação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não. Poderia ser qualquer uma dessas competências do art. 22, e essa competência já vem sendo exercida. Os Estados já estão legislando.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inclusive no campo do direito civil, do direito comercial, do direito penal, do direito processual civil, do direito processual penal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Se houver delegação, sim. E certamente nós podemos encontrar a ação direta de inconstitucionalidade que tratou desse tema. O Estado já está regulando hoje o piso salarial com base nessas delegações.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não acredito que o faça de forma linear, tendo em conta o direito do trabalho, tal como previsto na Constituição Federal, mas, sim, presentes relações jurídicas específicas, mantidas com os respectivos servidores.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A delegação pode se dar, porém por lei complementar federal e sobre matéria específica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mas é a Lei 103.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É a Lei Complementar 103.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas, veja, isso é Pilates no Credo. Eu estou apenas entendendo que não foi recebido e estou propondo uma solução, tal como nós discutimos da outra feita, para que não haja um decesso imediato, portanto que esse referencial seja preservado. Ao mesmo tempo, estou alvitrando a possibilidade dessa competência, que já vem sendo exercida hoje pelos Estados; é uma das possibilidades.

A outra seria a convenção, o acordo coletivo ou, até, uma nova lei federal sobre o tema.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, até estaria disposto a me debruçar sobre a solução proposta, mas eu lembro que esta lei está em vigor há vinte e seis anos, ela rege essas relações há vinte e seis anos.

Há uma alegação, na petição inicial, feita pelo arguente, de que, em razão dessa fixação em múltiplos de salários mínimos, da base salarial do salário profissional, as empresas que atuam nesse setor, a atividade à qual estariam vinculados esses profissionais estaria inviabilizada em razão dessa base salarial, desse mínimo salarial.

Ora, não tenho elemento a respeito até este momento processual dos autos, nós estamos em medida cautelar, eu acho temerário qualquer medida que venha alterar o *status quo* nesta fase processual de cautelar.

Portanto, eu mantenho o meu voto pelo indeferimento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, eu levei em conta, também, esse argumento, mas me lembrava de que essa situação sempre vai se colocar, em princípio, em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental que tenha por objeto direito pré-constitucional; porque como a Constituição já está distante no tempo, veja, como nós estamos em 88, pelo menos a lei será velha de vinte e dois anos. Então, sempre vai haver esse argumento, e se esse argumento de fato tivesse trânsito em toda a sua extensão, nós não teríamos concedido a cautelar no caso da Lei de Imprensa, porque a lei ainda era muito mais antiga.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A Lei de Imprensa com quarenta anos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A Lei de Imprensa não tratava de salários, não tratava de situações trabalhistas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E a outra questão que me parece relevante, é difícil imaginar um outro resultado, no mérito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Esse é que é o grande problema, porque está mais ou menos aparente a incompatibilidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A rigor nós estamos concitando o Congresso Nacional a fazer uma revisão e um ajuste desses vários modelos de piso salarial para que, de fato, supere-se o sistema de vinculação ao salário mínimo e o uso dos múltiplos do salário mínimo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Aliás, se Vossa Excelência me permite, lembro, ao egrégio Plenário, um artigo, hoje, do Professor e Economista Delfim Netto, exatamente sobre os graves riscos que essas vinculações representam para a política econômica do País. Está hoje na *Folha de São Paulo.*

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu só fiz essas considerações exatamente para que não haja a possibilidade de uma redução ou de um vácuo, de um quadro de anomia.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Era exatamente o que me preocupava, Ministro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Daí a necessidade de que se mantenha esse valor.

Enquanto isso, obviamente, tem que haver o ajuste desvinculado do salário mínimo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu trouxe um pequeno voto, até por escrito, que eu apenas vou pedir, depois, para ser juntado, mas é exatamente no sentido de que me parece, não vou dizer patenteado, mas, neste primeiro estudo, parece configurada, realmente, a contrariedade.

A minha preocupação, portanto, era única, no sentido de não ficar sem parâmetro legal algum o cálculo desses adicionais devidos a esses profissionais, e, em razão deste tempo, como estamos em sede de cautelar, não permitir, portanto, e eu seguiria o Relator, mas eu vou reajustar, com as vênias do Relator, desde que fique patenteado, de maneira expressa e objetiva, que ainda que em sede de liminar, eu estaria acompanhando o Ministro Gilmar para deixar claro que não há um estado de anomia, porque senão, ao invés de melhorar, nós vamos piorar o que foi pedido, neste caso, portanto, prevaleceriam...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Na verdade, estou adotando o voto de Vossa Excelência.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O fundamento, só que lá era de mérito e aqui em cautelar. Mas nós estaríamos então...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, Vossa Excelência está aderindo ao voto do Ministro Gilmar?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. Votando no sentido, portanto, de deferir, com essa cautela, de preservar até que sobrevenha a solução ou estadual ou federal.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Então, Vossa Excelência avança, um pouquinho, para além daquilo que o Ministro Gilmar coloca?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não. Acho que estamos de acordo, não, Ministro Gilmar?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Estamos de acordo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Estamos de acordo, quer dizer, eu defiro a cautelar, portanto, considerando que, realmente, parece-me patenteada a contrariedade à Constituição, porém, não deixo o quadro de anomia que uma cautelar normalmente deixaria, quer dizer, paralisa isso aqui e não nenhuma norma para ser aplicada.

O Ministro Gilmar Mendes avança, exatamente no sentido de permitir que até que sobrevenha a decisão de mérito, prevalece a aplicação da norma quanto aos salários mínimos, não, regionais.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Os salários mínimos, porque, aí, é o salário mínimo que vem sendo aplicado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente, possibilitando-se que nesse período, até que julguemos o mérito, não haja impedimento a que os Estados ou a própria União trate da matéria nos termos da legislação vigente. Então, não há um quadro de anomia.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministra, se Vossa Excelência me permite, para tentar compatibilizar a norma com a Constituição superveniente, o que o voto de ambos os Ministros está sugerindo é que se retire da referência ao salário mínimo a ideia de escala e de vinculação, e se transforme o seu produto atual em valor fixo; e, aí, incide a norma sobre o valor fixo na data deste julgamento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Numa situação precária.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E fica aberta a possibilidade de, por convenção, por norma federal ou por norma estadual, prever reajuste daqui para frente, ou de tornar regulamentar a matéria.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O que se propõe, então, é que se assegure aos que estão empregados nesse setor, atualmente, a manutenção da situação vigente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Do valor.

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

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ou até aos que venham a ser empregados, porque essa orientação prevalece.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Se a norma cai nesse momento, nada fica assegurado aos futuros empregados do setor.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, não, estamos deixando a norma.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas estamos deixando que prevaleça, nós não estamos diminuindo direitos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Está mantido, também para os futuros empregados.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Porque há uma rotatividade muito grande no setor, uns saem, outros entram, os que entram até a decisão definitiva, também, terão esse piso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O mesmo piso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O mesmo piso, equivalente a dois salários mínimos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque senão haveria realmente prejuízo a esses.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se não, teríamos de reduzir o valor.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A norma disciplina mais do que simples piso. Ela diz (art. 16 da Lei 7.394/1985):

> O salário mínimo dos profissionais, que executam as técnicas definidas no art. 1º, será equivalente a 2 (dois) salários mínimos profissionais da região, incidindo sobre esses vencimentos 40% (quarenta por cento) de risco de vida e insalubridade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Isso continuaria a incidir.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A incidência do risco de vida e insalubridade é a parcela de gratificação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Exatamente, continuaria a incidir sobre o valor fixo, resultante da transformação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Só sobre o valor fixo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Esse acréscimo persistiria; esse acréscimo estipendiário não seria eliminado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, não seria eliminado.

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

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Porque a base de cálculo fica estabilizada, e incidem os 40% (quarenta por cento).

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sobre a base cálculo convertida em valores monetários.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Em valor fixo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não seria melhor o Tribunal já estabelecer isso em valor fixo?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Penso que isso é o que o Ministro está fazendo. Vamos supor que, hoje, o equivalente a dois salários mínimos regionais correspondesse a R$ 1.000,00 (mil reais), R$ 500,00 (quinhentos) mais R$ 500,00 (quinhentos), e sobre isso incidiria 40% (quarenta por cento), então nenhum profissional ganharia menos que R$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais).

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E ninguém teria prejuízo, hoje.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É operacional a solução.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É isso que se está fixando, fazendo a desvinculação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Tem funcionalidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Que é patentemente contrária à Constituição, que é essa a dificuldade de manter.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu não vejo como dilatar isso, deferindo no tempo, exatamente por quê? Porque, em princípio, pelo menos, segundo a jurisprudência que adotamos, e ela é já ampla, aqui é evidente a vinculação.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, mantenho o meu voto.

Estamos decidindo, única e exclusivamente, à luz das alegações de uma das partes, ou seja, da parte empregadora, da Confederação Nacional de Saúde, ou seja, dos proprietários dos estabelecimentos. Eu preferiria instruir esse processo, ouvir as ponderações das outras partes interessadas para, assim, depois dessa instrução, decidir. Mas, de antemão, sem maiores elementos, mantenho o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, vou acompanhar o eminente Ministro Gilmar Mendes, pedindo vênia ao eminente Ministro Joaquim Barbosa, não, Ministro Gilmar Mendes, permita-me dizer, pela tese em si, porque interpreto esse art. 7º, inciso V, da Constituição, no sentido de uma exceção ao inciso IV, que proíbe, no seu final, a vinculação de valores ao salário mínimo. Entendo que é possível, sim, fixar, em múltiplos de salário mínimo, o piso salarial profissional. Porém, rendo-me à evidência de que, no plano dos fatos, isso vai prejudicar a massa dos trabalhadores quando da fixação do salário mínimo anual, porque, quando da fixação do salário mínimo anual – lembrava o Ministro Ricardo Lewandowski há pouco –, isso vai repercutir em cadeia, em cascata, na fixação dos salários profissionais, o que haverá pressão no Legislativo para minimizar a expressão financeira do salário mínimo.

Então, diante disso, mesmo não concordando com a tese, eu acho que a solução de Vossa Excelência é operacional, resolve a questão, não traz prejuízo para os trabalhadores, na medida em que se faz a conversão dos múltiplos de salário mínimo em valores monetários absolutos, e esse valor novo será a base de cálculo para os quarenta por cento que Vossa Excelência está preservando, a título de acréscimo pecuniário.

Por isso, vou acompanhar Vossa Excelência.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, peço vênia ao Ministro Gilmar para acompanhar o eminente Relator, até por que, com a vênia do Ministro Ayres Britto, parece-me que melhor se resguarda o direito dos trabalhadores com a

manutenção da legislação vigente já há vinte e seis anos. Se não repugna de todo ao Tribunal exercer atividade legislativa – muitas vezes bem lembra o Ministro Celso, isso é decorrência da nossa própria atividade de controle jurisdicional – se não repugna ao Tribunal, pelo menos parece-me mais adequado que o faça quando do julgamento definitivo.

Por isso, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Peço vênia ao eminente Ministro *Joaquim Barbosa*, e àqueles que acompanham Sua Excelência, para perfilhar a divergência iniciada, *salvo equívoco*, pela eminente Ministra *Cármen Lúcia*...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, o voto, na verdade, é do Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Acompanho, *então*, a divergência iniciada pelo eminente Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há votos distintos. Claro que meu voto, para efeito de voto médio, se soma ao do Ministro Gilmar Mendes, mas simplesmente suspendia a eficácia do preceito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência defere em maior extensão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque fiquei atento à impossibilidade de, no controle concentrado, adentrar-se o campo legiferante e contrariar, até mesmo, a parte final, quanto ao adicional de insalubridade, do Verbete Vinculante 4 da Súmula do Supremo, quando brecamos a atuação do Judiciário na substituição do fator de cálculo dessa parcela trabalhista.

EXTRATO DA ATA

ADPF 151-MC/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Arguente: Confederação Nacional de Saúde Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNS (Advogado: Alexandre Venzon Zanetti). Arguido: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União). Interessado: Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia – CONTER (Advogados: Rodolfo Hazelman Cunha e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de medida cautelar, com observações, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, que lavrará o acórdão, contra os votos do Ministro Marco Aurélio, que a deferia em maior extensão, e dos Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ellen Gracie, que a indeferiam. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

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, 2 de fevereiro de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NA EXTRADIÇÃO 1.005 — REPÚBLICA ITALIANA

Relator: Ministro Presidente

Agravante: Sergio Nigretti — Agravado: Governo da Itália

I – Pedido de expedição de ofício à Interpol sobre o extravio da bagagem do extraditando.

II – Alegação de que o Estado requerente estaria descumprindo o Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, ao deixar de aplicar a detração do período correspondente à prisão preventiva para extradição.

III – Com o julgamento da extradição, resta esgotada a jurisdição do Supremo Tribunal Federal (STF). A competência para exigir ao Estado requerente o cumprimento do Tratado de Extradição é do Poder Executivo. A defesa busca a detração do tempo em que o extraditando permaneceu preso no Brasil não por força deste pedido extradicional mas em razão de período anterior, lapso temporal que não pode ser usado para fins de detração. Precedentes do STF. Decisão agravada mantida.

IV – Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de outubro de 2009 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Em 9 de novembro de 2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, deferiu, em parte, o pedido de extradição, nos termos do voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski. Eis o teor da ementa desse julgado:

Extradição. Deferimento em parte. Tráfico de entorpecentes e "evasão". Concorrência dos pressupostos positivos e negativos. Ausência de óbice à concessão. Ressalva dos arts. 89 e 90 da Lei 6.815/1980. Prescrição.

I – Dupla tipicidade caracterizada, em autos suficientemente instruídos.

II – Ausência de prescrição quanto a um dos crimes imputados ao extraditando.

III – Extradição deferida em parte.

(Ext 1.005/República Italiana, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, unânime, *DJ* de 1º-12-2006, fl. 502.)

O acórdão transitou em julgado em 13 de dezembro de 2006 (fl. 506).

Na petição 182.128/2007 (Aviso 1778/MJ, de 7 de novembro de 2007), o Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, informou:

> que o nacional italiano *Sergio Negretti* foi extraditado no dia 23 de outubro do mesmo ano, tendo embarcado, juntamente com os policiais italianos responsáveis pela escolta, no voo AZ 677, da Empresa *Alitalia*, que partiu às 16:05 horas, de São Paulo/SP, com destino a Milão/Itália, conforme cópia de Termo de Entrega em anexo.
> (Fl. 611.)

O extraditando *Sergio Nigretti* requereu as seguintes providências, em 27 de novembro de 2007 (petição 192.913/2007 – fls. 618-621):

> A – Que seja intimado o Estado Requerente, Itália, em caráter de urgência para que cumpra os termos da presente extradição, aplicando a detração prevista no artigo 42 do Código Penal Brasileiro bem como o artigo 9º do Tratado Brasil x Itália, descontando 2 anos, 3 meses e 1 dia período que o Requerente cumpriu no Brasil, **restando somente 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 9 (nove) dias, para cumprimento na Itália**, uma vez que a extradição foi deferida única e exclusivamente com relação à condenação do Tribunal de Como, transitada em julgado em 8 de fevereiro de 2001, 8 (oito) anos de condenação, trazendo aos autos a comprovação do cumprimento da determinação deste Tribunal, sob pena de ser o Estado Italiano denunciado perante os órgãos competentes pelo não cumprimento do tratado de extradição.
>
> B – Que seja expedido ofício para a Interpol para que informe se quando do embarque do Requerente foram embarcadas duas bolsas de viagens do Requerente.
> (Fls. 620/621.)

Com relação a estas providências, a Ministra Ellen Gracie, então Presidente desta Corte, proferiu a seguinte decisão:

> 1. Referente à petição/STF 192.913/2007 (fls. 618-621).
>
> 2. **Nada há que prover**. Com a entrega do extraditando ao Estado requerente em 23-10-2007 (conforme documentos de fls. 611-613), efetivou-se a execução do pedido extradicional, findando, por consequência, a jurisdição desta Suprema Corte.
>
> Publique-se. Arquive-se.
> (Fl. 660.)

Contra essa decisão, *Sergio Nigretti* interpôs agravo regimental, em 18 de dezembro de 2007 (petição 206.305/2007).

O parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, é pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 677-679).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na petição 206.305/2007, o agravante alegou:

> não se conformando, data máxima vênia com a r. decisão de Vossa Excelência proferida no aludido feito, alegando que a jurisdição desta Suprema Corte está finda, uma vez que o requerente foi entregue ao Estado requerente em 23 de outubro de 2007, publicada no Diário Oficial em 14 de dezembro de 2007, apresenta agravo regimental para que o feito seja julgado pelo Plenário com base no RISTF art. 6º, II, *d*, pelas razões a seguir:
>
> 1. A presente extradição deve seguir os trâmites legais previstos no Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana datado de 17 de outubro de 1989, conforme cópia em anexo.
>
> 2. Qualquer uma das partes que não cumprir o mesmo poderá ser denunciada perante os órgãos internacionais competentes, arcando inclusive não só com a responsabilidade penal como indenizatória.
>
> 3. Conforme noticiado a V. Exa. o Estado requerente não está respeitando o tratado com relação ao art. 9º uma vez que não está aplicando o art. 42 do Código Penal Brasileiro, detração e ainda por cima os pertences pessoais do mesmo foram extraviados, ferindo o art. 4º do mesmo tratado.
>
> 4. O silêncio desta Corte para os fatos denunciados pela patrona abaixo assinada, fere os arts. 3º, cláusula f e art. 5º na sua integralidade.
>
> 5. O Estado requerente tem o dever de cumprir o tratado firmado entre as partes e por sua vez, esta Corte tem o dever de exigir tal cumprimento, para que não seja penalizada por sua omissão.
>
> (Fls. 664/665.)

O parecer do Ministério Público Federal (fls. 677-679), da lavra do Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, é pelo desprovimento do agravo regimental, nos seguintes termos:

> 1. Trata-se de agravo regimental interposto por *Sergio Nigretti* contra decisão da Ministra Presidente que indeferiu o pedido de intimação do Governo italiano para que prestasse esclarecimentos acerca do suposto descumprimento do Tratado de extradição firmado entre os Estados brasileiro e italiano (fls. 664/665).
>
> 2. Assevera o agravante que, no dia 23 de outubro de 2007, foi entregue à custódia do Estado italiano após o deferimento parcial da Extradição n. 1005 pelo Supremo Tribunal Federal, para cumprir pena de 8 (oito) anos de prisão imposta pelo Tribunal de Como.
>
> 3. Contudo, ao chegar a Itália, teria sido surpreendido com o desrespeito, por parte do Estado requerente, do art. 9º do Tratado específico, uma vez que não houve a detração do período correspondente à sua prisão preventiva para extradição. Sustenta, portanto, que competiria ao Supremo Tribunal Federal exigir o cumprimento do Tratado específico pelo Governo italiano.
>
> 4. Requer, por conseguinte, a reforma da decisão agravada para que essa Corte solicite esclarecimentos ao Governo italiano, bem como expeça ofício à Interpol para que informe o destino dado à sua bagagem na viagem para a Itália.
>
> 5. Eis o teor da decisão agravada:
>
> "1. Referente à petição/STF 192.913/2007 (fls. 618-621).

2. **Nada há que prover**. Com a entrega do extraditando ao Estado requerente em 23-10-2007 (conforme documentos de fls. 611-613), efetivou-se a execução do pedido extradicional, findando, por consequência, a jurisdição desta Suprema Corte.

Publique-se. Arquive-se."

(Grifados no original, fl. 660.)

6. Não assiste razão ao agravante.

7. No período compreendido entre *29 de julho de 2003 e 6 de agosto de 2007*, o extraditando encontrava-se preso em razão de sentença penal condenatória proferida pela 2ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (fls. 592/598), sendo que este lapso temporal não pode ser utilizado para fins de detração.

8. Com efeito, a prisão preventiva para fins de extradição só teve início após o exaurimento da pena imposta pela Justiça Federal, sendo improcedente a alegação do agravante de que teria direito à detração de 2 anos e 3 meses da pena a ser cumprida na Itália.

9. Ademais, conforme se infere às fl. 613, no ato de entrega do extraditando, os policiais italianos assumiram o compromisso, *em nome do governo de seu país*, de observar o disposto no art. 91 da Lei n. 6.815/80.

10. A simples alegação de que o Estado requerente não está cumprindo com as disposições do Tratado específico, sem qualquer comprovação, **não** tem o condão de afastar a presunção, decorrente do princípio da boa fé internacional, de cumprimento do acordo bilateral.

11. Por outro lado, conforme ressaltou a decisão que indeferiu o pedido, após o julgamento da extradição e a respectiva entrega do extraditando, considera-se finda a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

12. Quanto ao pedido do agravante para que se expeça ofício à *Interpol* a fim de que informe a quem foi entregue sua bagagem, novamente, *Sergio Nigretti* não traz elementos que comprovem a ocorrência de tal fato. Ademais, não compete ao Supremo Tribunal Federal apurar o suposto extravio da bagagem, cabendo ao agravante fazê-lo por seus próprios meios junto à companhia aérea.

Ante o exposto, manifesto-me pelo desprovimento do agravo regimental.

(Fls. 677-679.)

Passo a decidir.

Com relação ao pedido do agravante de expedição de ofício à Interpol, a fim de informá-la sobre o extravio de sua bagagem, esclareço que não compete ao STF adotar qualquer medida a esse respeito, tendo em vista que, com o julgamento da extradição, esta Suprema Corte esgotou sua jurisdição. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados: Ext 369/República Portuguesa, Rel. Min. Djaci Falcão; Ext 579/República Federal da Alemanha, Rel. Min. Celso de Mello; e Ext 621/República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello.

A propósito, cabe transcrever a ementa do julgamento da questão de ordem no HC 73.023/RJ:

Habeas corpus. Estrangeiro. Extradição. Prisão preventiva. Autoridade coatora. 1. Efetivado o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em pedido de extradição (art. 102, I, letra *g*, CF), e comunicada a decisão ao ente estatal competente, esgota esta Corte a prestação jurisdicional que lhe atribui a Constituição Federal,

ficando ao chefe do Poder Executivo a responsabilidade pela entrega do extraditando ao país requerente (art. 86 da Lei 6.815/1980). 2. A partir desse momento, o constrangimento não mais será do órgão judicante que autorizou o ato, já que encerrado o cumprimento do encargo constitucional. 3. A hipótese não é daquelas em que eventual constrangimento se dá durante a fase instrutória e do julgamento, mas sim após o julgamento. 4. Questão de ordem acolhida para determinar se solicitem as devidas informações ao Presidente da República.
(HC 73.023-QO/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, *DJ* de 27-4-2001.)

No que se refere à alegação do agravante de que o Estado requerente estaria descumprindo o Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, ao deixar de aplicar a detração do período correspondente à sua prisão preventiva para extradição, ressalto que a competência para exigir ao Estado requerente o cumprimento do Tratado de Extradição é do Poder Executivo. Nesse sentido, destaco a ementa do seguinte julgado:

Ementa: 1. *Extradição*. Passiva. Pena. Prisão perpétua. Comutação prévia assegurada. Detração do tempo cumprido como prisão preventiva no Brasil. Efeito secundário e automático do deferimento do pedido. Exigência, porém, que toca ao Poder Executivo. Inteligência do art. 91, II, da Lei 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro. Precedentes. **O destinatário do disposto no art. 91, II, do Estatuto do Estrangeiro, é o Poder Executivo, a que incumbe exigir, do Estado estrangeiro requerente, o compromisso de efetivar a detração penal, como requisito para entrega do extraditando**. 2. *Recurso*. Embargos de declaração. Pretensão de alteração do teor decisório. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Inadmissibilidade. Embargos rejeitados. Embargos declaratórios não se prestam a modificar capítulo decisório, salvo quando a modificação figure consequência inarredável da sanação de vício de omissão, obscuridade ou contradição do ato embargado.
(Ext 1.104-ED/Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, maioria, *DJ* de 22-8-2008.)

Ainda sobre esse tema, destaco as considerações do Ministro Celso de Mello em decisão proferida nos embargos de declaração na Ext 855/República do Chile:

(...) Sustenta-se que o acórdão de fls. 691/779 deixou de ordenar, em favor do extraditando, a observância da norma consubstanciada no art. 91, II, do Estatuto do Estrangeiro, que assim dispõe: "Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assuma o compromisso: (...) II – de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição (...)" (grifei). Cabe registrar, neste ponto, por necessário, que a detração penal, que constitui direito de qualquer extraditando – e que "foi expressamente abordada pelo acórdão (...)", como observou a douta Procuradoria-Geral da República (fl. 791, item n. 3) –, impõe-se à observância do órgão competente do Estado brasileiro (o Poder Executivo, no caso), quando da efetivação executória da extradição previamente autorizada pelo Supremo Tribunal Federal. Não constitui demasia assinalar que a detração penal traduz consequência jurídica necessária que deriva, automaticamente, em nosso sistema de direito positivo, de determinação legal (Estatuto do Estrangeiro, art. 91, II), ou, até mesmo, de tratado bilateral de extradição, tanto que o Estado requerente,

quando formaliza o pedido extradicional, costuma assumir, desde logo, mediante via diplomática (Nota Verbal), tal compromisso. Não se impõe, desse modo, ao Supremo Tribunal Federal, quando do deferimento do pedido de extradição, determinar a observância da regra pertinente à detração penal (embora esta Corte, em sua decisão, haja versado tal matéria), pois esta constitui efeito que se opera *ministerio legis*, registrando-se, sempre em benefício do extraditando, independentemente de qualquer pronunciamento do Supremo, eis que traduz – insista-se – consequência natural que emerge, necessariamente, por efeito do próprio ordenamento positivo nacional, da decisão que defere a extradição e que contém, por isso mesmo, implícita, a cláusula pertinente ao compromisso estatal de promover a detração penal. Na realidade, e considerando-se a norma inscrita no art. 91, II, do Estatuto do Estrangeiro, o compromisso de proceder à detração penal deve ser assumido, pelo Estado requerente, na fase administrativa subsequente ao deferimento do pedido de extradição, como requisito indispensável à "entrega" do súdito reclamado, sem o que o órgão competente do Poder Executivo brasileiro não poderá promover, de modo legítimo, a efetivação executória da ordem extradicional. Daí a correta observação de *Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano* (*A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro,* p. 142, item n. 4, 3. ed., 1981, RT): "Encerrada a fase judicial do processo de extradição, voltam os autos à esfera do Poder Executivo. Nessa segunda fase administrativa, ultima-se a extradição, através da entrega do extraditando ao Estado requerente. Mesmo depois do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, concedendo a extradição, o Governo do Brasil, em face de situações excepcionais, poderá suspender temporariamente a entrega do extraditando ou, até mesmo, recusar-se a fazê-la" (grifei). Vale referir, no ponto, ante a sua extrema pertinência, o preciso magistério do eminente Desembargador e Professor *Yussef Said Cahali* (*Estatuto do Estrangeiro*, p. 391/392 e 394/395, item n. 37, 1983, Saraiva): "Certas circunstâncias particulares ligadas ao extraditando ou ao fato fundante da extradição deferida podem determinar o sobrestamento da execução do ato extradicional. O art. 91 do Estatuto as enumera, sob a forma de condição suspensiva da entrega do extraditando. (...) Não será efetivada a entrega do extraditando (art. 91, II) sem que Estado requerente assuma o compromisso de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição. Do mesmo modo, sem que seja assegurada "firme garantia (mediante compromisso) de ser computado, no Estado requerente, o tempo em que o extraditando esteve preso, no Brasil, para fins da extradição", o pedido é deferido, porém sob reserva daquele compromisso. (...) Parece-nos que o compromisso do Estado requerente de obsequiar aquela disposição legal não é pressuposto para a concessão da extradição, mas condição suspensiva da entrega do extraditando ao Estado requerente; tenha ou não sido afirmado o compromisso no pedido de extradição, tenha ou não sido ele apreciado quando do julgamento concessivo da medida, compete ao Executivo cuidar da observância da regra do art. 91, como condição de entrega do extraditando ao Estado requerente. Em outros termos (...), as normas legais a respeito têm como destinatário o Poder Executivo. (...) O compromisso, no caso, representa condição legal da entrega, sendo exigível, independentemente da ressalva. Como a entrega do extraditando é ato de administração, exaure-se assim o compromisso na esfera do Executivo"(grifei). É importante acentuar, ainda, na linha do entendimento exposto, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já salientou que o destinatário da norma legal consubstanciada no art. 91, II do Estatuto do Estrangeiro (que reproduz regra constante do art. 98, II, do DL 941/69) é o Poder Executivo, a

> quem incumbe exigir, do Estado estrangeiro requerente, o compromisso de efetivar a detração penal, como requisito para entrega do extraditando: "Extradição. O art. 98, II, do Decreto-Lei 941, de 13-10-1969, é endereçado ao Poder Executivo e não ao Poder Judiciário. Embargos de declaração rejeitados." (Ext 321-ED/República Portuguesa, Rel. Min. *Cordeiro Guerra* – grifei.) É por tal razão que esta Suprema Corte advertiu, a propósito do tema ora em exame, que o compromisso do Estado estrangeiro pertinente à detração penal representa pressuposto da entrega do extraditando, a ser atendido quando da execução administrativa da ordem extradicional: "Os compromissos inerentes à detração (...) devem ser prestados pelo Estado requerente ao Governo da República, constituindo pressupostos da entrega do extraditando, e não do deferimento da extradição pelo Supremo Tribunal Federal" (RTJ 83/3, Rel. Min. *Cordeiro Guerra* – grifei). "Extradição. Pedido que atende aos requisitos legais. Deferimento. Cômputo do tempo de prisão no Brasil como de prisão preventiva, quando este deva ser contado (Dl. 941/1969, art. 98, II). – Pretensão a ser atendida pela autoridade competente quando da entrega do extraditando" (Ext 322/França, Rel. Min. *Rodrigues Alckmin* – grifei). Registre-se, portanto, que o acórdão ora embargado não se ressente de qualquer dos vícios cuja ocorrência poderia justificar o acolhimento dos presentes embargos de declaração (...).
> (Ext 855-ED/República do Chile, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJ* de 1º-11-2006.)

A jurisprudência do STF é no sentido de que o período pelo qual o extraditando ficou preso no Brasil, em razão do pedido extradicional, tem efeito na detração da pena a ser cumprida no país requerente (Ext 1.075/República Federal da Alemanha, Relator originário Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Menezes Direito, Pleno, maioria, *DJE* de 30-5-2008, e Ext 1.082/ República Oriental do Uruguai, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, *DJE* de 8-8-2008).

Neste agravo a defesa busca a detração do tempo em que o extraditando permaneceu preso no Brasil não por força deste pedido extradicional, mas em razão de período anterior.

Ademais, vale salientar que, com relação à detração penal, assiste razão ao MPF, ao considerar:

> No período compreendido entre 29 de julho de 2003 e 6 de agosto de 2007, o extraditando encontrava-se preso em razão de sentença penal condenatória proferida pela 2ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (fls. 592/598), sendo que este lapso temporal não pode ser utilizado para fins de detração. (...) Com efeito, a prisão preventiva para fins de extradição só teve início após o exaurimento da pena imposta pela Justiça Federal, sendo improcedente a alegação do agravante de que teria direito à detração de 2 anos e 3 meses da pena a ser cumprida na Itália.

Nesses termos, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o alvo da detração não seria o período de prisão preventiva propriamente dito, para efeito de extradição aquele

em que o extraditando já estava cumprindo pena por sentença condenatória proferida pelo Judiciário brasileiro.

Ante esse aspecto, acompanho Vossa Excelência.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.005-AgR/República Italiana — Relator: Ministro Presidente. Agravante: Sergio Nigretti (Advogados: Defensoria Pública da União e Diana Rodrigues Muniz e outro). Agravado: Governo da Itália.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 29 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NA EXTRADIÇÃO 1.121 — ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Leonard Kolschowsky — Agravado: Governo dos Estados Unidos da América

Extradição – Prisão cautelar – Pressuposto indispensável ao regular processamento do pedido de extradição passiva – Inocorrência de situação excepcional que justifique a revogação dessa medida constritiva da liberdade do extraditando – Legitimidade constitucional da prisão cautelar para fins extradicionais – Recepção, pela Constituição, do art. 84, parágrafo único, da Lei 6.815/1980 – Inaplicabilidade, por insubsistente, da Súmula 2/STF – Recurso de agravo improvido.

A prisão cautelar é pressuposto indispensável ao regular processamento do pedido de extradição passiva.

– A prisão do súdito estrangeiro constitui pressuposto indispensável ao regular processamento da ação de extradição passiva, sendo-lhe inaplicáveis, para efeito de sua válida decretação, os pressupostos e os fundamentos referidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

– A privação cautelar da liberdade individual do extraditando deve perdurar até o julgamento final, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido de extradição, vedada, em regra, a adoção de meios alternativos que a substituam, como a prisão domiciliar, a prisão-albergue ou a liberdade vigiada (Lei 6.815/1980, art. 84, parágrafo único). Precedentes. Inocorrência, na espécie, de situação excepcional apta a justificar a revogação da prisão cautelar do extraditando.

Legitimidade constitucional da prisão cautelar para fins extradicionais.

– A prisão cautelar, para efeitos extradicionais, reveste-se de plena legitimidade constitucional. A norma legal que prevê essa medida cautelar de ordem pessoal (Lei 6.815/1980, art. 82) foi recebida pela vigente Constituição da República. Precedentes.

Insubsistência da Súmula 2/STF.

– O enunciado inscrito na Súmula 2/STF já não mais prevalece em nosso sistema de direito positivo, desde a revogação, pelo DL 941/1969 (art. 95, § 1º), do art. 9º do DL 394/1938, sob cuja égide foi editada a formulação sumular em questão. Doutrina. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso (RISTF, art. 37, I), na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Carlos Britto.

Brasília, 4 de setembro de 2008 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se de recurso de agravo** interposto **contra** decisão **que indeferiu** pedido de revogação de prisão cautelar **decretada** para fins extradicionais.

Eis o teor da decisão, que, por mim proferida, **sofreu** a interposição do **presente** recurso de agravo (**fls. 95/97**):

> *O ora extraditando **renova** pedido de revogação do decreto de prisão preventiva (fls. 73/78) **que havia formulado**, **anteriormente**, mediante impetração **do HC 93.743/RR**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, **que resultou*** não conhecido.
>
> *O súdito estrangeiro em questão, **para fundamentar** o pleito de revogação de sua prisão cautelar, **alega**, em síntese, que "(...) a prisão que tem como fundamento o art. 82 da Lei 6.815/81 precisa necessariamente evidenciar o 'caso de urgência', o que, data vênia, não ocorre na espécie; o decreto está desprovido de fundamentação; e, não estão presentes os pressupostos do decreto cautelar que justifiquem a prisão preventiva do paciente, em que pese a Lei 6.815/81 prever esse tipo de prisão compulsória" (fls. 74/75).*
>
> ***Passo a apreciar** esse pedido. **E**, ao fazê-lo, **indefiro** esse pleito de revogação da prisão cautelar.*
>
> **É que**, *tal como enfatizei em decisões anteriores, **a prisão** do súdito estrangeiro **constitui pressuposto indispensável** ao regular processamento da ação de extradição passiva. **A privação** da liberdade individual do extraditando **deve perdurar até o julgamento final**, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido de extradição (**RTJ 166/200-201**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**).*
>
> **É por essa razão** *que o magist*ério da doutrina (MIRTÔ FRAGA, "***O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado***", *p. 339, 1985, Forense) – **refletindo** o entendimento jurisprudencial **firmado** por esta Suprema Corte (**RTJ 125/1037**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RTJ 140/136**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RTJ 149/374**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**) – **observa**:*
>
> > *"**A prisão do extraditando deve perdurar até o julgamento final da Corte**. **Não se admitem a fiança**, **a liberdade vigiada**, **a prisão domiciliar ou a prisão-albergue**. A privação da liberdade, nessa fase, **é essencial ao julgamento**, é condição **'sine qua non'** para o próprio encaminhamento do pedido ao Supremo Tribunal. **Ela não tem nenhuma relação** com a maior ou menor gravidade da infração, maior ou menor periculosidade do agente; **ela visa**, **tão somente**, **possibilitar a entrega**, **se a extradição vier a ser deferida**. Afinal de contas, **existe**, no estrangeiro, uma ordem de prisão (art. 78, II) expedida contra o*

extraditando e há, em consequência, a presunção de que esteja fugindo à ação da Justiça do Estado requerente."
*(**Grifei.**)*

***Impende registrar**, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, **ao pronunciar-se sobre a legitimidade constitucional** da prisão preventiva, para efeitos extradicionais, **teve o ensejo** de acentuar-lhe **a plena compatibilidade com a vigente** Constituição da República, **considerada a recepção**, pela Carta Política, **da norma legal** autorizadora dessa medida cautelar de ordem pessoal:*

*"**Habeas corpus**. 2. **Prisão preventiva para extradição**. Formalização do pedido de extradição. 3. **A prisão preventiva para extradição não ofende o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição**, como é da jurisprudência desta Corte, **que teve como recepcionada** a norma dela autorizatória constante do Estatuto do Estrangeiro (...)."*

*(**RTJ 179/780**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, **Pleno** – **Grifei.**)*

***Sendo assim**, considerando-se **o que prescreve** o próprio ordenamento positivo brasileiro (**Estatuto do Estrangeiro**, art. 84, parágrafo único), **cuja validade constitucional** **já foi reconhecida** por esta Suprema Corte (**Ext 783-autos apartados-AgR-ME**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **Pleno**), **e tendo em vista**, ainda, o Tratado de Extradição Brasil/Estados Unidos da América (Artigo VIII), **não se revela viável** – presente o contexto **desta** causa extradicional – **a concessão**, em favor do ora extraditando, **de liberdade provisória**, expressamente **vedada** pela legislação nacional.*

***Nem se poderia invocar**, de outro lado, **o que se contém na Súmula 2/STF**, para, **em função** de seu enunciado, **postular-se**, em favor do ora extraditando, **a concessão** de liberdade vigiada.*

É que *o enunciado inscrito na Súmula 2/STF **já não mais prevalece** em nosso sistema de direito positivo, **desde a revogação**, pelo DL 941/69 (art. 95, § 1º), do art. 9º do Decreto-lei n. 394/38, **sob cuja égide** foi editada a formulação sumular em questão.*

***Daí a observação** de ROBERTO ROSAS ("**Direito Sumular**", p. 9, 7. ed., 1995, Malheiros), **cujo magistério** enfatiza que "**A lei** (...) **não prevê a liberdade vigiada**", **entendimento este igualmente perfilhado** por GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO ('**A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**', p. 137/138, nota 269, 3. ed., 1981, RT), **que sustenta não mais subsistir**, presentemente, **o enunciado** constante da Súmula n. 2/STF, **aduzindo**, sob essa perspectiva, que "(...) o direito atual **não admite** a possibilidade de concessão ao extraditando de liberdade vigiada", eis que a legislação federal acima referida "**revogou** (...) **a mencionada Súmula**" (**grifei**).*

***Sendo assim**, pelas razões expostas, **indefiro** o pedido de revogação da prisão cautelar do ora extraditando.*

*2. **Encontrando-se**, o ora extraditando, **preso** na Superintendência Regional da Polícia Federal em Boa Vista, no Estado de Roraima, **delego competência** a Juiz Federal da Seção Judiciária dessa unidade da Federação, **a quem** o feito couber por distribuição, **para realizar o interrogatório** de Leonard Kolschowsky (**RISTF**, art. 211).*

***Remetam-se** os autos à Seção Judiciária do Estado de Roraima, **observando-se** as disposições do parágrafo único do art. 211 **e** do art. 210 do Regimento Interno desta Corte.*

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Inconformado, o extraditando, ora agravante, **deduziu** recurso de agravo **contra** esse ato decisório, **requerendo** a "*(...) reconsideração do pedido de revogação da prisão decretada em face do senhor Leonard Kolchowsky,* ***restabelecendo-se****, por conseguinte, o seu 'status libertatis'*" (fl. 107 – **grifei**).

Por não me convencer das razões expostas pela parte agravante, **submeto**, ao julgamento desta Corte, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Não assiste razão** à parte ora agravante, **eis** que a decisão impugnada **ajusta-se**, com integral fidelidade, ao magistério jurisprudencial **que tem prevalecido**, nesta Corte, na matéria em exame.

O súdito estrangeiro em questão, **para fundamentar** o pleito de revogação de sua prisão cautelar, **alegou**, em síntese, que "*(...) a prisão que tem como fundamento o art. 82 da Lei 6.815/81 precisa necessariamente evidenciar o 'caso de urgência', o que, data vênia, não ocorre na espécie; o decreto está desprovido de fundamentação; e, não estão presentes os pressupostos do decreto cautelar que justifiquem a prisão preventiva do paciente, em que pese a Lei 6.815/81 prever esse tipo de prisão compulsória*" (fls. 74/75).

Tal como enfatizei em decisões anteriores, **a prisão** do súdito estrangeiro **constitui pressuposto indispensável** ao regular processamento da ação de extradição passiva. **A privação cautelar** da liberdade individual do extraditando, por isso mesmo, **deve perdurar até o julgamento final**, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido de extradição (**RTJ 166/200-201**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**), **sendo-lhe inaplicáveis**, para efeito de sua **válida** decretação, os pressupostos **e** os fundamentos **referidos** no art. 312 do Código de Processo Penal.

É por essa razão que o magistério da doutrina (MIRTÔ FRAGA, "**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**", p. 339, 1985, Forense) – **refletindo** o entendimento jurisprudencial **firmado** por esta Suprema Corte (**RTJ 125/1037**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RTJ 140/136**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RTJ 149/374**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) – **observa**:

> ***A prisão do extraditando deve perdurar até o julgamento final da Corte. Não se admitem a fiança, a liberdade vigiada, a prisão domiciliar ou a prisão-albergue****. A privação da liberdade, nessa fase,* é essencial ***ao julgamento****, é condição "sine qua non" para o próprio encaminhamento do pedido ao Supremo Tribunal.* ***Ela não tem nenhuma relação*** *com a maior ou menor gravidade da infração, maior ou menor periculosidade do agente;* ***ela visa, tão somente, possibilitar a entrega, se a extradição vier a ser deferida****. Afinal de contas,* ***existe****, no estrangeiro, uma ordem de prisão (art. 78, II) expedida contra o extraditando e há, em consequ*ência, a presunção de que esteja fugindo à ação da Justiça do Estado requerente.
> (**Grifei.**)

É certo que o Supremo Tribunal Federal já admitiu, **em situação excepcional**, a própria **revogação** da prisão cautelar (**Ext 1.054-QO/EUA**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO) **ou**, então, **a adoção**, **sempre** extraordinária, de meios substitutivos dessa medida de constrição da liberdade individual do extraditando (**Ext 791/República Portuguesa**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **DJ** de 23-10-2000 – **PPE 164/República Italiana**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **DJ** de 21-6-1993).

Ocorre, no entanto, **que não se verifica**, no caso em exame, **hipótese excepcional** que possa justificar a aplicação **de referidos** precedentes, **ainda** que o ora extraditando **alegue**, em seu favor, **que** "*(...)* ***não tenciona*** *deixar o país em fuga (...)*" **e que** "*(...)* ***não possui*** *o 'status' de periculosidade que seja capaz de ameaçar a ordem pública*" (fl. 104 – **grifei**).

Impende registrar, de outro lado, que o Supremo Tribunal Federal, **ao pronunciar-se sobre a legitimidade constitucional** da prisão cautelar, para efeitos extradicionais, **teve o ensejo** de acentuar-lhe **a plena compatibilidade com a vigente** Constituição da República (**Ext 783-autos apartados-AgR-ME**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO), **considerada a recepção**, pela Carta Política, **da norma legal** autorizadora dessa medida cautelar de ordem pessoal:

> *"**Habeas corpus**". 2. **Prisão preventiva para extradição**. Formalização do pedido de extradição. 3. **A prisão preventiva para extradição não ofende o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição**, como* é da jurisprudência desta Corte, ***que teve como recepcionada*** *a norma dela autorizatória constante do Estatuto do Estrangeiro (...).*
> (**RTJ 179/780**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, **Pleno** – **Grifei.**)

Nem se poderia invocar, ainda, **o que se contém na Súmula 2/STF**, para, **em função** de seu enunciado, **postular-se**, em favor do ora extraditando, **a concessão** de liberdade vigiada.

É que o enunciado inscrito na Súmula 2/STF **já não mais prevalece** em nosso sistema de direito positivo, **desde a revogação**, **pelo DL 941/1969** (art. 95, § 1º) – este, **hoje**, revogado **pelo vigente** Estatuto do Estrangeiro –, **do art. 9º** do Decreto-Lei 394/1938, **sob cuja égide** foi editada a formulação sumular em questão.

Daí a observação de ROBERTO ROSAS ("**Direito Sumular**", p. 9, 7. ed., 1995, Malheiros), **cujo magistério** enfatiza que "***A lei (...) não prevê a liberdade vigiada***", **entendimento esse igualmente perfilhado** por GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO ("**A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**", p. 137/138, nota 269, 3. ed., 1981, RT), **que sustenta não mais subsistir**, presentemente, **o enunciado** constante da Súmula n. 2/STF, **aduzindo**, sob essa perspectiva, que "*(...) o direito atual* ***não admite*** *a possibilidade de concessão ao extraditando de liberdade vigiada*", **eis que** a legislação federal acima referida "***revogou (...) a mencionada Súmula***" (**grifei**).

Sendo assim, pelas razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo (fls. 100/108), **mantendo**, por seus próprios fundamentos, **a decisão** que proferi a fls. 95/97.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.121-AgR/Estados Unidos da América — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Leonard Kolschowsky (Advogados: Bruno Augusto Prenholato e outro). Agravado: Governo dos Estados Unidos da América.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Carlos Britto. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 4 de setembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EXTRADIÇÃO 1.121 — ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Governo dos Estados Unidos da América — Extraditando: Leonardo Kolschowsky

Extradição passiva de caráter instrutório – Observância do critério da dupla tipicidade: crime falimentar (DL 7.661/1945, art. 189, I) e delitos de estelionato (CP, art. 171) – Consumação da prescrição penal relativamente ao delito falimentar de ocultação de bens – Fato que obsta, em relação a tal ilícito, o deferimento da entrega extradicional – Inocorrência da prescrição penal pertinente aos crimes de estelionato, seja em face da legislação estrangeira, seja à luz do ordenamento positivo brasileiro – Observância, quanto a tais ilícitos patrimoniais, do princípio da dupla punibilidade – Extraditando que afirma possuir relações familiares com brasileira e ter, ainda, domicílio certo no país – Irrelevância jurídica dessa situação – Circunstâncias que não impedem o deferimento da extradição – Alegação de que as acusações feitas ao súdito estrangeiro são inconsistentes – Análise que envolve discussão sobre a prova penal produzida no Estado requerente – Impossibilidade – Sistema de contenciosidade limitada – Presença de todos os requisitos legitimadores do pedido extradicional, no que concerne aos crimes de estelionato – Extradição deferida, em parte.

Extradição e dupla tipicidade.

– O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente, sendo irrelevante, para esse específico efeito, a eventual variação terminológica registrada nas leis penais em confronto.

– Os fatos ilícitos atribuídos ao extraditando – delitos de estelionato e crime falimentar – constituem, em tese, infrações penais, quer à luz da legislação penal do Estado requerente, quer em face do que prescreve o ordenamento positivo brasileiro (CP, art. 171 e DL 7.661/1945, art. 189, I), o que satisfaz a exigência legal da dupla incriminação ou da dupla tipicidade, contemplada no Estatuto do Estrangeiro (art. 77, II) e no tratado de extradição Brasil/EUA.

Extradição e princípio da dupla punibilidade – Crime falimentar – Fato delituoso que ocorreu em momento anterior ao da revogação do DL 7.661/1945 pela Lei 11.101/2005 – Norma anterior que consagrava a prescrição bienal em matéria de crime

falimentar – *Novatio legis in pejus* – Impossibilidade constitucional de aplicar, ao caso, esse novo diploma legislativo (*lex gravior*) – Ultratividade, na espécie, da *lex mitior* – Necessária aplicabilidade da norma penal benéfica ao fato delituoso cometido no período de vigência temporal do decreto-lei revogado – Eficácia ultrativa da *lex mitior* (DL 7.661/1945), por efeito do que impõe o art. 5º, inciso XL, da Constituição (*RTJ* 140/514 – *RTJ* 151/525 – *RTJ* 186/252, *v.g.*) – Reconhecimento, no caso, da prescrição penal referente ao delito falimentar.

– Consumada a prescrição penal, seja em face da legislação do Estado requerente, seja à luz do ordenamento positivo brasileiro, impõe-se o indeferimento do pedido extradicional, porque desatendido, em tal hipótese, o princípio da dupla punibilidade. Ocorrência, na espécie, de prescrição penal referente ao crime falimentar de ocultação de bens. Biênio prescricional consagrado pela antiga Lei Falimentar (DL 7.661/1945, art. 199), sob cujo domínio temporal teria sido praticado o crime de ocultação de bens. Incidência, na espécie, da Súmula 147/STF. Inaplicabilidade, ao caso, de estatuto penal mais gravoso (Lei 11.101/2005). Consequente impossibilidade de acolhimento, quanto a tal ilícito, do pedido extradicional.

– A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso – deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, inciso XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

– Inocorrência, contudo, da prescrição penal quanto aos crimes de estelionato, a cujo respeito ainda subsiste íntegra a pretensão punitiva do Estado, analisada tanto sob a perspectiva da legislação penal doméstica quanto em face do direito penal americano. Observância, quanto a tais delitos, do postulado da dupla punibilidade.

O casamento civil não se qualifica, no sistema jurídico vigente no Brasil, como causa de aquisição da nacionalidade brasileira.

– Não se revela possível, em nosso sistema jurídico-constitucional, a aquisição da nacionalidade brasileira *jure matrimonii*, vale dizer, como efeito direto e imediato resultante do casamento civil. Magistério da doutrina.

– As hipóteses de outorga, aquisição e perda da nacionalidade brasileira, quer de caráter primário (nacionalidade

originária), quer de índole secundária (nacionalidade adquirida por naturalização), decorrem, exclusivamente, do texto constitucional, não se revelando lícito, ao Estado brasileiro, seja mediante simples regramento legislativo, seja mediante tratados ou convenções internacionais (ressalvado, quanto à aquisição da nacionalidade brasileira, o que dispõe o § 3º do art. 5º da Constituição), inovar nesse tema, quer para ampliar, quer para restringir, quer, ainda, para modificar os casos justificadores de acesso à condição político-jurídica de nacional do Brasil.

Existência de relações familiares entre o extraditando e pessoa de nacionalidade brasileira: irrelevância jurídica desse fato.

– A existência de relações familiares, a comprovação de vínculo conjugal e/ou a convivência *more uxorio* do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos destituídos de relevância jurídica para efeitos extradicionais, não impedindo, em consequência, a efetivação da extradição. Precedentes.

– Não obsta a extradição o fato de o súdito estrangeiro ser casado ou viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira, ainda que, com esta, possua filho brasileiro.

– A Súmula 421/STF revela-se compatível com a vigente Constituição da República, pois, em tema de cooperação internacional na repressão a atos de criminalidade comum, a existência de vínculos conjugais e/ou familiares com pessoas de nacionalidade brasileira não se qualifica como causa obstativa da extradição. Precedentes.

Processo extradicional e sistema de contenciosidade limitada: inadmissibilidade de discussão sobre a prova penal produzida perante o Estado requerente.

– A ação de extradição passiva não confere, ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apoia, não cabendo, ainda, a esta Corte Suprema, o exame da negativa de autoria invocada pelo extraditando em sua defesa. Precedentes. Doutrina.

– O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite, ordinariamente, qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justifica o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal, ressalvada a hipótese prevista no inciso LI do art. 5º da Constituição da República ("(...) salvo o

naturalizado, em caso (...) de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei").

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, deferir, parcialmente, o pedido de extradição. Ausentes, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 18 de dezembro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **O Governo** dos Estados Unidos da América, **mediante** Nota Verbal **regularmente** apresentada por sua Missão Diplomática ao Governo brasileiro, **postula**, com base na Lei 6.815/1980 **e** no Tratado de Extradição **existente** entre o Brasil **e** o Estado ora requerente, **a extradição**, de caráter instrutório, **de LEONARD KOLSCHOWSKY**, nacional norte-americano, **motivada** pela **suposta prática** de crime falimentar **e** de delitos de estelionato.

Eis as acusações deduzidas **contra** o ora extraditando (fls. 43/48):

II. As Acusações e as Leis Pertinentes dos Estados Unidos

7. Em 25 de junho de 2003 *um Grande Júri federal reunido em Madison, Wisconsin,* ***formulou*** *sentença de pronúncia* ***com seis denúncias acusando Leonard Kolschowsky*** *com um cargo (****Acusação 1****) de conscientemente e fraudulentamente esconder dos credores e do gestor federal para casos de falência e bancarrota propriedade pertencente ao patrimônio de um devedor em um caso de falência, em violação ao Título 18 do Código dos EUA § 152(1) e cinco cargos (****Acusações 2 a 6****) de conscientemente fazer declarações falsas com o propósito de influenciar um banco em conexão a cinco empréstimos diferentes, em violação ao Título 18 do Código dos EUA § 1014.*

(...)

14. Para satisfazer *o ônus da prova e condenar Leonard Kolschowsky do delito* ***na Acusação 1*** *da pronúncia o governo, no julgamento, precisa estabelecer além de uma dúvida razoável cada um dos elementos a seguir: (1) que um processo de falência havia sido iniciado sob lei federal; (2) que certas propriedades ou bens pertenciam ao patrimônio falido do devedor; e (3) que o réu, Leonard Kolschowsky, conscientemente e fraudulentamente escondeu dos credores e do gestor federal para casos de falência e bancarrota propriedades específicas. As penalidades máximas para falência fraudulenta sob Acusação 1 da pronúncia é cinco anos de prisão, um período de três anos de liberdade supervisionada, uma multa de US$ 250.000, uma taxação criminal de US$ 100 e uma ordem demandando restituição. Para satisfazer o ônus da prova e condenar Leonard Kolschowsky dos delitos* ***alegados nas Acusações 2 a 6 da pronúncia*** *o governo, no julgamento, precisa estabelecer além*

de uma dúvida razoável cada um dos elementos a seguir: (1) que o réu fez uma declaração falsa a um banco; (2) que o réu sabia que a declaração, no momento em que foi feita, era falsa; (3) que o réu fez a declaração com a intenção de influenciar a ação do banco em relação ao empréstimo; e (4) que as contas no banco estavam na época asseguradas pela corporação Federal Deposit Insurance Corporation. As penalidades máximas para cada uma das declarações falsas denunciadas ***nas Acusações 2 a 6 da pronúncia*** são de 30 anos de prisão, um período de cinco anos de liberdade supervisionada, uma multa de US$ 1.000.000, uma taxação criminal de US$ 100 e uma ordem demandando restituição.

III. Resumo dos Fatos do Caso

15. Uma investigação *feita pelo FBI e o Departamento de Polícia do Condado de Washburn demonstrou que em abril de 1999 Leonard Kolschowsky assumiu a gerência de uma distribuidora de barcos, "a Boat Depot, Inc"., em Minong, no Wisconsin. Kolschowsky cuidou das finanças da distribuidora durante todo o tempo em que esta operava. Para obter dinheiro à vista, Kolschowsky tomou uma série de empréstimos fraudulentos junto ao banco "Citizens Bank", em Jackson, no Michigan. Durante todo esse período, os depósitos do "Citizens Bank" estavam assegurados pela "Federal Deposit Insurance Corporation". Em cada instância, conforme* ***alegado nas Acusações 2 a 6****, Kolschowsky gerenciou obter um empréstimo do banco "Citizens Bank" com a finalidade de comprar um barco. Entretanto, em cada instância, não houve uma verdadeira transação e Kolschowsky utilizou o nome e as informações pessoais de outra pessoa para preencher a solicitação de empréstimo. Conforme* ***alega a Acusação 2****, o réu afirmou falsamente que a pessoa com as iniciais "F.W. queria obter um empréstimo de US$ 40.000 para comprar um barco Larson e motor Volvo" quando, na realidade, Kolschowsky sabia que tal transação não se materializaria.* ***Acusação 3 alega*** *que Kolschowsky falsamente afirmou que a pessoa cujas iniciais eram "J.M. queria obter um empréstimo no valor de US$ 20.000 para comprar um barco Crestline com motor Yamaha" quando, de fato, conforme Kolschowsky sabia, não havia planos para tal transação.* ***Acusação 4 alega*** *que Kolschowsky falsamente afirmou que a pessoa cujas iniciais são "T.M. queria obter um empréstimo no valor de US$ 18.400 para comprar um barco Larson" quando, conforme Kolschowsky sabia, não havia planos para tal transação.* ***Acusação 5 alega*** *que Kolschowsky falsamente afirmou que a pessoa cujas iniciais são "T.P. queria obter um empréstimo no valor de US$ 19.500 para comprar um barco Larson com motor Volvo" quando, de fato, Kolschowsky sabia que não havia planos para tal transação. Finalmente,* ***Acusação 6 alega*** *que Kolschowsky falsamente afirmou que a pessoa cujas iniciais são "F.W. queria obter um empréstimo no valor de US$ 17.200 para comprar um barco G-3 com motor Yamaha" quando, conforme o réu sabia, não havia planos para tal transação. O "Boat Depot" entrou em dificuldades financeiras e em* ***25 de julho de 2001*** *deu entrada em pedido de proteção sob as leis de falência. Numa tentativa de burlar os direitos dos credores aos bens do patrimônio falido, Kolschowsky escondeu mais de 20 barcos pertencentes ao "Boat Depot". Kolschowsky admitiu às autoridades de lei e ordem que fez declarações falsas ao banco "Citizens Bank" em conexão aos empréstimos descritos acima e que também tentou esconder do gestor federal para casos de falência e bancarrota bens que pertenciam ao patrimônio falido.*

16. Uma descrição *mais detalhada das provas em apoio das acusações contra o réu Leonard Kolschowsky encontra-se no depoimento juramentado do Agente Especial Jon R. Hauser, do FBI, no Anexo D.*

IV. Conclusão

17. Sob Artigo II *(itens 12, 18 e 25) do Tratado de Extradição entre Estados Unidos e Brasil, que entrou em vigor em 17 de dezembro de 1964, as violações criminosas às leis de falência, a emissão de documentos falsificados e a obtenção de dinheiro sob falsos pretextos são todos delitos passíveis de extradição.* ***Acusação 1 da pronúncia*** *que acusa o réu Leonard Kolschowsky de falência fraudulenta constitui crime contra as leis de falência. Também,* ***as Acusações 2 a 6 da pronúncia*** *que acusam o réu de declarações falsas que lhe renderam coletivamente mais de US$ 100.000 tem relação à conduta que envolve a emissão de documentos falsos e resultou no recebimento de dinheiro sob falsos pretextos.*

18. Eu revi *as provas deste caso e atesto que elas indicam que o réu Leonard Kolschowsky é culpável de delitos passíveis de extradição.*

(**Grifei**.)

Em 31-10-2007, nos autos **da PPE 600**, o Governo dos Estados Unidos da América, **mediante** Nota Verbal **regularmente** apresentada por sua Missão Diplomática ao Governo brasileiro (**fls. 8/10**), **requereu a decretação da prisão preventiva**, para efeitos extradicionais, de seu súdito. **Decretada**, **em 9-1-2008**, pela Excelentíssima Senhora Ministra ELLEN GRACIE, **então** Presidente desta Suprema Corte, **a prisão cautelar** desse súdito estrangeiro **foi efetivada** em **11-1-2008** (**Apenso**, fl. 142, da PPE 600).

Como a prisão ocorreu no Estado de Roraima, **deleguei competência** a Juiz Federal **daquela** Seção Judiciária **para a realização** do interrogatório do ora extraditando (fl. 100), **que se deu** no dia **24-4-2009** (fls. 181/185), **havendo estado presente**, a esse ato processual, **o ilustre Advogado** que o súdito estrangeiro em questão constituiu na presente causa (fl. 132).

O extraditando, **por intermédio** de seu Advogado, **produziu** defesa técnica, **em que impugnou** o pedido extradicional ora em julgamento (fls. 188/190), **apoiando-se**, para tanto, **nos seguintes fundamentos**: (**a**) "(...) **a imputação** que consta na denúncia informada pelo Governo Americano **carece de transparência**, pois, em dado momento as acusações são frágeis e sem legalidade, já que até a presente data, **não apresentaram** qualquer documentação comprobatória **que realmente confirmasse** qualquer **participação do acusado** em crime no qual está sendo processado, **pois**, conforme se afere nos autos, o denunciado **jamais comungou** com a prática do delito, sendo vaga, obscura e ilegal a denúncia, onde apresentaram apenas documentações informando ser autor de crimes, não constando qualquer documento assinado pelo mesmo" (fls. 188/189 – **grifei**); **e** (**b**) "(...) **em nenhum momento ficou cristalinamente provada** a prática de crime por parte do réu, já que sempre pautou pela ética e disciplina em seu local de trabalho, tendo inclusive assumido várias chefias na Empresa em que trabalha e ainda, pois, em seu próprio interrogatório o denunciado confirmou que não participou de qualquer delito em seu país de origem e que se procedeu foi determinado por sua chefia superior (...)" (fl. 189 – **grifei**).

O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **aprovado** pelo

eminente Chefe dessa Instituição, Dr. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS, **assim resumiu e apreciou** o presente pedido extradicional (fls. 218/223):

> ***EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRONÚNCIA DO GRANDE JÚRI DO DISTRITO OESTE DE WISCONSIN. SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE FRAUDE EM FALÊNCIAS E DE FALSAS DECLARAÇÕES. DUPLA TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO PUNITIVA. PARECER PELA CONCESSÃO DA EXTRADIÇÃO.***
>
> ***1. Cuida-se*** *de pedido de extradição instrutória formulado pelo Governo dos Estados Unidos da América, com base no art. 9º do Tratado bilateral específico, do seu nacional LEONARD KOLSCHOWSKY, em virtude de mandado de prisão emitido pela Corte Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Oeste de Wisconsin, pela suposta prática de crimes de "fraude em falência" e de "tornar material falsas declarações para um banco cuja conta é assegurada pela corporação Federal Deposit Insurance Corporation", segundo o teor da Nota Verbal n. 80/2008 (fls. 4/60).*
>
> ***2. A prisão preventiva*** *para fins de extradição foi decretada em 9 de janeiro de 2008, tendo sido efetivada em 11 de janeiro de 2008 (fls. 13 e 31, respectivamente, dos autos da PPE n. 600).*
>
> ***3. Constam dos autos*** *o interrogatório do extraditando (fls. 183/185), bem como sua defesa técnica, na qual sustenta, em síntese, que as acusações contra a sua pessoa são frágeis, não tendo o Estado norte-americano logrado êxito em comprovar sua participação nos eventos delituosos (fls. 188/190).*
>
> ***4. Os fatos*** *pelos quais o extraditando está sendo investigado no país requerente podem ser assim resumidos:*
>
> *"(...)*
>
> ***III. Resumo dos Fatos do Caso***
>
> ***15. Uma investigação*** *feita pelo FBI e o Departamento de Polícia do Condado de Washburn demonstrou que, em abril de 1999, LEONARD KOLSCHOWSKY assumiu a gerência de uma distribuidora de barcos, a Boat Depot, Inc., em Minong, no Wisconsin. KOLSCHOWSKY cuidou das finanças da distribuidora durante todo o tempo em que esta operava. Para obter dinheiro à vista, KOLSCHOWSKY tomou uma série de empréstimos fraudulentos junto ao banco Citizens Bank, em Jackson, no Michigan. Durante todo esse período, os depósitos do Citizens Bank estavam assegurados pela Federal Deposit Insurance Corporation. Em cada instância, conforme* ***alegado nas Acusações 2 a 6****, KOLSCHOWSKY gerenciou obter um empréstimo do banco Citizens Bank com a finalidade de comprar um barco. Entretanto, em cada instância, não houve uma verdadeira transação e KOLSCHOWSKY utilizou o nome e as informações pessoais de outra pessoa para preencher a solicitação de empréstimo. Conforme* ***alega a Acusação 2****, o réu afirmou falsamente que a pessoa com as iniciais "F.W. queria obter um empréstimo de US$ 40.000 para comprar um barco Larson e motor Volvo" quando, na realidade, KOLSCHOWSKY sabia que tal transação não se materializaria.* ***Acusação 3 alega*** *que KOLSCHOWSKY falsamente afirmou que a pessoa cujas iniciais eram "J.M. queria obter um empréstimo no valor de US$ 20.000 para comprar um barco Crestline com motor Yamaha" quando, de fato, conforme KOLSCHOWSKY sabia, não havia planos para tal transação.* ***Acusação 4 alega*** *que KOLSCHOWSKY falsamente*

afirmou que a pessoa cujas iniciais são "T.M. queria obter um empréstimo no valor de US$ 18.400 para comprar um barco Larson" quando, conforme KOLSCHOWSKY sabia, não havia planos para tal transação. ***Acusação 5 alega*** *que KOLSCHOWSKY falsamente afirmou que a pessoa cujas iniciais são "T.P. queria obter um empréstimo no valor de US$ 19.500 para comprar um barco Larson com motor Volvo" quando, de fato, KOLSCHOWSKY sabia que não havia planos para tal transação. Finalmente,* ***Acusação 6 alega*** *que KOLSCHOWSKY falsamente afirmou que a pessoa cujas iniciais são "F.W. queria obter um empréstimo no valor de US$ 17.200 para comprar um barco G-3 com motor Yamaha" quando, conforme o réu sabia, não havia planos para tal transação. O Boat Depot entrou em dificuldades financeiras e, em* ***25 de julho de 2001****, deu entrada em pedido de proteção sob as leis de falência. Numa tentativa de burlar os direitos dos credores aos bens do patrimônio falido, KOLSCHOWSKY escondeu mais de 20 barcos pertencentes ao Boat Depot. KOLSCHOWSKY admitiu às autoridades de lei e ordem que fez declarações falsas ao banco Citizens Bank em conexão aos empréstimos descritos acima e que também tentou esconder do gestor federal para casos de falência e bancarrota bens que pertenciam ao patrimônio falido.*

(...)".

(Fls. 43/44.)

5. Da leitura dos autos*, verifica-se que o Estado requerente tem competência para a instrução e julgamento dos fatos, pois a prática dos crimes imputados ao extraditando deu-se em seu território, no Estado de Wisconsin, estando, portanto, em consonância com o disposto no art. 1º do Tratado específico.*

6. O pedido formal *de extradição foi devidamente instruído pelo Governo norte-americano, atendendo-se ao previsto no art. 9º do Tratado bilateral específico, com cópia do mandado de prisão, da acusação e dos demais documentos exigidos, havendo indicações precisas acerca do local, datas, natureza e circunstâncias dos fatos criminosos, consoante se observa a partir da análise dos documentos de fls. 38/60.*

7. Constam também *dos autos cópias dos textos legais pertinentes, de modo a permitir ao Supremo Tribunal Federal o exame seguro da legalidade da pretensão (fl. 47).*

8. Os crimes não possuem conotação política, afastando-se, *dessarte, a vedação do art. 5º do Tratado específico.*

9. De acordo *com a Nota Verbal,* ***ao extraditando é imputada*** a prática de *1 (um) delito de ocultação de bens* ***e*** *de 5 (cinco) delitos de fraude e declarações falsas.*

10. As condutas *relativas à fraude e declarações falsas* ***enquadram-se*** *no crime previsto* ***no art. 171****, "caput", do Código Penal brasileiro,* ***isto é****,* ***no delito de estelionato****.*

11. Segundo os autos*, o extraditando LEONARD KOLSCHOWSKY, no exercício da gerência da distribuidora de barcos Home Depot, Inc., teria utilizado nomes e informações pessoais de outras pessoas para obter empréstimos bancários fraudulentos junto ao Citizens Bank.*

12. Consoante *o Governo requerente, o extraditando tinha conhecimento de que as compras de barcos, objeto dos empréstimos bancários, não se realizariam e pretendia unicamente obter dinheiro à vista para uso pessoal.*

13. Na hipótese *dos autos, aplica-se o enunciado da Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".*

14. No tocante ao delito de ocultação de bens*, tal fato imputado ao extraditando* ***encontra*** *correspondência típica* ***no art. 189*** *do Decreto-Lei n. 7.661/1945,* ***em vigor*** *à época dos fatos.*

15. Assim*, haja vista que a ocultação dos bens deu-se após a declaração formal de falência da empresa Boat Depot, Inc., está satisfeito o requisito do art. 192 da Lei de Falências (fl. 48).*

16. Os fatos não se enquadram *no crime de fraude à execução,* ***disposto*** *no art. 179, CPB.* ***No julgamento*** *da Extradição n. 795, o então Relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE,* ***entendeu-se*** *que esse crime somente se realiza se o agente, para subtrair-se à penhora iminente, aliena, desvia, destrói ou danifica bens de seu patrimônio ou simula dívida.*

17. Ou seja*, a legislação penal brasileira* ***exige*** *um comportamento comissivo do agente,* ***o que sequer*** *é aventado nos autos,* ***tendo em vista*** *que o Estado requerente* ***imputa*** *ao extraditando* ***apenas a omissão*** *de declarar 20 (vinte) barcos pertencentes à distribuidora Boat Depot, Inc.*

18. Satisfeito*, portanto, o requisito da dupla tipicidade.*

19. Em atendimento *ao disposto no art. 5º do Tratado bilateral específico, observa-se que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva sob a ótica da legislação de ambos os Estados.*

20. É que consta *contra o extraditando mandado de prisão* ***pelos crimes*** *de ocultação de bens e de fraude e declarações falsas,* ***cujas penas*** máximas são, respectivamente, de *5 (cinco) e de 30 (trinta) anos (fl. 47).* ***Nos termos*** *da legislação norte-americana, o Ministério Público* ***tem um prazo prescricional*** *de 5* (cinco) anos ***para apresentar*** *formalmente sua acusação (indictment).*

21. Tendo em vista *que, de acordo com a pronúncia formalizada pelo Tribunal Distrital norte-americano,* ***o delito de ocultação*** *de bens* ***ocorreu****, em tese,* ***entre*** *julho de 2001* ***e maio*** *de 2002* ***e os delitos de estelionato entre*** *dezembro de 2000* ***e*** *abril de 2001 (fls. 48/51) e que,* ***em 25 de junho de 2003****, um Grande Júri federal reunido em Madison, Wisconsin, proferiu sentença de pronúncia, não há que se falar em extinção da punibilidade.*

22. Nos termos *da lei brasileira, também não há que se falar em prescrição. As penas* ***máximas*** *aplicadas em razão da prática do crime de estelionato e falimentar são, respectivamente, 5 (cinco) e 3 (três) anos, prescrevendo, nos termos do art. 109, III e IV, do CPB, em 12 e em 8 anos.*

23. Dessarte*, considerando que, em 25 de junho de 2003, houve a sentença de pronúncia e, consequentemente, a interrupção do prazo prescricional (art. 117, II, CPB), encontra-se presente o requisito da dupla punibilidade.*

24. Convém *ressaltar que o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica no sentido* ***de que o indictment é equiparável à sentença de pronúncia*** *do Direito brasileiro,* ***ainda*** *que não se trate de delito da competência do Tribunal do Júri.* ***Nesse sentido****:*

> *"****EMENTA: EXTRADIÇÃO. GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CRIMES DE QUADRILHA OU BANDO, ESTELIONATO E INCÊNDIO CRIMINOSO. FRAUDE FEDERAL. PEDIDO EXTRADICIONAL QUE PREENCHE OS REQUISITOS FORMAIS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E NO TRATADO***

DE EXTRADIÇÃO FIRMADO ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. FATO ATÍPICO. 1. Os crimes previstos no Título 18 do Código dos Estados Unidos*, definidos como associação permanente para o cometimento de atos ilícitos (Seção 1962), fraude continuada (Seções 1341 e 1344) e incêndio criminoso cometido com intuito de obter vantagem pecuniária (Seção 844 h e i), correspondem, respectivamente, aos tipificados no Código Penal Brasileiro: quadrilha ou bando (art. 288), estelionato (art. 171) e incêndio qualificado (art. 250, § 1º, inciso I). 2. (...).* ***4. O ato judicial*** *denominado indictment no processo penal norte-americano assemelha-se à pronúncia na versão brasileira, constituindo-se em causa interruptiva do prazo prescricional. Precedentes.* ***5. O crime de 'viagem interestadual em prol de atividades ilícitas premeditadas'****, definido no Código dos Estados Unidos (Título 18, Seção 1952), não encontra similar na lei brasileira.* ***6. Pedido de extradição deferido em parte****".*

*(**Ext 816**, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 22-2-2002.)*

*"**EMENTA: EXTRADIÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE QUE O INDICTMENT NÃO É DOCUMENTO APTO A VIABILIZAR A CONCESSÃO DO PEDIDO, ALÉM DO QUE A PENA MÁXIMA PARA O CRIME É DE PRISÃO PERPÉTUA, O QUE IMPEDIRIA A EXTRADIÇÃO. Pedido extradicional** que atende às exigências do Tratado Bilateral de Extradição Brasil/Estados Unidos, bem como às da Lei 6.815/1980. O indictment é instituto equiparável à pronúncia e o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela suficiência desse ato formal para legitimar pedidos extradicionais (Ext. 542). (...).* ***Extradição deferida com as mencionadas restrições****".*

*(**Ext 944**, Rel. Min. Carlos Britto. DJ de 17-2-2006.)*

*"**EMENTA: 1. Extradição instrutória. 2. Investigações para esclarecimento de suposta prática dos crimes de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro**. 3. (...).* ***7. Inocorrência de prescrição****. Indictment. Instituto equiparável à pronúncia. Ato formal suficiente para legitimar pedido de extradição passiva. Precedentes citados: EXT 280/EUA, Rel. Min. Adaucto Cardoso, DJ de 12-9-1969; EXT 542/EUA, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ de 20-3-1992; EXT 912/EUA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, unânime, DJ de 29-4-2005; EXT 939/EUA, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, DJ de 24-6-2005; EXT 915/EUA, de minha relatoria, Pleno, unânime, DJ de 14-10-2005; e EXT 944/EUA, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, unânime, DJ de 17-2-2006. 8. (...)".*

*(**Ext 1.069**, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 14-9-2007.)*

25. No tocante aos demais argumentos *sustentados pelo extraditando, observa-se que o regime brasileiro de extradição passiva adotou o sistema da contenciosidade limitada, não permitindo, salvo algumas exceções, indagações probatórias pertinentes aos ilícitos criminais que justificaram o ajuizamento do pedido de extradição .*

26. Ante o exposto*, manifesta-se o Ministério Público Federal* ***pela concessão do pedido de extradição*** *instrutória.*

(Grifei.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **O Governo** dos Estados Unidos da América **pretende** a entrega extradicional de LEONARD KOLSCHOWSKY, súdito norte-americano, **contra quem existe**, naquele País, investigação penal **pela suposta** prática de crime falimentar **e** de delitos de estelionato (fls. 43/48).

A presente extradição reveste-se de caráter instrutório (YUSSEF SAID CAHALI, "**Estatuto do Estrangeiro**", p. 363, 1983, Saraiva; GILDA RUSSOMANO, "**A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**", p. 22, 2. ed., 1973, Konfino; MIRTÔ FRAGA, "**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**", p. 318, 1985, Forense), **pois** o ora extraditando – **porque sujeito** a mera investigação penal – **ainda não sofreu** condenação definitiva **pela eventual perpetração** das mencionadas infrações delitivas.

Cumpre assinalar, inicialmente, **que a pretensão extradicional** deduzida pelo Governo americano **satisfaz**, a meu ver, **a exigência** concernente **ao postulado** da dupla tipicidade.

É que os ilícitos de estelionato **e** o crime falimentar **atribuídos** ao ora extraditando **estão definidos** como fatos delituosos **tanto** na legislação penal do Estado requerente (**U.S.C**, Título 18, Seção 152(1) e Seção 1014, respectivamente), **quanto** no ordenamento positivo em vigor no Brasil (**CP**, art. 171 e **Decreto-Lei** n. 7.661/1945, art. 189, I, **este vigente** à época dos fatos), **o que se mostra suficiente** para satisfazer o postulado da dupla incriminação, **na linha** do que tem sido **reiteradamente** proclamado pela jurisprudência desta Suprema Corte (**RTJ** 162/452 – **RTJ** 176/73-74):

> ***EXTRADIÇÃO*** *– **DUPLA TIPICIDADE E DUPLA PUNIBILIDADE**.*
>
> *– A possível **diversidade formal** concernente ao "nomen juris" das entidades delituosas **não atua** como causa obstativa da extradição, **desde** que o fato imputado **constitua** crime **sob a dupla perspectiva** dos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil **e** no Estado estrangeiro **que requer** a efetivação da medida extradicional.*
>
> ***O postulado da dupla tipicidade** – **por constituir requisito essencial** ao atendimento do pedido de extradição – **impõe** que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime **tanto** no Brasil **quanto** no Estado requerente, **sendo irrelevante**, para esse específico efeito, **a eventual variação terminológica** registrada nas leis penais em confronto.*
>
> ***O que realmente importa**, na aferição do postulado da dupla tipicidade, **é a presença** dos elementos estruturantes do tipo penal ("essentialia delicti"), **tais como definidos** nos preceitos primários de incriminação **constantes** da legislação brasileira **e vigentes** no ordenamento positivo do Estado requerente, **independentemente** da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos.*
>
> (**Ext 977/República Portuguesa**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

> ***Extradição**: **delitos de** "**burla qualificada**" (Código Penal alem*ão, *art. 263, alíneas 1 e 3) e "desvio" (Código Penal alemão, art. 246, alíneas 1 e 2), à base da imputação de fatos que, no direito brasileiro, encontram adequação no crime de*

*estelionato (Código Penal, art. 171, **caput**): dúplice incriminação dos fatos: demais pressupostos legais atendidos: deferimento.*
(**Ext 1.004/República Federal da Alemanha**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei.**)

Ultrapassada a questão da dupla tipicidade, **cabe analisar outro** dos postulados **que também regem** o processo extradicional **e que se traduz** no princípio da **dupla punibilidade**, de tal modo que, **afetado** o "*jus puniendi*" do Estado **pela prescrição**, segundo a lei brasileira **ou** a do Estado requerente, **não se concederá** a extradição (**Lei 6.815/1980**, art. 77, VI).

Na indagação da ocorrência da prescrição penal, **impõe-se o exame individual e separado** dos estatutos normativos **editados** pelo Brasil **e** pelo Estado requerente, **de tal maneira** que, "***Se se quer verificar** a prescrição segundo a nossa lei, os princípios que regem o instituto devem ser os da lei pátria, assim como suas devem ser as causas de suspensão e interrupção da prescrição*" (MIRTÔ FRAGA, "**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**", p. 301/303, item n. 14, 1985, Forense), **não se justificando**, em consequência, por absolutamente indevida, **a combinação** das regras legais **concernentes** ao direito penal positivo **de ambos** os Países.

Daí a advertência de JOSÉ FRANCISCO REZEK ("**Direito Internacional Público**", p. 207, 6. ed., 1996, Saraiva), **para quem**, **nesse tema**, "*a prescrição deve ser perquirida, **separadamente** à luz **de uma ou de outra** das leis em confronto (...)*" (**grifei**).

Esse magistério doutrinário, por sua vez, **encontra apoio** na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, **pronunciando-se** sobre essa matéria, **asseverou**, em voto proferido pelo eminente Ministro THOMPSON FLORES, que, **para efeito** de exame da prescrição penal, **não se justifica** a conjugação do Código Penal do Estado requerente **com** a legislação brasileira. É que **não se revela viável** "*formar um **terceiro** sistema, conjugando as duas leis que, em regra, obedecem a princípios diferentes, para adotar um híbrido e com ele solver a tese da prescrição*" (**RTJ** 50/145-150, **150**).

Destaca-se, no entanto, que, na espécie, **em relação ao crime falimentar** descrito no **Decreto-Lei 7.661/1945**, o ordenamento positivo brasileiro, **em tema de prescrição**, **dispensava** tratamento penal **mais favorável** (**Súmula** 147/STF), **consoante** tem sido **enfatizado** pela jurisprudência **desta** Suprema Corte, **mesmo tratando-se de processo de extradição passiva** (**RTJ** 53/634 – **RTJ** 123/767 – **RTJ** 133/93 – **RTJ** 163/852 – **RTJ** 176/73 – **RTJ** 177/541 – **RTJ** 179/436 – **Ext 686/República Italiana**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **Ext 742/República Italiana**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **Ext 885/República Italiana**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO):

***EXTRADIÇÃO**. QUESTÃO DE ORDEM: **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE** DE **CRIME FALIMENTAR**, PELA **PRESCRIÇÃO** DA PRETENSÃO PUNITIVA, SEGUNDO A LEI BRASILEIRA. **CONTAGEM** DO PRAZO PRESCRICIONAL: **SÚMULA 147**.*

1. Não se concederá *a extradição quando estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente (art. 77, VI, da Lei de Estrangeiros – Lei 6.815, de 19-8-1980, com a redação determinada pelo art. 11 da pela Lei 6.964, de 9-12-1981).*

(...)

3. O processo falimentar*, segundo a lei brasileira,* ***deve ser encerrado em 2 anos após a declaração da falência*** *(§ 1º do art. 132 da Lei de Falências – Decreto-Lei 7.661, de 21-6-1945)* ***e a prescrição*** *do crime falimentar ocorre em* ***2 anos*** *após o* ***encerramento do processo*** *de falência (art. 199 e parágrafo único da mesma Lei): a* ***Súmula 147*** *interpretou estas disposições legais* ***no sentido de que*** *"a prescrição de crime falimentar* ***começa a correr*** *da data em que* ***deveria estar encerrada*** *a falência ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar (...)"*

Como *a falência* ***foi decretada*** *em 19-12-1989,* ***deveria ela estar encerrada*** *ao termo de 2 anos,* ***data esta que marca*** *o início do curso do biênio prescricional.*

4. Crime falimentar ***não prescrito*** *segundo a lei italiana,* ***mas prescrito*** *em 1993 segundo a lei brasileira,* ***ficando extinta a punibilidade****.*

5. Questão de ordem ***conhecida para reconhecer a extinção da punibilidade****, pela ocorrência da* ***prescrição da pretensão punitiva****, e, em consequência,* ***indeferir****, desde logo, a extradição, ficando prejudicado o agravo regimental interposto.*
(**Ext 685-QO/República Italiana**, Rel. p/ o ac. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei**.)

EXTRADIÇÃO. CRIME FALIMENTAR (BANCARROTA FRAUDULENTA). INEXISTÊNCIA DE CONCURSO COM OUTRO CRIME NÃO FALIMENTAR: ESTELIONATO, FRAUDE NA ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE POR AÇÕES (ARTS. 171 E 177, § 1º, I, AMBOS DO CPB) E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO (LEI 7.492/1986). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (ART. 199 DA LEI DE FALÊNCIAS E SÚMULA 147 DO STF).

1. Não tipifica *delito de estelionato previsto na legislação penal brasileira e sim crime falimentar a conduta do falido, definida no art. 216 da lei de falências italiana, em face da sua semelhança com o art. 187 do Decreto-Lei 7.661/1945 (Lei de Falências).*

2. Os delitos *de fraude na administração de sociedade por ações, capitulados no Código Civil Italiano, não encontram similar na nossa lei de falências, mas podem corresponder ao tipo do art. 177, § 1º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, que encerra "numerus clausus", não sendo meramente exemplificativo o elenco dos sujeitos ativos do crime definido no seu caput.*

3. Se o juiz *do Estado requerente, que decretou a prisão preventiva do extraditando, foi peremptório ao asseverar que foram atribuídos apenas a outros acusados os fatos que, em tese, poderiam configurar prática de crime contra o sistema financeiro, fica afastado, neste particular, o deferimento do pedido de extradição.*

4. Não se concederá *a extradição quando estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente (art. 77, VI, da Lei de Estrangeiros – Lei 6.815, de 19-8-1980, com a redação determinada pelo art. 11 da Lei 6.964, de 9-12-1981). Precedentes.*

5. O processo falimentar*, segundo a lei brasileira, deve ser encerrado no curso de dois anos após a declaração da falência (Decreto-Lei 7.661/1945, art. 132, § 1º), ocorrendo a prescrição do crime quando completados dois anos do encerramento (art. 199 e parágrafo único da mesma Lei). A Súmula 147 interpretou*

estas disposições legais no sentido de que "a prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar (...)". Precedentes.

***6. Como a falência** foi decretada em 24-2-1994, deveria ela estar encerrada ao termo de dois anos – 24-2-1996 – data esta que marca o início do biênio prescricional.*

***7. Crime falimentar** não prescrito segundo a lei italiana, mas prescrito em 24-2-1998 a teor da lei brasileira, ficando extinta a punibilidade.*

***Pedido de extradição indeferido**.*

(**Ext 733/República Italiana**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei.**)

Nem se diga que a *nova* **Lei de Falência**, que **alterou** o regime penal falimentar, **deva prevalecer**, "*in casu*". É que a **Lei 11.101/2005** veiculou norma de **direito material** – **pertinente** à **prescrição** – que se revela **mais** gravosa ("*lex gravior*"), **impondo-se registrar**, por necessário, que o delito falimentar objeto **deste** pleito extradicional **teria** sido cometido, pelo extraditando, **antes** do advento **da novíssima** legislação falimentar, **qualificável**, juridicamente, **no contexto** ora em exame, como estatuto penal **mais** severo.

Esse dado de ordem temporal **assume** extrema relevância jurídica na espécie, **considerada** a norma consubstanciada **no inciso XL** do art. 5º da Constituição da República.

É que vigorava, conforme anteriormente assinalado, no momento da suposta prática delituosa, **o Decreto-Lei** 7.661/1945, **que consagrava**, em tema de crimes falimentares, **a prescrição bienal** (art. 199).

Com a superveniência da Lei 11.101/2005 (art. 182) – **que importou** em verdadeira "*novatio legis in pejus*" **quanto** à aplicação do **prazo prescricional** nos moldes do Código Penal –, **operou-se a derrogação expressa** da norma legal, **que se revestia de evidente** benignidade penal.

A sua derrogação, no entanto, **não tem** – nem pode ter – **o condão de prejudicar**, em tema **de extinção** da punibilidade, **aqueles** a quem se atribuiu a prática de crime **cometido no período abrangido** pela norma penal benéfica.

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a norma penal benéfica – **como aquela** inscrita **no art. 199** do Decreto-Lei 7.661/1945 (**hoje derrogado**) – **reveste-se de ultratividade**, **apta** a torná-la aplicável, **enquanto** "*lex mitior*", a fato delituoso praticado **sob sua égide**.

Impende reconhecer, por necessário, **que a eficácia ultrativa** da lei penal benéfica **possui** extração constitucional, **traduzindo**, sob tal aspecto, **inquestionável** direito público subjetivo **que assiste** a qualquer **suposto** autor de infrações penais.

Esse entendimento – **decorrente** do exame do significado **e** do alcance normativo da regra consubstanciada **no inciso XL** do art. 5º da Constituição Federal – **reflete-se** no magistério jurisprudencial **firmado por esta** Suprema Corte (**RTJ 140/514**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 151/525**, Rel. Min.

MOREIRA ALVES, ***v.g.***) **e**, também, **por outros** Tribunais da República (**RT** 467/313 – **RT** 605/314 – **RT** 725/526 – **RT** 726/518 – **RT** 726/523 – **RT** 731/666):

> ***O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas****, como aquelas que* ***afastam*** *a incidência de causas* ***extintivas*** *da punibilidade (...), a fatos delituosos cometidos* ***em momento anterior*** *ao da edição da* ***lex gravior****.*
>
> ***A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica*** *– sob cuja égide foi praticado o fato delituoso –* ***deve prevalecer*** *por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição,* ***sempre*** *que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo,* ***constatar-se*** *que o diploma legislativo* ***anterior*** *qualificava-se como estatuto legal* ***mais favorável*** *ao agente.* ***Precedentes*** *do Supremo Tribunal Federal.*
>
> (**RTJ 186/252**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Vê-se, pois, **que a circunstância de ordem temporal decorrente** da sucessão de leis penais no tempo **revela-se apta a conferir** aplicabilidade, **no caso**, à cláusula **mais** favorável, **uma vez configurada** a situação nela prevista.

Impende enfatizar que, na espécie, é de considerar que a falência ocorreu **em 25-7-2001** e que o fato delituoso **relativo** à ocultação de bens, **supostamente** cometido pelo ora extraditando, **foi objeto** de pronúncia – "*indictment*" – nos Estados Unidos da América, **em junho de 2003**, **quando ainda vigorava**, em nosso País, o prazo prescricional **previsto no art. 199** do Decreto-Lei 7.661/1945, **que assim dispunha**:

> **Art. 199**. A prescrição **extintiva** da punibilidade de crime falimentar **opera-se** em dois anos.
>
> (**Grifei.**)

Por ser aplicável, à situação exposta **neste** processo, a norma penal brasileira **mais** favorável, **conclui-se que se consumou**, no caso, **a prescrição** da pretensão punitiva do Estado, **cujo reconhecimento inviabiliza a concessão** do pleito extradicional **referentemente** ao crime falimentar.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **e a despeito** do douto parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 218/223), **porque ausente** o pressuposto da dupla punibilidade **concernente** ao delito a que se refere ao art. 189, I, do Decreto-Lei 7.661/1945 (**em razão** da prescrição penal **consumada** segundo o ordenamento positivo brasileiro), **impossível acolher-se** o pedido extradicional **quanto** ao crime falimentar de ocultação de bens.

Há, contudo, **outras** imputações penais **deduzidas** contra o ora extraditando. **Trata-se** de acusação **pela suposta** prática **dos crimes** de estelionato.

Torna-se fácil constatar que não se consumou, no caso, **a prescrição** da pretensão punitiva do Estado, **pois** os delitos em questão **teriam** sido cometidos **entre** dezembro de 2000 **e** abril de 2001.

É certo que a prescrição "*in abstracto*", no caso em exame, **consumar-se-á** considerado o máximo penal imponível (5 anos de reclusão no Brasil **e** 30 anos no EUA) – **em 12 anos**, em nosso País (**CP** brasileiro, art. 109, III), **ou em 5**

anos, nos Estados Unidos da América (**CP** americano, § 3282, Título 18). **Diante das datas** em que ocorreram os fatos delituosos, **evidente que não se registrou**, na espécie, a prescrição penal, o que torna possível a observância **do princípio da dupla punibilidade** com relação aos crimes de estelionato.

Não procede, entretanto, **a alegação** do extraditando – **fundada em suposta** aquisição, por ele, da nacionalidade brasileira **por efeito** de seu casamento civil com brasileira nata (fls. 119/120) – de que **não** poderia, **precisamente** em consequência desse **novo** "*status*" jurídico-político, sofrer processo extradicional.

O casamento civil **não se qualifica**, em nosso sistema jurídico-constitucional, **como causa de aquisição** da nacionalidade brasileira, **o que torna absolutamente inacolhível** a afirmação do ora extraditando de que "*(...) **já adquiriu** a nacionalidade brasileira **com o advento** do casamento (...)*" (fl. 120 – **grifei**).

Daí a observação que CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO **faz a respeito** da aquisição na nacionalidade "***jure matrimonii***", **advertindo** que "*A legislação brasileira **não conhece** este modo de aquisição de nacionalidade*" ("**Curso de Direito Internacional Público**", vol. II/960, item n. 330, "**b**", 14. ed., 2002, Renovar – **grifei**), **em lição que reafirma**, no ponto, **a orientação** que tem prevalecido **no magistério** da doutrina (VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "**Curso de Direito Internacional Público**", p. 569, item n. 6, 2. ed., 2007, RT; OLIVEIROS LITRENTO, "**Manual de Direito Internacional Público**", p. 430, item n. 3, 2. ed., 1979, Forense, ***v.g.***).

Cabe registrar, na matéria em análise, **que as hipóteses de aquisição** da nacionalidade brasileira são, **unicamente**, aquelas estabelecidas, **em rol taxativo** ("*numerus clausus*"), na Constituição da República, **não** figurando, dentre elas, **como** já acentuado, **o casamento civil**.

Não se pode perder de perspectiva, nesse tema, **que as hipóteses de outorga**, **aquisição e perda** da nacionalidade brasileira, **quer** de caráter primário (nacionalidade originária), **quer** de índole secundária (nacionalidade adquirida por naturalização), **decorrem**, exclusivamente, **do texto constitucional**, pois a questão da nacionalidade **traduz** matéria que se sujeita, **unicamente**, ao poder soberano do Estado brasileiro.

Vê-se, portanto, **que a aquisição** da nacionalidade brasileira **somente** pode ocorrer nas hipóteses **taxativamente** definidas na Constituição da República, **não se revelando lícito**, ao Estado brasileiro, **seja** mediante simples regramento legislativo, **seja** mediante tratados **ou** convenções internacionais (**ressalvado**, quanto à aquisição da nacionalidade brasileira, o que dispõe **o § 3º** do art. 5º da Constituição), **inovar** nesse tema, **quer** para ampliar, **quer** para restringir, **quer**, ainda, para modificar os casos justificadores de acesso à condição político-jurídica de nacional do Brasil.

Há, ainda, **outro fundamento** que o extraditando **invoca** em seu favor. **Depois de insistir** que é "*cidadão brasileiro primário*" (fl. 120), esse súdito estrangeiro **apoia** o seu pleito **na alegação** de que possui "*família neste país*".

Ocorre, no entanto, que essa alegação **não impede** o acolhimento **nem** a efetivação do pleito extradicional.

Consoante tem sido enfatizado pelo magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **incide**, em tal hipótese, **a Súmula** 421 desta Corte, cujo enunciado mostra-se plenamente compatível com o texto da **vigente** Constituição da República:

> ***INOCORRÊNCIA*** *DE FATOS IMPEDITIVOS –* ***SATISFAÇÃO*** *DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS AO ATENDIMENTO DO PLEITO EXTRADICIONAL –* ***EXISTÊNCIA DE FAMÍLIA BRASILEIRA*** *(UNIÃO ESTÁVEL),* ***NOTADAMENTE*** *DE FILHO COM NACIONALIDADE BRASILEIRA ORIGINÁRIA –* ***SITUAÇÃO QUE NÃO IMPEDE A EXTRADIÇÃO – COMPATIBILIDADE DA SÚMULA 421/STF COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEFERIDO****.*
>
> *–* ***Não impede*** *a extradição o fato de o súdito estrangeiro ser casado* ***ou*** *viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira,* ***ainda*** *que com esta possua filho brasileiro.*
>
> *–* ***A Súmula 421/STF revela-se compatível com a vigente Constituição da República****, pois,* ***em tema*** *de cooperação internacional* ***na repressão*** *a atos de criminalidade comum,* ***a existência*** *de vínculos conjugais* ***e/ou*** *familiares* ***com*** *pessoas de nacionalidade brasileira* ***não se qualifica*** *como causa* ***obstativa*** *da extradição.* ***Precedentes****.*
>
> (**RTJ 191/17-18**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

> ***A circunstância*** *de o súdito estrangeiro* ***possuir*** *cônjuge brasileiro,* ***ou*** *ter filhos impúberes nascidos no Brasil,* ***ou*** *exercer, em território nacional, atividade lícita e honesta* ***não constitui impedimento jurídico*** *ao deferimento da extradição passiva.*
>
> (**RTJ 177/1250-1251**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

> ***EXTRADIÇÃO – CONDIÇÕES – FILHOS BRASILEIROS. ATIVIDADE ECONÔMICA. RESIDÊNCIA CERTA – EFEITOS. Observadas as condições*** *previstas na Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980,* ***bem como a inexistência*** *de óbice legal à extradição,* ***impõe-se-lhe o deferimento****. Isto ocorre quando pesa contra o extraditando condenação judicial com resíduo de pena a ser cumprido considerado o tráfico de entorpecente, não se podendo cogitar da prescrição.* ***O fato de encontrar-se*** *em atividade econômica no Brasil,* ***possuindo*** *endereço certo* ***e sendo pai de filhos brasileiros natos, não obstaculiza o deferimento do pedido****.*
>
> (**RTJ 165/472**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Grifei.**)

A orientação em causa – que se apoia na formulação consubstanciada na Súmula 421/STF – **tem prevalecido**, sem maiores disceptações, **na jurisprudência** desta Suprema Corte (**RTJ 148/110-111**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 172/751-753**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Ext 803/República Argentina**, Rel. Min. NELSON JOBIM – **Ext 822/República Italiana**, Rel. Min. NELSON JOBIM – **Ext 833/República Portuguesa**, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

Não impede a extradição a circunstância de o súdito estrangeiro ***ser casado com brasileira, ou ser pai de filho brasileiro****, ou, ainda, desenvolver atividade empresarial lícita no Brasil. Súmula 421/STF. (...).*
(**RTJ 155/34-35**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

(...) ***COMPATIBILIDADE DO ENUNCIADO CONSTANTE DA SÚMULA 421/STF COM O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988****.*
– ***A existência*** *de filhos brasileiros* ***e/ou a comprovação*** *de vínculo conjugal* ***ou*** *de convivência* ***more uxorio*** *do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira* ***constituem fatos destituídos*** *de relevância jurídica para efeitos extradicionais,* ***não impedindo****, em consequência,* ***a efetivação*** *da extradição do súdito estrangeiro.* ***A superveniência*** *da nova ordem constitucional* ***não afetou*** *a validade da formulação contida na Súmula 421/STF,* ***que subsiste íntegra*** *sob a égide da* ***vigente*** *Constituição republicana.* ***Precedentes****.*
(**RTJ 183/42-43**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

A razão subjacente ao entendimento jurisprudencial **e** à formulação sumular em causa **restou claramente evidenciada** em preciso voto proferido pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **quando do julgamento da Ext 510/República Portuguesa** (**RTJ** 139/470, **472-473**), **ocasião** em que esta Corte, **vigente** a Constituição republicana de 1988, **assim examinou a matéria**:

A proibição relativa à expulsão do estrangeiro, que tenha filho brasileiro dependente, ***pode estender-se****, por analogia,* ***à deportação*** *(...).*
Mas, em ambos os casos, ***tanto na expulsão quanto na deportação****,* ***cuida-se de medidas de polícia****, dependentes de um* ***juízo discricionário*** *de inconveniência da estada do estrangeiro no território nacional,* ***juízo de conveniência ao qual se pode sobrepor*** *razoavelmente* ***o interesse*** *do filho brasileiro.*
Na extradição, ao contrário, ***sempre se reputou irrelevante a circunstância, porque se trata de medida de cooperação internacional à repressão de um comportamento criminoso****. Aí, no campo da repressão penal,* ***a paternidade*** *do estrangeiro de filho brasileiro* ***não impede*** *a sua extradição,* ***assim, como, no foro interno, ter filho menor e dependente não impede a condenação do brasileiro****, embora também importe a sua segregação da família, com evidente prejuízo à assistência devida ao menor.*
Não se trata de uma criação arbitrária ***da Súmula 421****. Creio mesmo (...) que essa* ***regra de irrelevância*** *das relações familiares no foro,* ***no tocante à extradição****, se possa considerar uma regra uniforme no Direito Extradicional Comparado.*
(**Grifei.**)

Cumpre registrar, por oportuno, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **outros** julgamentos (**Ext 1.077/República Federal da Alemanha**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, **e Ext 990/Reino da Espanha**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), **reafirmou** a plena compatibilidade **da Súmula 421** com o texto **da vigente** Constituição da República, **enfatizando**, uma vez mais, **em decisão plenária** proferida em 27-3-2008 (**Ext 1.074/República Federal da Alemanha**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que a existência** de filho, de cônjuge **ou** de companheiro de nacionalidade brasileira **não se qualifica** como fator obstativo do deferimento do pleito extradicional:

*(...) **EXISTÊNCIA DE FAMÍLIA BRASILEIRA (UNIÃO ESTÁVEL), NOTADAMENTE DE FILHO COM NACIONALIDADE BRASILEIRA ORIGINÁRIA – SITUAÇÃO QUE NÃO IMPEDE A EXTRADIÇÃO – COMPATIBILIDADE DA SÚMULA 421/STF COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEFERIDO**.*

*– **A existência** de relações familiares, **a comprovação** de vínculo conjugal **ou a convivência** more uxorio do extraditando **com pessoa** de nacionalidade brasileira constituem **fatos destituídos de relevância jurídica** para efeitos extradicionais, **não impedindo**, em consequência, **a efetivação** da extradição do súdito estrangeiro. **Precedentes**.*

*– **Não impede a extradição** o fato de o súdito estrangeiro ser casado **ou** viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira, **ainda** que com esta possua filho brasileiro.*

*– **A Súmula 421/STF** revela-se **compatível** com a **vigente** Constituição da República, pois, **em tema** de cooperação internacional **na repressão** a atos de criminalidade comum, **a existência** de vínculos conjugais **e/ou** familiares **com** pessoas de nacionalidade brasileira **não se qualifica** como causa obstativa da extradição. **Precedentes**. (...).*

(**Ext 1.074/República Federal da Alemanha**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Também não tem fundamento a objeção do extraditando de que as acusações **contra** ele formuladas **são destituídas** de qualquer consistência.

O modelo extradicional vigente no direito brasileiro – **que consagra** o sistema de contenciosidade limitada – **não permite** que o Supremo Tribunal Federal **proceda** a qualquer tipo de indagação probatória **ou** efetue qualquer análise concernente às razões motivadoras de práticas delituosas meramente comuns.

Cumpre enfatizar, bem por isso, **que nenhum relevo** tem, para o sistema extradicional vigente no Brasil, **a discussão pertinente** às circunstâncias de fato **concernentes** à realidade material do delito **e** à prova da suposta participação do súdito estrangeiro.

É que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – como já salientado – **tem reiteradamente assinalado** que a ação de extradição passiva **não confere**, a esta Corte, **qualquer** poder de indagação sobre **o mérito** da pretensão deduzida pelo Estado requerente **ou sobre o contexto probatório** em que a postulação extradicional se apoia.

É por essa razão que esta Corte Suprema, **por mais de uma vez** – com apoio em **autorizado** magistério doutrinário (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**Tratado de Direito Penal**", vol. I/319, 2. ed., 1964, Saraiva; MIRTÔ FRAGA, "**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**", p. 336, 1985, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, "**Estatuto do Estrangeiro**", p. 374, 1984, Saraiva; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "**Direito Internacional Público – Curso Elementar**", p. 204, item n. 118, 1989, Saraiva; NEGI CALIXTO, "**A propósito da extradição: a impossibilidade de o STF apreciar o mérito no processo de extradição. Indisponibilidade do controle jurisdicional na extradição**", "*in*" "**Revista de Informação Legislativa**", vol. 109/163, ***v.g.***) –, **já advertiu**

que "*a justiça ou injustiça, a procedência ou improcedência da acusação escapam ao exame do Tribunal*" (**Ext 183/Suíça**, Rel. Min. EDGARD COSTA).

Cabe não desconsiderar, por isso mesmo, **a propósito da impossibilidade** de discussão probatória em sede extradicional, **a advertência** de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Tratado de Direito Penal**", vol. 1/319, 2. ed., 1964, Saraiva):

> *O pronunciamento judiciário **não visa decidir sobre o mérito** da extradição. O juiz do Estado requerido **não pode indagar** dos pressupostos da persecução penal no Estado requerente, **nem cuidar** da justiça ou injustiça da condenação neste pronunciada.*
>
> ***Os tribunais do Estado**, a que é solicitada a entrega, **apenas resolvem sobre a admissibilidade** da extradição. **Restringe-se**, assim, **o** "**thema decidendum**", no processo de extradição passiva, ao exame e julgamento das condições **e** pressupostos da extradição.*
>
> (**Grifei.**)

Essa, na realidade, **tem sido a orientação prevalecente** na jurisprudência desta Corte (**RT 649/319**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **RTJ 139/470**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI), **valendo acentuar que**:

> ***Ao se pronunciar sobre** o pedido de extradição, **não cabe** ao Supremo Tribunal **examinar o mérito** da condenação **ou emitir juízo** a respeito de vícios que porventura tenham maculado o processo no Estado requerente. **O seu controle jurisdicional** se cinge à verificação dos pressupostos e condições estatuídos na lei brasileira (...), através dos quais tutela o **jus libertatis** do extraditando.*
>
> (**RTJ 73/11**, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN – **Grifei**.)

> *(...) **PROCESSO EXTRADICIONAL E SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA: INADMISSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO REQUERENTE**.*
>
> *– **A ação** de extradição passiva **não confere**, ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal, **qualquer** poder de indagação **sobre o mérito** da pretensão deduzida pelo Estado requerente **ou sobre o contexto probatório** em que a postulação extradicional se apoia, **não cabendo**, ainda, **a esta** Corte Suprema, **o exame da negativa de autoria** invocada pelo extraditando em sua defesa. **Precedentes**. **Doutrina**.*
>
> *– **O sistema de contenciosidade limitada**, que caracteriza o regime jurídico **da extradição passiva** no direito positivo brasileiro, **não permite qualquer indagação probatória pertinente** ao ilícito criminal **cuja persecução**, no exterior, **justificou** o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal. (...).*
>
> (**Ext 683/República Federal da Alemanha**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Inviável, desse modo, **a pretensão** deduzida pelo ora extraditando, **que invoca**, buscando o indeferimento do pleito extradicional, **a fragilidade e**, até mesmo, **a virtual inexistência** de elementos probatórios que substanciem a acusação penal contra ele formulada.

Cumpre ter presente, bem por isso – **e na linha** do que vem sendo enfatizado –, **decisão plenária** que o Supremo Tribunal Federal **proferiu a respeito** do tema em discussão:

> ***EXTRADIÇÃO PASSIVA – SISTEMA EXTRADICIONAL VIGENTE NO BRASIL – POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL LIMITADO – JUÍZO DE DELIBAÇÃO.***
>
> *– **O sistema extradicional** vigente no direito brasileiro **qualifica-se** como **sistema de controle limitado**, com predominância da atividade jurisdicional, **que permite** ao Supremo Tribunal Federal **exercer** fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro.*
>
> ***O modelo que rege, no Brasil, a disciplina normativa** da extradição passiva – **vinculado**, quanto à sua matriz jurídica, **ao sistema misto ou belga** – **não autoriza que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal** que lhe deu origem, **nem que se proceda** ao reexame de mérito ("**révision au fond**") **ou**, ainda, **à revisão** de aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal praticados **no Estado requerente**.*
>
> ***O Supremo Tribunal Federal**, ao proferir juízo de mera delibação sobre a postulação extradicional, **só excepcionalmente analisa** aspectos materiais **concernentes** à própria substância da imputação penal, **desde** que esse exame se torne **indispensável** à solução de eventual controvérsia **concernente** (**a**) **à ocorrência** de prescrição penal, (**b**) **à observância** do princípio da dupla tipicidade **ou** (**c**) **à configuração** eventualmente política do delito imputado ao extraditando. **Mesmo em tais hipóteses excepcionais**, a apreciação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal **deverá ter em consideração** a versão emergente da denúncia **ou** da decisão emanadas de órgãos competentes no Estado estrangeiro.*

> ***ESTATUTO DO ESTRANGEIRO – DEFESA DO EXTRADITANDO – LIMITAÇÕES – VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 85, § 1º, DA LEI 6.815/1980.***
>
> *– O modelo extradicional **instituído** pelo ordenamento jurídico brasileiro (**Estatuto do Estrangeiro**), precisamente por consagrar o sistema de contenciosidade limitada, **circunscreve** o "**thema decidendum**", nas ações de extradição passiva, à mera análise **dos pressupostos** (art. 77) **e das condições** (art. 78) inerentes ao pedido formulado pelo Estado estrangeiro.*
>
> ***A pré-exclusão** de qualquer debate judicial **em torno do contexto probatório** e das circunstâncias de fato que envolvem a alegada prática delituosa e o seu suposto autor – **justificada** pelo modelo extradicional adotado pelo Direito brasileiro – **implica**, por efeito consequencial, **a necessidade de delimitar** o âmbito de impugnação material a ser deduzida pelo extraditando, **consideradas a natureza** da controvérsia instaurada no processo extradicional **e as restrições** impostas à própria atuação do Supremo Tribunal Federal.*
>
> ***As restrições de ordem temática** que delimitam, materialmente, **o âmbito** de exercício do direito de defesa, **estabelecidas** pelo art. 85, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, **não são inconstitucionais e nem ofendem** a garantia da plenitude de defesa, **em face** da natureza mesma de que se reveste o processo extradicional no direito brasileiro. **Precedente**: **RTJ** 105/3.*
>
> (**Ext 669/Estados Unidos da América**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Sendo assim, e tendo presentes as razões expostas, **defiro**, em parte, **o pedido** de extradição, **unicamente** quanto aos crimes de estelionato, **excluído o delito falimentar** de ocultação de bens, **por consumada**, quanto a este, **a prescrição penal** da pretensão punitiva.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.121/Estados Unidos da América — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Leonard Kolschowsky (Advogados: Nilter da Silva Pinho, Bruno Augusto Prenholato, Tyrone José Pereira, Tyrone Mourão Pereira e Marcus Gil Barbosa Dias).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deferiu parcialmente o pedido de extradição. Ausentes, justificadamente, o Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

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

Brasília, 18 de dezembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA EXTRADIÇÃO 1.121 — ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Embargante: Leonard Kolschowsky — Embargado: Governo dos Estados Unidos da América

Embargos de declaração – Inocorrência de contradição, obscuridade ou omissão – Pretendido reexame da causa – Efeito infringente – Inadmissibilidade – Reconhecimento do caráter procrastinatório – Execução imediata da decisão, independentemente da publicação do respectivo acórdão – Possibilidade – Embargos de declaração rejeitados.

– Não se revelam admissíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de viabilizar, assim, um indevido reexame da causa. Precedentes.

– O Supremo Tribunal Federal – reputando essencial impedir que a interposição sucessiva de recursos, destituídos de fundamento juridicamente idôneo, culmine por gerar inaceitável procrastinação do encerramento da causa – tem admitido, em caráter excepcional, que se proceda, desde logo, ao cumprimento da decisão recorrida, independentemente da publicação do respectivo acórdão, com a consequente possibilidade de imediata efetivação da entrega extradicional do súdito estrangeiro reclamado pelo Estado requerente. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, rejeitar os embargos de declaração, determinando a imediata execução do acórdão embargado, independentemente de sua publicação, contra o voto do Ministro Marco Aurélio. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 16 de setembro de 2010 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se de embargos de declaração** opostos à decisão que o **Plenário** desta Suprema Corte **proferiu** no julgamento

deste pedido extradicional, **consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 453/456):

EXTRADIÇÃO PASSIVA *DE CARÁTER* ***INSTRUTÓRIO*** *–* ***OBSERVÂNCIA*** *DO CRITÉRIO* ***DA DUPLA TIPICIDADE****: CRIME FALIMENTAR (****DL 7.661/1945****, ART. 189, I)* ***E*** *DELITOS DE ESTELIONATO (****CP****, ART. 171) –* ***CONSUMAÇÃO*** *DA PRESCRIÇÃO PENAL* ***RELATIVAMENTE*** *AO DELITO FALIMENTAR DE OCULTAÇÃO DE BENS – FATO* ***QUE OBSTA****, EM RELAÇÃO A TAL ILÍCITO,* ***O DEFERIMENTO*** *DA ENTREGA EXTRADICIONAL –* ***INOCORRÊNCIA*** *DA PRESCRIÇÃO PENAL* ***PERTINENTE*** *AOS CRIMES DE ESTELIONATO,* ***SEJA*** *EM FACE DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA,* ***SEJA*** *À LUZ DO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO –* ***OBSERVÂNCIA****, QUANTO A TAIS ILÍCITOS PATRIMONIAIS,* ***DO PRINCÍPIO DA DUPLA PUNIBILIDADE*** *– EXTRADITANDO* ***QUE AFIRMA POSSUIR*** *RELAÇÕES FAMILIARES* ***COM BRASILEIRA E*** *TER, AINDA,* ***DOMICÍLIO CERTO*** *NO PAÍS –* ***IRRELEVÂNCIA JURÍDICA*** *DESSA SITUAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS* ***QUE NÃO IMPEDEM*** *O DEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO –* ***ALEGAÇÃO*** *DE QUE AS ACUSAÇÕES FEITAS AO SÚDITO ESTRANGEIRO* ***SÃO INCONSISTENTES –*** ***ANÁLISE QUE ENVOLVE DISCUSSÃO*** *SOBRE A PROVA PENAL* ***PRODUZIDA*** *NO ESTADO REQUERENTE –* ***IMPOSSIBILIDADE –*** ***SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA*** *– PRESENÇA* ***DE TODOS*** *OS REQUISITOS LEGITIMADORES DO PEDIDO EXTRADICIONAL,* ***NO QUE CONCERNE*** *AOS CRIMES DE ESTELIONATO –* ***EXTRADIÇÃO DEFERIDA****, EM PARTE.*

EXTRADIÇÃO E DUPLA TIPICIDADE*.*

– ***O postulado da dupla tipicidade*** *–* ***por constituir requisito essencial*** *ao atendimento do pedido de extradição –* ***impõe*** *que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime* ***tanto*** *no Brasil* ***quanto*** *no Estado requerente,* ***sendo irrelevante****, para esse específico efeito,* ***a eventual variação terminológica*** *registrada nas leis penais em confronto.*

– ***Os fatos ilícitos*** *atribuídos ao extraditando –* ***delitos*** *de estelionato* ***e*** *crime falimentar –* ***constituem****, em tese,* ***infrações penais****,* ***quer*** *à luz da legislação penal do Estado requerente,* ***quer*** *em face do que prescreve o ordenamento positivo brasileiro (****CP****, art. 171* ***e Decreto-lei*** *7.661/1945, art. 189, I),* ***o que satisfaz a exigência legal*** *da dupla incriminação* ***ou*** *da dupla tipicidade,* ***contemplada*** *no Estatuto do Estrangeiro (art. 77, II)* ***e*** *no tratado de extradição Brasil/EUA.*

EXTRADIÇÃO E PRINCÍPIO DA DUPLA PUNIBILIDADE *–* ***CRIME FALIMENTAR*** *–* ***FATO DELITUOSO QUE OCORREU EM MOMENTO ANTERIOR AO DA REVOGAÇÃO*** *DO DECRETO-LEI 7.661/1945* ***PELA LEI*** *11.101/2005 – NORMA ANTERIOR* ***QUE CONSAGRAVA*** *A PRESCRIÇÃO BIENAL* ***EM MATÉRIA*** *DE CRIME FALIMENTAR – "NOVATIO LEGIS IN PEJUS" –* ***IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL*** *DE APLICAR, AO CASO, ESSE* ***NOVO*** *DIPLOMA LEGISLATIVO ("LEX GRAVIOR") –* ***ULTRATIVIDADE****, NA ESPÉCIE, DA "LEX MITIOR" –* ***NECESSÁRIA APLICABILIDADE DA NORMA PENAL BENÉFICA AO FATO DELITUOSO*** *COMETIDO NO PERÍODO DE VIGÊNCIA TEMPORAL DO DECRETO-LEI REVOGADO –* ***EFICÁCIA ULTRATIVA*** *DA "LEX MITIOR" (****DL*** *7.661/1945),* ***POR EFEITO DO QUE IMPÕE*** *O ART. 5º,* ***INCISO XL****, DA CONSTITUIÇÃO (****RTJ*** *140/514 –* ***RTJ*** *151/525 –* ***RTJ*** *186/252,* ***v.g.****) –* ***RECONHECIMENTO****, NO CASO, DA PRESCRIÇÃO PENAL* ***REFERENTE*** *AO DELITO FALIMENTAR.*

– **Consumada** *a prescrição penal,* **seja** *em face da legislação do Estado requerente,* **seja** *à luz do ordenamento positivo brasileiro,* **impõe-se o indeferimento** *do pedido extradicional,* **porque desatendido**, *em tal hipótese,* **o princípio da dupla punibilidade**. **Ocorrência**, *na espécie,* **de prescrição penal** *referente ao crime falimentar de ocultação de bens.* **Biênio prescricional** *consagrado* **pela antiga** *Lei Falimentar (***DL 7.661/1945**, *art. 199), sob cujo domínio temporal* **teria** *sido praticado o crime de ocultação de bens.* **Incidência**, *na espécie,* **da Súmula** *147/STF.* **Inaplicabilidade**, *ao caso, de estatuto penal* **mais** *gravoso (***Lei** *11.101/2005).* **Consequente impossibilidade** *de acolhimento,* **quanto** *a tal ilícito, do pedido extradicional.*

– **A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica** *– sob cuja égide foi praticado o fato delituoso –* **deve prevalecer** *por efeito* **do que prescreve** *o art. 5º,* **inciso** *XL, da Constituição,* **sempre que**, **ocorrendo** *sucessão de leis penais no tempo,* **constatar-se** *que o diploma legislativo* **anterior** *qualificava-se como estatuto legal* **mais favorável** *ao agente.* **Doutrina**. **Precedentes** *do Supremo Tribunal Federal.*

– **Inocorrência**, *contudo,* **da prescrição penal quanto** *aos crimes de estelionato,* **a cujo respeito ainda subsiste** íntegra *a pretensão punitiva do Estado,* **analisada tanto** *sob a perspectiva da legislação penal doméstica* **quanto** *em face do direito penal americano.* **Observância**, *quanto a tais delitos,* **do postulado da dupla punibilidade**.

O CASAMENTO CIVIL NÃO SE QUALIFICA, NO SISTEMA JURÍDICO VIGENTE NO BRASIL, COMO CAUSA DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA.

– Não se revela possível, *em nosso sistema jurídico-constitucional,* **a aquisição** *da nacionalidade brasileira "jure matrimonii",* **vale dizer**, *como efeito direto* **e** *imediato* **resultante** *do casamento civil.* **Magistério da doutrina**.

– **As hipóteses de outorga**, **aquisição e perda** *da nacionalidade brasileira,* **quer** *de caráter primário (nacionalidade originária),* **quer** *de índole secundária (nacionalidade adquirida por naturalização),* **decorrem**, *exclusivamente,* **do texto constitucional**, **não se revelando lícito**, *ao Estado brasileiro,* **seja** *mediante simples regramento legislativo,* **seja** *mediante tratados* **ou** *convenções internacionais (***ressalvado**, *quanto à aquisição da nacionalidade brasileira, o que dispõe* **o § 3º** *do art. 5º da Constituição),* **inovar** *nesse tema,* **quer** *para ampliar,* **quer** *para restringir,* **quer**, *ainda,* **para modificar** *os casos justificadores* **de acesso** *à condição político-jurídica* **de nacional** *do Brasil.*

EXISTÊNCIA DE RELAÇÕES FAMILIARES ENTRE O EXTRADITANDO E PESSOA DE NACIONALIDADE BRASILEIRA: IRRELEVÂNCIA JURÍDICA DESSE FATO.

– **A existência** *de relações familiares,* **a comprovação** *de vínculo conjugal* **e/ou a convivência** *"more uxorio" do extraditando* **com pessoa** *de nacionalidade brasileira* **constituem fatos destituídos de relevância jurídica** *para efeitos extradicionais,* **não impedindo**, *em consequ*ência, **a efetivação** *da extradição.* **Precedentes**.

– **Não obsta a extradição** *o fato de o súdito estrangeiro ser casado* **ou** *viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira,* **ainda** *que,* **com esta**, **possua** *filho brasileiro.*

– **A Súmula 421/STF** *revela-se* **compatível** *com a* **vigente** *Constituição da República, pois,* **em tema** *de cooperação internacional* **na repressão** *a atos de criminalidade comum,* **a existência** *de vínculos conjugais* **e/ou** *familiares* **com** *pessoas de nacionalidade brasileira* **não se qualifica** *como causa obstativa da extradição.* **Precedentes**.

PROCESSO EXTRADICIONAL E SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA: INADMISSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO REQUERENTE.

– A ação de extradição passiva ***não confere***, *ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal,* ***qualquer*** *poder de indagação* ***sobre o mérito*** *da pretensão deduzida pelo Estado requerente* ***ou sobre o contexto probatório*** *em que a postulação extradicional se apoia,* ***não cabendo****, ainda,* ***a esta*** *Corte Suprema,* ***o exame da negativa de autoria*** *invocada pelo extraditando em sua defesa.* ***Precedentes. Doutrina.***

– O sistema de contenciosidade limitada*, que caracteriza o regime jurídico* ***da extradição passiva*** *no direito positivo brasileiro,* ***não permite****, ordinariamente,* ***qualquer*** *indagação probatória* ***pertinente*** *ao ilícito criminal* ***cuja persecução****, no exterior,* ***justifica*** *o ajuizamento da demanda extradicional* ***perante*** *o Supremo Tribunal Federal,* ***ressalvada*** *a hipótese* ***prevista no inciso LI*** *do art. 5º da Constituição da República ("(...)* ***salvo o naturalizado****, em caso (...)* ***de comprovado*** *envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins,* ***na forma*** *da lei").*

A parte embargante, *insurgindo-se* contra esse julgamento plenário, **postula** reforma pontual do acórdão ora questionado, **sob a alegação** de que (fls. 519/532):

> *(...)* ***o governo americano****, por três vezes, fez uso do sinal gráfico denominado reticências.*
>
> *(...)* ***o Governo dos Estados Unidos omitiu*** *informações importantes sobre as possíveis penalidades aplicáveis ao caso.*
>
> *(...)* ***com os documentos enviados*** *pelos Estados Unidos* ***não é possível esclarecer*** *a pena máxima aplicável ao caso e por consequ*ência o prazo de prescrição. (**Grifei.**)

Busca-se, na presente sede recursal, (**a**) "*(...)* ***sejam recebidos e acolhidos*** *os presentes embargos de declaração* ***para que*** *o Governo dos Estados Unidos* ***esclareça*** *a tipificação* ***e*** *as penas máximas aplicadas ao caso, para que seja possível verificar com segurança o prazo prescricional*", **e**, *ainda*, (**b**) "*(...)* ***que seja autorizada a prisão domiciliar*** *do extraditando Leonard Roy Kolschowzky* ***até*** o trânsito em julgado da decisão que autorizou a extradição ***ou até*** *a efetiva entrega do mesmo aos representantes dos Estados Unidos da América*" (**grifei**).

Submeto, desse modo, **ao exame** do Plenário deste colendo Tribunal, **os presentes** embargos de declaração.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Rejeito** os presentes embargos de declaração, **eis que não há**, no acórdão ora impugnado, **qualquer** evidência de obscuridade, omissão **ou** contradição a sanar, **circunstância** esta que torna processualmente **inviável** o recurso em exame.

Como se sabe, os embargos de declaração **destinam-se**, precipuamente, **a desfazer** obscuridades, **a afastar** contradições **e a suprir** omissões que eventualmente

se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. Essa modalidade recursal **só permite** o reexame do acórdão embargado, **quando** utilizada com o **específico** objetivo de viabilizar um pronunciamento jurisdicional **de caráter integrativo-retificador**, vocacionado **a afastar** as situações de obscuridade, omissão **ou** contradição, **e a complementar e esclarecer** o conteúdo da decisão proferida.

E, *ao contrário* do salientado na petição recursal, o acórdão em questão **expressamente** reconheceu **que**, no caso, restou verificada a **não** ocorrência da **prescrição penal** quanto ao crime de estelionato, **como resulta nítido** da seguinte passagem da decisão impugnada (fl. 439):

> ***Torna-se fácil constatar que não se consumou**, no caso, **a prescrição** da pretensão punitiva do Estado, **pois** os delitos em questão **teriam** sido cometidos **entre** dezembro de 2000 **e** abril de 2001.*
>
> É certo *que a prescrição "in abstracto", no caso em exame, **consumar-se-á** – considerado o máximo penal imponível (05 anos de reclusão no Brasil **e** 30 anos no EUA) – **em 12 anos**, em nosso País (**CP** brasileiro, art. 109, III), **ou em 05 anos**, nos Estados Unidos da América (**CP** americano, § 3282, Título 18). **Diante das datas** em que ocorreram os fatos delituosos, **evidente que não se registrou**, na espécie, a prescrição penal, o que torna possível a observância **do princípio da dupla punibilidade** com relação aos crimes de estelionato.*

Também não assiste razão à parte ora embargante **quanto à utilização**, pelo Estado requerente, do "*Sinal gráfico denominado reticências*" (fl. 521), **pois**, da tradução procedida no documento de fl. 46, **extrai-se trecho** da explanação, cujo teor **bem demonstra** que a pena máxima cominada ao delito em questão, **segundo** a legislação americana, é de 30 (trinta) anos:

> ***14. Para satisfazer** o ônus da prova e condenar Leonard Kolschowsky do delito na Acusação 1 da pronúncia o governo, no julgamento, precisa estabelecer além de uma dúvida razoável cada um dos elementos a seguir: (1) que um processo de falência havia sido iniciado sob lei federal; (2) que certas propriedades ou bens pertenciam ao patrimônio falido do devedor; e (3) que o réu, Leonard Kolschowski, conscientemente e fraudulentamente escondeu dos credores e do gestor federal para casos de falência e bancarrota propriedades específicas. As penalidades máximas para falência fraudulenta sob Acusação 1 da pronúncia é cinco anos de prisão, um período de três anos de liberdade supervisionada, uma multa de US$ 250.000, uma taxação criminal de US$ 100 e uma ordem demandando restituição. Para satisfazer o ônus da prova e condenar Leonard Kolschowski dos delitos alegados nas Acusações 2 a 6 da pronúncia o governo, no julgamento, precisa estabelecer além de uma dúvida razoável cada um dos elementos a seguir: (1) que o réu fez uma declaração falsa a um banco; (2) que o réu sabia que a declaração, no momento em que foi feita, era falsa; (3) que o réu fez a declaração com a intenção de influenciar a ação do banco em relação ao empréstimo; e (4) que as contas no banco estavam na época asseguradas pela corporação Federal Deposit Insurance Corporation. **As penalidades máximas para cada uma das declarações falsas denunciadas nas Acusações 2 a 6 da pronúncia são de 30 anos de prisão**, um período de cinco anos de liberdade supervisionada, uma multa de US$ 1.000.000, uma taxação criminal de US$ 100 e uma ordem demandando a restituição.*
>
> (**Grifei.**)

Desse modo, a decisão recorrida – **que aprecia**, como no caso, **com plena exatidão e em toda a sua inteireza**, determinada pretensão jurídica – **não permite** o emprego da via recursal dos embargos de declaração, **sob pena de grave disfunção jurídico-processual** dessa modalidade de recurso, **eis que inocorrentes**, em tal situação, **os pressupostos que justificariam** a sua **adequada** utilização.

Cumpre enfatizar, *de outro lado*, **que não se revelam admissíveis** os embargos de declaração, **quando** a parte embargante – **a pretexto** de esclarecer **inexistente situação** de omissão – **vem a utilizá-los** com objetivo **de infringir** o julgado **e** de, *assim*, **viabilizar um indevido reexame** da causa (**RTJ 191/694-695**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ***v.g***.).

É por tal razão que a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **ao versar** os aspectos ora mencionados, **assim se tem pronunciado**:

Embargos declaratórios. ***Inexistência*** *de omissão, contradição, obscuridade ou dúvida, no acórdão embargado (art. 337 do RISTF).*

Embargos ***rejeitados***.

O que pretenderam os embargantes foi sustentar o desacerto do julgado e obter sua desconstituição. ***A isso não se prestam****, porém, os embargos declaratórios.*
*(****RTJ 134/1296****, Rel. Min. SYDNEY SANCHES –* ***Grifei****.)*

– ***A jurisprudência*** *do Supremo Tribunal Federal* ***tem ressaltado*** *que os embargos de declaração* ***não se revelam cabíveis****, quando, utilizados com a finalidade de sustentar a incorreção do acórdão,* ***objetivam****, na realidade, a própria* ***desconstituição*** *do ato decisório proferido pelo Tribunal.* ***Precedentes****:* ***RTJ*** *114/885 –* ***RTJ*** *116/1106 –* ***RTJ*** *118/714 –* ***RTJ*** *134/1296.*
*(****AI 153.147-AgR-ED/RS****, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

– O recurso de embargos de declaração ***não tem cabimento****, quando, a pretexto de esclarecer uma* ***inocorrente*** *situação de obscuridade, contradição ou omissão do acórdão, vem a ser utilizado com o objetivo de* ***infringir*** *o julgado.*
*(****RE 177.599-ED/DF****, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

Embargos declaratórios só se destinam a possibilitar a eliminação de obscuridade *(...),* ***contradição ou omissão*** *do acórdão embargado (art. 337 do RISTF),* ***não o reconhecimento*** *de erro de julgamento.*

E como, no caso, é esse reconhecimento que neles se reclama, com a consequente reforma do acórdão, ***ficam eles rejeitados****.*
*(****RTJ 134/836****, Rel. Min. SYDNEY SANCHES –* ***Grifei.****)*

EXTRADIÇÃO – ***INOCORRÊNCIA*** *DE OMISSÕES E OBSCURIDADES NO ACÓRDÃO QUE DEFERIU O PEDIDO EXTRADICIONAL –* ***IMPOSSIBILIDADE*** *DE DISCUSSÃO,* ***EM SEDE EXTRADICIONAL****, DO MÉRITO DA CAUSA PENAL INSTAURADA PERANTE ESTADO ESTRANGEIRO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO* ***REJEITADOS****.*

EXCEPCIONALIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, QUANDO REVESTIDOS DE CARÁTER MODIFICATIVO.

– Os embargos de declaração ***não se revelam*** *cabíveis,* ***quando*** *a parte recorrente, a pretexto de esclarecer uma* ***inexistente*** *situação de obscuridade, omissão ou contradição do acórdão, vale-se,* ***impropriamente****, desse recurso, com a finalidade de obter a própria desconstituição do julgado.* ***Precedentes****.*

NÃO SE REEXAMINA, EM PROCESSO DE EXTRADIÇÃO, O MÉRITO DA CAUSA PENAL.

*– **No sistema de contenciosidade limitada**, adotado pelo ordenamento positivo brasileiro, **a ação de extradição passiva**, promovida perante o Supremo Tribunal Federal, **não confere**, a esta Corte, **qualquer** poder de indagação sobre o **mérito** pertinente à causa penal instaurada perante órgão competente do Estado estrangeiro, **e nem permite**, a este Tribunal, o exame do **contexto probatório** em que se apoia a postulação extradicional. **Precedentes**. **Doutrina**.*

*(**RTJ 178/7**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO** – PRETENDIDO **REEXAME** DA CAUSA – **CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS**.*

*– **Não se revelam cabíveis** os embargos de declaração, **quando** a parte recorrente – **a pretexto** de esclarecer **inexistente situação** de omissão – **vem a utilizá-los** com o objetivo **de infringir** o julgado **e** de, assim, **viabilizar um indevido reexame** da causa. **Precedentes**.*

(**HC 85.547-ED/PA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

O exame dos autos **evidencia** que os **presentes** embargos declaratórios **revestem-se** de nítido caráter infringente, **consideradas** as razões expostas **pela própria** parte embargante, **circunstância** esta que, *por si só*, basta para tornar **inadmissível a espécie recursal** ora em análise, **consoante adverte** o magistério jurisprudencial desta Corte, **na linha** dos precedentes **anteriormente** referidos.

Sendo assim, **considerando o caráter infringente** de que se reveste **este** recurso – que visa *a um indevido* reexame da causa –, **e tendo em vista**, *ainda*, **a inocorrência** dos pressupostos legais de embargabilidade (**CPC**, art. 535; **CPP**, art. 619 **e** art. 620; **e RISTF**, art. 337), **rejeito os presentes** embargos de declaração **e determino o imediato** cumprimento da decisão colegiada de fls. 417/456, **bem assim a comunicação** de seu teor ao Senhor Presidente da República, **independentemente** da publicação do acórdão pertinente **ao presente** julgamento, **restando prejudicado**, em consequência, **o exame** do pedido de fls. 548/571, **transmitido** via "*fax*".

Ressalto que, *em situações extraordinárias*, como a de que tratam estes autos, o Supremo Tribunal Federal, *ainda que em caráter excepcional*, **tem admitido a imediata execução** da decisão, **independentemente** da publicação do respectivo acórdão (**RTJ 186/715-716**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AI 177.313-AgR-ED-ED/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AI 260.266-AgR-ED-ED/PB**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RE 167.787-ED-EDv-AgR-ED/RR**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RE 179.502-ED-ED-ED/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RE 190.841-ED-ED-ED/MT**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RE 202.097-ED-ED-ED-AgR-EDv-ED/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

***O Supremo Tribunal Federal** – **reputando essencial impedir que a interposição sucessiva** de recursos, **destituídos** de fundamento juridicamente idôneo,*

culmine por gerar inaceitável procrastinação *do encerramento da causa –* ***tem admitido****, em caráter excepcional,* ***notadamente*** *quando se tratar de processos eleitorais,* ***que se proceda ao imediato cumprimento*** *da decisão recorrida,* ***independentemente*** *da publicação do respectivo acórdão.* ***Precedentes****.*
(**AI 469.699-ED-AgR/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, fico no desprovimento dos embargos declaratórios, sem outras providências.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.121-ED/Estados Unidos da América — Relator: Ministro Celso de Mello. Embargante: Leonard Kolschowsky (Advogados: Nilter da Silva Pinho, Bruno Augusto Prenholato, Tyrone José Pereira, Tyrone Mourão Pereira e Marcus Gil Babosa Dias). Embargado: Governo dos Estados Unidos da América.

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, determinando a imediata execução do acórdão embargado, independentemente de sua publicação, contra o voto do Ministro Marco Aurélio. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 16 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

REFERENDO EM TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.534 — RS

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Autor: Estado do Rio Grande do Sul — Réus: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e União

Cadin – Inclusão, nesse cadastro federal, do Estado do Rio Grande do Sul, por efeito de não recolhimento de contribuições previdenciárias, ainda em discussão na esfera administrativa, referentes a parcelas de caráter não remuneratório (abono-família, auxílio-transporte, auxílio-creche e vale-refeição) – 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* – Litígio que se submete à esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal – Harmonia e equilíbrio nas relações institucionais entre o Estado-membro e a União federal – O papel do Supremo Tribunal Federal como tribunal da federação – Possibilidade, na espécie, de conflito federativo – Pretensão de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional fundada na alegação de transgressão à garantia do *due process of law* – Situação de potencialidade danosa ao interesse público – Tutela antecipada 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, 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, 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, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental 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.

Bloqueio de recursos federais cuja efetivação pode comprometer a execução, no âmbito local, de programa estruturado para viabilizar a implementação de políticas públicas.

– O Supremo Tribunal Federal, nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou

à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar a decisão, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Mendes e Ayres Britto.

Brasília, 17 de março de 2011 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Em sede de ação cível originária – **e tendo em vista a cumulativa satisfação** dos pressupostos referentes ao "*periculum in mora*" **e** à verossimilhança da pretensão formulada na presente sede processual – **deferi** pedido de tutela antecipatória, **em decisão** que possui o seguinte teor (fls. 291/304):

> ***Trata-se*** *de "ação cível originária",* ***com pedido*** *de tutela antecipada, que,* ***ajuizada*** *pelo Estado do Rio Grande do Sul* ***contra*** *a União Federal* ***e*** *o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS),* ***tem por objetivo*** *"(...)* ***o deferimento de tutela antecipada para determinar-se a suspensão da exigibilidade*** *do crédito tributário formalizado nos autos de lançamento/NFLD 35.490.404-3, 35.633.577-1, 35.633.585-2, 35.633.596-0, 35.633.589-5 e 35.633.590-9 até final julgamento da presente ação anulatória",* ***ou****, "(...)* ***o deferimento de tutela antecipada para determinar-se ao INSS e à União****, relativamente ao débito acima referido,* ***abstenha-se de inscrever*** *o Estado do Rio Grande do Sul no CADIN* ***e****,* ***caso já tenha assim procedido****,* ***cancele*** *tal inscrição,* ***bem como para que expeça*** *a certidão positiva com efeito de negativa* ***e se abstenha*** *de reter recursos federais de qualquer natureza em razão do aludido crédito tributário, enquanto não decorrido o prazo para a apresentação de embargos do devedor na ação de execução que será proposta pela autarquia e/ou pela União Federal (...)" (fl. 95 –* ***grifei****).*
>
> ***Registro*** *que a presente ação foi ajuizada em 11-9-2008 perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul.*
>
> ***Em 12-9-2008****, o Juízo da 1ª Vara Federal Tributária de Porto Alegre/RS* ***deferiu*** *a antecipação de tutela,* ***fazendo-o*** *nos seguintes termos (fls. 111/112):*
>
> > *"****A parte autora ingressou com o presente feito****, objetivando a anulação dos autos de lançamento consubstanciados nas NFLDS n. 35.490.404-3, 35.633.577-1, 35.633.585-2, 35.633.596-0, 35.633.589-5 e 35.633.590-9, referentes a contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas de caráter não remuneratório, tais como o abono família, auxílio transporte, auxílio-creche e vale refeição.*

***Requer**, em tutela antecipada, **a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários formalizados**, **ou**, alternativamente, **a determinação para que os demandados se abstenham de inscrever a parte autora no CADIN** e para que expeça certidão positiva com efeitos de negativa, enquanto não decorrido o prazo para a apresentação de embargos do devedor nas ações de execução que serão propostas pela Autarquia ou pela União.*

***Em que pese entender que não se encontram presentes os requisitos** para, em juízo antecipado, determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até porque o lançamento é ato administrativo que goza de presunção de legalidade, o que exigiria prova para afastar tal presunção, e, em consequência, não restaria presente a prova inequívoca, exigida para a concessão da tutela antecipada, tenho como cabível a concessão de tutela antecipada em relação ao pedido alternativo ('b').*

***É que ainda que não se cogite** de ser, ou não, devido o tributo ou de sua condição de ter a exigibilidade suspensa, o fato é que a parte autora não pode ter negada a certidão positiva com efeitos de negativa e tampouco ter seu nome inscrito em CADIN, haja vista que, como Ente Federativo, pessoa jurídica de direito público, submete-se, quanto aos seus débitos, à sistemática do precatório. Ora, em tal situação, ainda que os créditos tributários fossem exigíveis, a parte autora estaria impedida constitucionalmente de garantir o juízo, o que viabilizaria a expedição da certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN.*

***Concluo**, assim, **que não há possibilidade jurídica de as demandadas inscreverem a parte autora em CADIN ou negar-lhe a certidão positiva** com efeitos de negativa, pois, do contrário, estaria tratando um ente da Federação de forma diferenciada e prejudicial em relação aos demais contribuintes, pessoas jurídicas de direito privado, que teriam a possibilidade de garantir o crédito em caução antecipada, ou mesmo, em processo de execução, pela penhora, obtendo, assim, a certidão positiva com efeitos de negativa.*

***Ante o exposto**, ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA determinando à parte ré que forneça, imediatamente, certidão positiva com efeitos de negativa à parte autora, nos termos do art. 206 do CTN, mencionando os números dos CGCs/MF do Governo do Estado do RS e dos seus órgãos a que se referem as notificações ora contestadas, conforme mencionado no 'item b', fl. 95, da inicial, e que não inscreva o nome da parte autora no CADIN, ou o exclua, caso tenha promovido a inscrição."*

*(**Grifei.**)*

***Posteriormente**, o magistrado federal em questão **reconheceu** a sua incompetência absoluta para a apreciação e o julgamento da presente causa (fls. 239/244) **e**, com fundamento no art. 102, I, alínea "**f**", da CF/1988, **determinou** "a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal" (fl. 244).*

*Os **presentes** autos foram a mim distribuídos **em 13-4-2010**, **e**, por meio de petição (PG/STF n. 12235, de 4-3-2011), o Estado do Rio Grande do Sul **formulou** o seguinte pleito (fls. 279/280):*

*"**O Tribunal de Justiça do RS recebeu**, em 16-12-2011, intimação, **acerca do julgamento de recurso administrativo concernente à Notificação Fiscal de Lançamento de Débito** (NFLD) 35.633.590-9, oriunda da Receita Federal, com determinação de regularização de débito, no valor de R$ 995,60, sob pena de encaminhamento à Procuradoria da Fazenda*

Nacional para inscrição em dívida ativa e cobrança judicial, sujeitando o Estado à inclusão no CADIN.

***Todavia**, do exame do teor da notificação e dos documentos que a acompanham, **dessume-se que o débito sob enfoque é objeto de discussão** na presente ACO (originalmente distribuída na Justiça Federal da 4ª Região, sob o n. 2008.71.00.022851-8), que já conta com liminar deferida para impedir a inscrição do ente político gaúcho no CADIN e possibilitar a expedição de certidão positiva com efeito de negativa em relação aos débitos aqui debatidos (dentre eles, a NFLD 35.633.590-9).*

***ISSO POSTO**, em se considerando que o prazo para resposta à intimação da Receita Federal tem seu termo final em 18-3-11, **requer** o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL **seja**, com a máxima urgência, **determinada a intimação da União para que dê o devido e imediato cumprimento** à liminar deferida nesta ACO, a fim de que:*

> ***a) abstenha-se da prática dos atos**, referidos na intimação recebida pelo TJ/RS (remessa do caso à PGFN para inscrição em dívida ativa, cobrança judicial e inscrição no CADIN);*
>
> ***b) comunique as medidas adotadas para cumprimento da decisão liminar**, de modo a evitar as nefastas consequências administrativo-financeiras ao Estado decorrentes da existência de débitos pendentes e da inscrição em cadastros de inadimplentes."*

*(**Grifei.**)*

*Na petição inicial (fls. 2/97), o autor **sustenta**, em síntese, **para justificar** a obtenção da pretendida tutela antecipatória, **o que se segue** (fls. 92/95):*

> *"**As mesmas razões que autorizam a não inscrição no CADIN viabilizam seja expedida certidão positiva com efeito de negativa**, pelo menos enquanto não decorrer, se for o caso, o prazo para ajuizamento de embargos do devedor Afinal, os débitos do Estado do Rio Grande do Sul sempre serão garantidos pelo precatório. Há a dívida, e será oportunamente, se for o caso, paga sem nenhum risco ao credor.*
>
> ***Os artigos 205 e 206 do CTN**, em se tratando de dívida tributária de ente público estadual hão de ser interpretados em consonância com o regime público de seus bens e com o regime de precatórios descrito no artigo 100 da Lei Maior. Se o Poder Público não pode ofertar seus bens em garantia ou efetuar o depósito do montante integral do crédito, não pode ser obstada a emissão de certidão positiva com efeito de negativa, mormente em razão de demora no ajuizamento de execução fiscal, sob pena de afronta ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal. Nesse sentido, recentes decisões dessa Justiça Federal, cuja cópia segue em anexo.*
>
> ***III – Da imperiosa necessidade de deferir-se a antecipação de tutela**:*
>
> ***Dispõe o artigo 273 do CPC que o juiz poderá**, a requerimento da parte, **antecipar**, total ou parcialmente, **os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial**, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.*
>
> ***No caso presente há verossimilhança das alegações**, eis que baseadas em normas constitucionais e legais, como exposto no tópico II. Por outro lado, existe prova inequívoca de que as contribuições previdenciárias exigidas pelo INSS em todos os autos de lançamento são indevidas. Vale dizer, está presente a hipótese do artigo 273, par. 6º do CPC: Um dos pedidos é*

incontroverso: os transpostos e extranumerários, segundo parecer da AGU, com caráter normativo, são submetidos ao regime próprio de previdência. As demais contribuições exigidas são inconstitucionais, sem falar na nulidade das peças fiscais em razão da ausência de clareza.

***Excelência**: a crise financeira do Estado do Rio Grande do Sul é noticiada quotidianamente. Os recursos advindos da União são vitais para os serviços a serem prestados à população gaúcha, que não pode ser penalizada em função de exigências inconstitucionais e ilegais do INSS. A certidão de regularidade fiscal venceu em 26-3-2008.*

***Mais**. **Considerando que há parecer da Advocacia Geral da União que aponta no sentido da desconstituição das autuações** no que se refere a servidores transpostos, tem-se que a tutela antecipada fica autorizada pelos dois incisos do artigo 273: seja porque atendidos os requisitos do inciso I, seja porque há abuso do direito de defesa do réu e manifestou propósito protelatório. Afinal, o INSS sabe das necessidades do Estado, e está utilizando meio coercitivo para cobrança de seus haveres, o que não pode ser tolerado no Estado Democrático de Direito.*

***Impõe-se**, assim, **o deferimento da tutela antecipada**, com fulcro nos artigos 151, V do CTN e 273 do CPC, de forma a suspender a exigibilidade dos créditos tributários formalizados nos autos de lançamento que são objeto desta demanda. Ou, na remota hipótese de assim não se entender, o que se admite apenas para argumentar, impõe-se o deferimento da tutela para o fim de determinar ao INSS que, relativamente aos débitos que são objeto desta ação, se abstenha de inserir o Estado do Rio Grande do Sul no CADIN e expeça certidão positiva com efeito de negativa, pelo menos enquanto não decorrido o prazo para a apresentação de Embargos do Devedor na futura execução a ser proposta, presente a circunstância de que todos os débitos da autarquia ré tem seu pagamento garantido pelo precatório, tendo-se sempre presente a possibilidade de deferir-se, se for o caso, medida liminar para os mesmos fins, nos termos do art. 273, par. 7º do CPC."*

(Grifei.)

***Reconheço**, preliminarmente, **considerada a norma inscrita** no art. 102, I, "**f**", da Constituição da República, **que a presente** causa **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.*

Cabe assinalar** que o Supremo Tribunal Federal, **ao interpretar** a norma de competência inscrita no art. 102, I, "**f**", da Carta Política, **tem proclamado** que "o dispositivo constitucional invocado **visa a resguardar** o equilíbrio federativo" (**RTJ 81/330-331**, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE – **grifei**), **advertindo**, por isso mesmo, **que não é** qualquer causa **que legitima** a invocação do preceito constitucional referido, **mas**, **exclusivamente**, **aquelas controvérsias de que

possam derivar situações caracterizadoras de conflito federativo (RTJ 81/675 – RTJ 95/485 – RTJ 132/109 – RTJ 132/120, v.g.).

Esse entendimento jurisprudencial evidencia que a aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, "f", da Carta Política restringe-se **àqueles litígios** *– como o de que ora se cuida – cuja potencialidade ofensiva **revela-se apta a vulnerar** os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação, em ordem a viabilizar a incidência da norma constitucional que atribui, a esta Suprema Corte, o papel eminente de Tribunal da Federação (AC 1.700-MC/SE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – AC 2.156-REF-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ACO 597-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ACO 925-REF-MC/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).*

*Vale referir, neste ponto, **julgamento** do Supremo Tribunal Federal, em que esse aspecto da questão **foi bem realçado pelo Plenário** desta Suprema Corte:*

> *"**CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO**.*
>
> *– A Constituição da República **confere**, ao Supremo Tribunal Federal, **a posição eminente de Tribunal da Federação** (**CF**, art. 102, I, 'f'), **atribuindo**, a **esta** Corte, em tal condição institucional, **o poder de dirimir** as controvérsias, que, **ao irromperem** no seio do Estado Federal, culminam, **perigosamente**, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.*
>
> *Essa **magna** função jurídico-institucional da Suprema Corte **impõe-lhe o gravíssimo dever** de velar **pela intangibilidade** do vínculo federativo **e** de zelar **pelo equilíbrio harmonioso** das relações políticas entre as pessoas estatais **que integram** a Federação brasileira.*
>
> ***A aplicabilidade** da norma **inscrita** no art. 102, I, 'f', da Constituição **estende-se** aos litígios cuja potencialidade ofensiva **revela-se apta a vulnerar** os valores **que informam** o princípio fundamental **que rege**, em nosso ordenamento jurídico, **o pacto da Federação**. Doutrina. Precedentes."*
>
> *(**ACO 1.048-QO/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)*

*Daí a observação constante do magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 2/219-220, 1992, Saraiva), cuja lição, ao ressaltar essa **qualificada** competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, acentua:*

> *"**Reponta** aqui o papel do Supremo Tribunal Federal **como órgão de equilíbrio** do sistema federativo. **Pertencente** embora à estrutura da União, **o Supremo** tem um caráter nacional **que o habilita** a decidir, **com independência e imparcialidade**, as causas **e** conflitos de que sejam partes, em campos opostos, a União e qualquer dos Estados federados."*
>
> *(**Grifei.**)*

*Definida, assim, **a competência originária** deste Tribunal, **passo a analisar** o pedido de tutela antecipatória deduzido na presente causa. **E**, ao fazê-lo, **observo que os elementos** produzidos nesta sede processual **revelam-se** suficientes **para justificar**, na espécie, **o acolhimento** do pleito em questão, **eis que concorrem**, segundo vislumbro em juízo **de estrita** delibação, os requisitos **autorizadores** da concessão da antecipação de tutela ora postulada.*

*Presente esse contexto, **tenho para mim que a inscrição**, no CADIN, do Estado do Rio Grande do Sul, **com todas** as graves restrições jurídicas que daí derivam, **sem** que houvesse sido **precedida** da conclusão do processo relativo à exigibilidade do crédito tributário em discussão no recurso administrativo concernente às NFLDs*

indicadas *no item "**a**" da petição inicial (fl. 95), **a saber** "35.490.404-3, 35.633.577-1, 35.633.585-2, 35.633.596-0, 35.633.589-5 e 35.633.590-9", **parece** haver sido efetivada com possível violação ao postulado constitucional **do devido processo legal** (**também aplicável** aos procedimentos de caráter **meramente** administrativo).*

***Cabe advertir**, por relevante, **considerada a essencialidade** da garantia constitucional da plenitude de defesa **e** do contraditório, que a Constituição da República **estabelece**, em seu art. 5º, incisos 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, de medidas consubstanciadoras **de limitação** de direitos.*

***Impende assinalar**, 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 (**inclusive** das pessoas estatais), **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.**).*

***Cumpre 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.)

Essa visão do tema tem o apoio *da própria 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 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****."*

*(****AC 2.032-QO/SP****, Rel. Min. CELSO DE MELLO,* ***Pleno.****)*

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,* ***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*** *n. 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*, por oportuno, que,* ***em situações semelhantes*** *à que se registra* ***na presente causa****, esta Suprema Corte* ***tem deferido****, "initio litis", provimentos cautelares* ***e/ou*** *antecipatórios em processos instaurados por iniciativa* ***do próprio*** *Estado-membro (****RTJ 192/767-768****, Rel. Min. CELSO DE MELLO –* ***AC 39-AgR/PR****, Rel. Min. ELLEN GRACIE –* ***AC 235-MC/SP****, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE –* ***AC 1.033-AgR-QO/DF****, Rel. Min. CELSO DE MELLO –* ***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 –* ***ACO 1.048-QO/RS****, Rel. Min. CELSO DE MELLO),* ***determinando****, então, a adoção* ***da mesma*** *providência que ora se postula* ***nesta*** *sede processual:*

"(...) ***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,* ***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, 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,* ***especialmente*** *a do Supremo Tribunal Federal,* ***tem reafirmado*** *o caráter fundamental 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****.*

BLOQUEIO DE RECURSOS CUJA EFETIVAÇÃO COMPROMETE A EXECUÇÃO, NO ÂMBITO LOCAL, DE PROGRAMA ESTRUTURADO PARA VIABILIZAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

*– **O Supremo Tribunal Federal**, **nos casos** de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas **ou** de empresas governamentais **em cadastros** de inadimplentes, **organizados e mantidos** pela União, **tem ordenado** a liberação **e** o repasse de verbas federais (**ou**, então, **determinado** o afastamento de restrições **impostas** à celebração de operações de crédito em geral **ou** à obtenção de garantias), **sempre** com o propósito **de neutralizar** a ocorrência de risco **que possa** comprometer, de modo grave **e/ou** irreversível, **a continuidade** da execução de políticas públicas **ou** a prestação de serviços essenciais à coletividade. **Precedentes**."*

*(**ACO 1.576-TA-REF/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)*

***Impõe-se ter presente**, agora, **um outro aspecto** que se me afigura relevante, **considerada** a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** em decisões que – **ordenando** a liberação **e** o repasse de verbas federais – foram proferidas com o propósito **de neutralizar a ocorrência de risco que pudesse comprometer**, de modo irreversível, **a continuidade da execução** de políticas públicas **ou** de serviços essenciais à coletividade:*

*"**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**: (**QO**) **AC n. 259-AP**, Rel. Min. Marco Aurélio, **DJ** de 3-12-2004; (**QO**) **AC n. 266-SP**, Rel. Min. Celso de Mello, **DJ** de 28-10-2004; **e** (**AgR**) **AC n. 39-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, **da AC 2.578-MC/PB**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **e da ACO 1.576-TA-REF/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **em casos que guardam absoluta identidade** com a matéria ora em exame.*

***O que se mostra importante considerar**, na realidade, **é a orientação** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** a respeito do tema em análise, **na qual** esta Suprema Corte **tem enfatizado** a sua preocupação **com as graves** consequências, **para o interesse** da coletividade, **que podem resultar do bloqueio** das transferências de recursos federais (**AC 2.032-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **ou de restrições** impostas à celebração de operações de crédito em geral **ou* a obtenção de garantia, *como se verifica de fragmento** de decisão proferida pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, **referendada** pelo E. Plenário desta Corte:*

*"(...) **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.**)*

***Assinalo** que essa preocupação do Supremo Tribunal Federal **tem sido reafirmada** em diversos **outros** julgamentos, **como o evidencia** a seguinte decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:*

*"(...) **NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO NO CAUC/SIAFI**, **COM O OBJETIVO DE NÃO FRUSTRAR A REGULAR PRESTAÇÃO**, **NO PLANO LOCAL**, **DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS**.*

***A inscrição** no registro federal **concernente** a entidades **e** instituições inadimplentes, **mais** do que simplesmente afetar, **compromete**, de modo irreversível, **a prestação**, no plano local, de serviços públicos de caráter primário, **além de inviabilizar** a celebração **de novos** convênios, **impedindo**, assim, a transferência de recursos financeiros **necessários** ao desenvolvimento **e** ao fortalecimento **de áreas sensíveis**, como a saúde, a educação **e** a segurança públicas. **Situação que configura**, de modo expressivo, **para efeito** de outorga de provimento cautelar, **hipótese caracterizadora** de 'periculum in mora'. **Precedentes**."*

*(**AC 2.327-REF-MC/MS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

***Concorre**, por igual, na espécie ora em exame, situação **concretamente** configuradora do "periculum in mora".*

***Sendo assim**, e tendo em consideração as razões expostas, **defiro**, parcialmente e "ad referendum" **do E. Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **o pedido de antecipação** dos efeitos da tutela **formulado** pelo Estado do Rio Grande do Sul, **em ordem a determinar** que os litisconsortes passivos (União Federal **e** INSS) **abstenham-se** "(...) **de inscrever** o Estado do Rio Grande do Sul no CADIN **e**, **caso já tenham assim procedido**, **cancelem tal inscrição**, bem como para que expeçam a certidão positiva com efeito de negativa e se abstenham de reter recursos federais de qualquer natureza **em razão do aludido crédito tributário**, enquanto não decorrido o prazo para a apresentação de embargos do devedor na ação de execução que será proposta pela autarquia e/ou pela União Federal (...)" (fl. 95 – **grifei**), **e**, ademais, "(...) **comuniquem as medidas adotadas para cumprimento da decisão liminar**, de modo a evitar as nefastas consequências administrativo-financeiras ao Estado decorrentes da existência de débitos pendentes e da inscrição em cadastros de inadimplentes." (Fl. 280 – **Grifei.**)*

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Referendo**, integralmente, *por seus próprios fundamentos*, **a decisão**, que, **por mim proferida**, **deferiu** o pedido de tutela antecipatória **formulado** pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Comunique-se, com urgência, *para cumprimento imediato*, **o teor da decisão** de fls. 291/304 **e o resultado** do presente julgamento, **cientificando-se**, *para tanto*, o eminente Senhor Advogado-Geral da União, o Senhor Secretário do Tesouro Nacional, o Senhor Presidente do Instituto Nacional do

Seguro Social – INSS **e**, *ainda*, o Senhor Superintendente Regional do INSS em Porto Alegre/RS.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ACO 1.534-TA-REF/RS — Relator: Ministro Celso de Mello. Autor: Estado do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul). Réus: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Procurador: Procurador-Geral Federal) e União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou a decisão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Mendes e 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. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 17 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.158 — PR
(ADI 2.158-MC na *RTJ* 175/509)

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB — Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná

Ação direta de inconstitucionalidade. AMB. Lei 12.398/1998/ Paraná. Decreto estadual 721/1999. Edição da EC 41/2003. Substancial alteração do parâmetro de controle. Não ocorrência de prejuízo. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria. Contribuição dos inativos. Inconstitucionalidade sob a EC 20/1998. Precedentes.

1. Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação.

2. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas.

3. A Lei estadual 12.398/1998, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, por ser inconstitucional ao tempo de sua edição, não poderia ser convalidada pela EC 41/2003. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que a sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela EC 41/2003. Superada a preliminar de prejudicialidade da ação, fixando o entendimento de, analisada a situação concreta, não se assentar o prejuízo das ações em curso, para evitar situações em que uma lei que nasceu claramente inconstitucional volte a produzir, em tese, seus efeitos, uma vez revogadas as medidas cautelares concedidas já há dez anos.

4. No mérito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é inconstitucional a incidência, sob a égide da EC 20/1998, de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos e dos pensionistas, como previu a Lei 12.398/1998 do Estado do Paraná (cf. ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 12-4-2002; e RE 408.824-AgR/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 25-4-2008).

5. É igualmente inconstitucional a incidência, sobre os proventos de inativos e pensionistas, de contribuição compulsória para o custeio de serviços médico-hospitalares (cf. RE 346.797-AgR/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, *DJ* de 28-11-2003; ADI 1.920-MC/BA, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 20-9-2002).

6. Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das normas impugnadas do decreto regulamentar, em virtude da relação de dependência com a lei impugnada. Precedentes.

7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de prejudicialidade, nos termos do voto do Relator. No mérito, por maioria de votos, foi julgada procedente, em parte, a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de setembro de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade impugnando dispositivos e expressões contidas na Lei 12.398, de 30 de dezembro de 1998, do Estado do Paraná, que preveem a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos e respectivos pensionistas.

Embora tenham sido impugnados dispositivos diversos em cada ação, ambas questionam expressões relativas à contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas no âmbito do Estado do Paraná.

A ADI 2.158/PR foi ajuizada em 25 de fevereiro de 2000 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em face das expressões "inativos" e "e dos respectivos pensionistas" do inciso I do art. 28; do inciso I do art. 69; das expressões "proventos ou pensão" contidas nos incisos I e II do art. 78; das alíneas *b* e *c* do § 1º do art. 78; e das expressões "inativos e os pensionistas" e "proventos e pensão" do art. 79, todos da Lei 12.398, de 30 de dezembro de 1998, do Estado do Paraná, por afronta aos arts. 40, § 12, e 195, inciso II, da Constituição Federal. A associação impugna, pelos mesmos motivos, diversos dispositivos do Decreto 721/1999, que regulamentou referida lei.

A ADI 2.189/PR foi ajuizada, em 31 de março de 2000, pelo Procurador-Geral da República em face das expressões "inativos" e "da reserva remunerada e reformados e dos respectivos pensionistas" contidas no art. 28, inciso I; da

expressão "e pensionistas" contida no *caput* do art. 78, bem como do seu § 1º, alíneas *b* e *c*, todos da Lei 12.398, de 30 de dezembro de 1998, do Estado do Paraná, por afronta aos arts. 40, § 12, e 195, inciso II, ambos da Constituição Federal "e por considerar que, a partir da EC 20/1998, ficou vedada a instituição de cobrança previdenciária sobre proventos, aposentadorias e pensões" (fl. 3).

Eis o teor dos dispositivos e expressões impugnadas, destacadas em negrito, *in verbis*:

> Lei 12.398, de 30-12-1998, com a redação da Lei 12.556, de 25-5-1999.
>
> Art. 28. *O fundo de natureza previdenciária e o fundo de serviços médico-hospitalares* serão constituídos:
>
> I – pelas contribuições mensais ao Estado, dos servidores ativos, **inativos**, dos militares do Estado da ativa, **da reserva remunerada e reformados e dos respectivos pensionistas**;
>
> (...)
>
> Art. 69. Podem ser descontados da remuneração, proventos e benefícios:
>
> **I – as contribuições e valores devidos pelos segurados e pensionistas aos fundos de natureza previdenciária e de serviços médico-hospitalares**;
>
> (...)
>
> Art. 78. A contribuição mensal dos segurados **e pensionistas**, para o *fundo de previdência*, dar-se-á nas seguintes proporções:
>
> I – 10% (dez por cento) sobre a parcela da remuneração, subsídios, **proventos ou pensão** que for menor ou igual a R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais);
>
> II – 14% (quatorze por cento) sobre a parcela da remuneração, subsídios, **proventos ou pensão** que for superior a R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais).
>
> § 1º Na aplicação das faixas de que tratam os incisos I e II considerar-se-ão:
>
> (...)
>
> b) quando inativo, o total bruto dos proventos;
>
> **c) quando pensionista, o valor bruto do respectivo benefício**.
>
> Art. 79. Os segurados ativos, **inativos e os pensionistas** contribuirão, mensal e obrigatoriamente, para o *fundo de serviços médico-hospitalares*, com percentual de 2% (dois por cento) sobre o total de sua remuneração, subsídios, **proventos e pensão**. (Grifou-se.)

> Decreto 721, de 11-5-1999
>
> Art. 1º Todos os órgãos e entidades, departamentos e setores envolvidos no processamento das folhas de pagamento do pessoal ativo, **inativo e pensionistas** de todos os Poderes, da administração direta, autárquica, fundacional, inclusive Ministério Público e Tribunal de Contas, bem como as instituições de Ensino Superior e Polícia Militar, deverão, a partir do mês de maio de 1999, reter as contribuições previdenciárias previstas em lei e conforme sua natureza, dando-lhes o encaminhamento determinado pelo presente Decreto.
>
> Art. 2º A contribuição previdenciária dos servidores e militares ativos que, em 30 de dezembro de 1998, contavam com idade superior a 50 (cinquenta) anos, se do sexo masculino, e superior a 45 (quarenta e cinco) anos, se do sexo feminino, **bem como dos então inativos e dos pensionistas**, que naquela data, recebiam do Estado os valores dos respectivos benefícios, deverá ser retida e repassada ao

Tesouro Estadual, em conta específica, para composição de Receita Previdenciária Vinculada ou do *fundo financeiro* da *Paranaprevidência*.

(...)

Art. 3º A contribuição previdenciária dos servidores e militares ativos que, em 30 de dezembro de 1998, contavam com idade igual ou inferior aos limites estabelecidos no artigo anterior, deverá ser retida e repassada ao Tesouro Estadual, em conta específica, para composição do *fundo de previdência* da *Paranaprevidência*.

Parágrafo único. Nos mesmos termos deste artigo, deverá ser retida a contribuição previdenciária dos servidores e militares inativos que contem com idade igual ou inferior aos limites estabelecidos no artigo 2º deste Decreto, e dos pensionistas vinculados aos servidores e militares de que trata este artigo.

Art. 4º O cálculo das contribuições previdenciárias de que trata este Decreto deverá observar as seguintes faixas:

I – o valor correspondente a 10% (dez por cento) sobre a parcela da remuneração, subsídios, **proventos ou pensão** que for menor ou igual a R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais);

II – o valor correspondente a 14% (quatorze por cento) sobre a parcela da remuneração, subsídios, **proventos ou pensão** que for superior a R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais).

(...)

Art. 5º A contribuição previdenciária de ocupantes de cargo em comissão, que não sejam titulares de cargo efetivo, será destinada ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, nos termos da Lei Federal n. 9.717, de 27 de novembro de 1998, observando-se, para tanto, as alíquotas de contribuição estabelecidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 1º (...)

§ 2º A contribuição previdenciária de servidores e militares do Estado do Paraná, ocupantes de cargo em comissão, deverá incidir apenas sobre os proventos pagos pelo Estado.

§ 3º A contribuição previdenciária dos aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social, ocupantes de cargos em comissão, deverá ser destinada ao INSS, observando-se, para tanto, as alíquotas de contribuição estabelecidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

(...)

Art. 7º Os valores de que tratam os artigos **2º a** 6º deste Decreto devem ser contabilizados individualmente por servidor, militar e pensionista.

(...)

Art. 12. Os órgãos e entidades da administração direta, autárquica, fundacional, Poder Executivo Estadual, bem como de outros Poderes, inclusive Ministério Público, Tribunal de Contas, Instituições de Ensino Superior e Polícia Militar, envolvidos no processamento da folha de pagamento do pessoal ativo, **inativo e pensionistas**, deverão reter, para composição do *fundo de serviços médico-hospitalares*, 2% (dois por cento) descontados diretamente sobre o valor total da remuneração, subsídios, **proventos ou pensão** pagos aos servidores e militares ativos, **inativos e pensionistas**.

(Grifou-se.)

O Governador do Estado prestou informações arguindo, quanto à ADI 2.158/PR, a impossibilidade de controle de constitucionalidade do decreto e

defendendo, em ambas as ações, a constitucionalidade das expressões impugnadas, argumentando que a Constituição não autoriza o alargamento da imunidade prevista no art. 195, II, da Carta Magna também aos servidores públicos aposentados e pensionistas, sob os seguintes fundamentos:

> (...) Em primeiro lugar porque a norma é clara ao expressar que o regime de previdência geral aplica-se **no que couber** à previdência funcional, portanto, subsidiariamente e à falta de norma própria. Em segundo lugar, e no mesmo sentido, porque, em se tratando de exceção a imunidade concedida pelo art. 195, II, CF, a aplicação da norma deve ser restrita.
> (ADI 2.158 – fls. 118/119; ADI 2.189 – fl. 69.)

No mesmo sentido, a Assembleia Legislativa (ADI 2.158 – fls. 430/437; ADI 2.189 – fls. 128/133) manifestou-se em favor da constitucionalidade da incidência da contribuição sobre os inativos e pensionistas.

Foi deferida medida cautelar pelo Tribunal Pleno nas duas ações diretas, nos termos da ementa a seguir transcrita:

> **I – Contribuição previdenciária: incidência sobre proventos da inatividade e pensões de servidores públicos (Lei estadual 12.398/1998 do Paraná): densa plausibilidade da arguição da sua inconstitucionalidade, sob a EC 20/1998, já afirmada pelo Tribunal (ADI 2.010-MC, 29-9-1999).**
>
> 1. Reservado para outra oportunidade o exame mais detido de outros argumentos, é inequívoca, ao menos, a plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da norma local questionada, derivada da combinação, na redação da EC 20/1998, do novo art. 40, § 12, com o art. 195, II, da Constituição Federal, e reforçada pela análise do processo legislativo da recente reforma previdenciária, no qual reiteradamente derrotada, na Câmara dos Deputados, a proposta de sujeição de aposentados e pensionistas do setor público à contribuição previdenciária.
>
> 2. O art. 195, § 4º, parece não legitimar a instituição de contribuições sociais sobre fontes que a Constituição mesma tornara imunes à incidência delas; de qualquer sorte, se o autorizasse, no mínimo, sua criação só se poderia fazer por lei complementar.
>
> 3. Aplica-se aos Estados e Municípios a afirmação da plausibilidade da arguição questionada: análise e evolução do problema.
>
> *4. Precedentes.*
>
> (Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, ADI 2.158 – fl. 476; ADI 2.158 – fl. 152.)

Determinou-se a apensação dos autos da ADI 2.158/PR aos autos da ADI 2.189/PR, para processamento e julgamento conjuntos.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ADI 2.158/PR em relação ao Decreto 721/1999 e defendeu a constitucionalidade das expressões atacadas da Lei 12.398/1998.

O Procurador-Geral da República também se pronunciou pelo não conhecimento da ADI 2.158/PR no que se refere ao Decreto 721/1999, mas, quanto aos pedidos de declaração de inconstitucionalidade das normas insertas na Lei 12.398/1998, opinou pela sua procedência.

Instada a falar acerca da alteração do parâmetro de controle pela Emenda Constitucional 41/2003, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) pugnou pelo regular prosseguimento do feito, sustentando que subsiste o interesse de agir, porquanto a EC 41 foi impugnada pela ADI 3.297 e, por outro lado, a referida emenda constitucional não tem o poder de tornar constitucional a lei que nasceu inconstitucional (ADI 2.158 – fls. 519 a 530).

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se pela "suspensão do andamento do feito até julgamento da questão de ordem suscitada na ADI 509, referente ao eventual abandono, pelo STF, do entendimento que diz com o prejuízo das arguições de controle concentrado que tenham o parâmetro de controle substancialmente alterado" (ADI 2.189 – fls. 236/239).

Em seguida, o Advogado-Geral da União entendeu pela prejudicialidade das ações diretas, diante da alteração do padrão de controle de constitucionalidade e, no mérito, reiterou as manifestações anteriormente apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Inicialmente, tendo em vista a Procuradoria-Geral da República ter-se manifestado pela suspensão do andamento deste feito até que julgada a questão de ordem suscitada na ADI 509/MT – ressalto que essa ação direta foi redistribuída ao Ministro **Ricardo Lewandowski** – e, diante de vários pedidos de informação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná acerca do andamento das presentes ações, uma vez que demandas judiciais estão suspensas no âmbito daquele Tribunal aguardando o seu julgamento, entendi, por bem, não aguardar o julgamento da questão de ordem da ADI 509/MT.

Assim, antes de adentrar no mérito propriamente dito, cumpre, preliminarmente, enfrentar a questão atinente à prejudicialidade das ações, em vista da substancial alteração do parâmetro de controle operada pela Emenda Constitucional 41/2003, a qual, ao contrário do que dispunha a Emenda Constitucional 20/1998, em vigor à época da edição da norma impugnada, admite, expressamente (CF, art. 40, § 18), a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos, na parte que exceder o limite máximo para os benefícios do regime geral de previdência.

Anoto, desde logo, que a jurisprudência da Corte dá pelo prejuízo da ação em casos semelhantes, *in verbis*:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Prejudicialidade*. Por efeito de alteração substancial do regramento constitucional sobre a matéria, veiculada pela Emenda 45/2004, é de se reconhecer a prejudicialidade da ação.
> (ADI 3.404/DF, Rel. Min. **Ayres Britto**, *DJ* de 16-11-2006.)

No mesmo sentido: ADI 2.197/RJ, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 2-4-2004; ADI 2.670/TO, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 4-2-2005; ADI 15/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 31-8-2007; e ADI 396/RS, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 5-8-2005.

Devo salientar ser irretocável, no âmbito lógico-jurídico, a exigência da atualidade do parâmetro de controle. Conforme enunciou o Ministro **Celso de Mello**, em decisão monocrática que proferiu na ADI 514/PI (*DJ* de 31-3-2008),

> (...) o controle de constitucionalidade, em sede concentrada, não se instaura, em nosso sistema jurídico, em função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor, ou, embora vigendo, tenham sofrido alteração substancial em seu texto. É por tal razão que, em havendo revogação superveniente (ou a modificação substancial) da norma de confronto, não mais se justificará a tramitação do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

A meu juízo, entretanto, tal entendimento, ainda que rigorosamente coerente em seus próprios termos, pode, na prática, demonstrar-se insatisfatório, como, aliás, bem revela o caso em apreço.

Como afirma Clèmerson Merlin Clève, "Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias" (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 255).

Vejamos, então, o presente caso.

Este Tribunal deferiu, em 2000, medidas cautelares nas ações diretas ora em debate, ficando suspensa a cobrança da contribuição dos inativos no Estado do Paraná.

Além de dar cumprimento às medidas cautelares, o Estado do Paraná houve, por bem, deixar de instituir uma nova contribuição dos inativos, muito embora, já sob a égide da Emenda Constitucional 41/2003, fosse, ao menos em tese, possível fazê-lo. E, para afastar as sanções previstas na Lei federal 9.717/1998 (que "dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências"), o Estado do Paraná ajuizou ação cível originária nesta Corte, que deferiu tutela antecipada para garantir-lhe o direito de não instituir aludida contribuição, conforme decisão proferida pelo Relator, Ministro **Marco Aurélio**, posteriormente referendada em Plenário, na sessão de 29-10-2007 (ACO 830, *DJ* de 11-4-2008).

Todavia, apesar de até hoje não ser cobrada a contribuição no Estado do Paraná, a Lei estadual 12.398/1998, objeto desta ação direta, não foi revogada, permanecendo em vigor.

Em vista de tais circunstâncias, caso o Tribunal, na linha de sua jurisprudência tradicional, assente o prejuízo das ações diretas, revogando, por

consequência, as medidas cautelares, a Lei estadual 12.398/1998, embora seja clara e irremediavelmente inconstitucional, tornará a produzir seus efeitos, à luz do regramento instituído pela EC 41/2003, o qual, por autorizar a tributação dos inativos, confere à norma uma aparência de validade.

Entretanto, na linha do entendimento já defendido pelo saudoso Ministro **Menezes Direito,** tanto na ADI 307/CE (Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 20-6-2008) quanto na ADI 509/MT (agora de relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**), tal inconveniente pode ser evitado se a Corte admitir o julgamento do mérito das ações diretas, apesar da modificação do parâmetro de controle nos seus cursos.

É certo que, de acordo com o que decidiu este Supremo Tribunal Federal no RE 346.084/PR (Rel. p/ o ac. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 1º-9-2006), a propósito da convalidação da base de cálculo do PIS e da Cofins, prevista na Lei 9.718/1998, pela Emenda Constitucional 20/1998, "**o sistema brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente**" (grifos nossos). Isto é, a Corte entende que a superveniência de emenda constitucional não tem o condão de tornar adequada à Constituição norma que com ela originalmente conflitava.

Anote-se, por oportuno, que o direito comparado oferece soluções diversas quanto ao tema. Assim, por exemplo, no direito português, o Tribunal Constitucional admite, ao contrário do que decidiu esta Corte, a "constitucionalização superveniente" da norma, desde que ela não produza efeitos retroativos, conforme o acórdão 408/1989, de que foi relator o Conselheiro **Vital Moreira**.

Estou, ainda assim, de acordo com o entendimento deste Supremo Tribunal Federal, que, a meu juízo, **prestigia a segurança jurídica, bem como dignifica a supremacia da Constituição**.

Conforme defendido por **Jorge Miranda**, "se a norma ordinária era contrária à Constituição antes da revisão (embora não declarada inconstitucional) e agora fica sendo conforme à nova norma constitucional, nem por isso é convalidada ou sanada: ferida de raiz, não pode apresentar-se agora como se fosse uma nova norma, sob pena de se diminuir a função essencial da Constituição" (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 2. ed., Coimbra, 1988, p. 244).

Rejeitada a possibilidade de convalidação da norma inconstitucional, tem-se que a Lei estadual 12.398/1998, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, por ser inconstitucional ao tempo de sua edição, não poderia ser – como evidentemente não foi – convalidada pela Emenda Constitucional 41/2003. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que a sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela Emenda Constitucional 41/2003.

Ora, se o nosso sistema constitucional veda a convalidação da lei inconstitucional, é necessário que existam mecanismos eficazes para expungir a norma (ainda) inconstitucional do ordenamento jurídico, mesmo que em face do parâmetro de controle revogado ou alterado. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação.

Com as merecidas vênias, entendo que cumpre a este Supremo Tribunal Federal, **ao menos quando já ajuizada a ação direta**, declarar a inconstitucionalidade da norma, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, em benefício da máxima efetividade da jurisdição constitucional.

Com efeito, assistimos, desde a promulgação da Constituição de 1988, uma progressiva expansão da jurisdição constitucional, seja no controle concentrado de constitucionalidade, seja no poder de editar súmulas vinculantes, seja, ainda, pela exigência de repercussão geral para admissão dos recursos extraordinários, restrição que reforça a posição da Corte como uniformizadora da interpretação da Constituição.

Pode-se observar, portanto, pela atuação do Poder Constituinte (originário e derivado), um movimento nítido de reforço da atuação abstrata do Tribunal, assim como de restrição da sua atuação concreta aos casos paradigmáticos e de grande repercussão.

Por outro lado, **no Brasil, é particularmente comum a modificação do texto constitucional**, alterado que foi, nas duas últimas décadas, por sessenta e seis emendas constitucionais, mais seis de revisão. Está, assim, longe de ser uma exceção que este Tribunal, há anos assoberbado de trabalho, tenha de enfrentar, tal como na hipótese, alterações do texto constitucional no curso dos processos objetivos.

É à luz desses fatos que entendo que a jurisdição constitucional brasileira não deve, simplesmente, deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira muito mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas.

Reconheço, contudo, que não seria proveitoso que esta Corte, já tão atarefada, tivesse ainda que se dedicar a questões constitucionais do passado, as quais, além de não encontrarem mais foro na Constituição vigente, perderam, pelo decurso do tempo, a eventual importância de outrora.

Por tal razão, não chego ao ponto de admitir o ajuizamento de novas ações diretas depois de alterado o parâmetro de controle. Defendo, apenas, que não assentemos o prejuízo das ações em curso, o que faço para evitar situações como a presente, em que uma lei que nasceu claramente inconstitucional voltará a produzir, em tese, seus efeitos, uma vez revogada as medidas cautelares concedidas já há **dez anos**.

Ademais, tal solução evitará a marcha de centenas ou milhares de processos individuais em curso no Poder Judiciário paranaense sobre o tema, cuja solução final estará fadada ao mesmo resultado que poderemos dar a estas ações desde já.

Sob tais fundamentos, conheço, portanto, das presentes ações diretas de inconstitucionalidade.

Passo ao mérito.

É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que é inconstitucional a lei, editada sob a égide da Emenda Constitucional

20/1998, que prevê a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos e respectivos pensionistas (cf. ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 12-4-2002; RE 408.824-AgR/RS, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 25-4-2008).

À luz desse entendimento, julgo inteiramente procedente o pedido da ADI 2.189/PR, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, na mesma linha do que ficou decidido quando deferida a medida cautelar.

Quanto à ADI 2.158/PR, julgo a ação procedente quanto às expressões "inativos" e "e dos respectivos pensionistas" contidas no inciso I do art. 28; das expressões "proventos ou pensão" contidas nos incisos I e II do art. 78; das alíneas *b* e *c* do § 1º do art. 78, todos da Lei estadual 12.398/1998.

A AMB impugna, ainda, o inciso I do art. 69 da lei estadual. No entanto, a declaração total da inconstitucionalidade do mencionado inciso acabaria por atingir a incidência da contribuição sobre a remuneração dos servidores ativos, que é perfeitamente legítima. Transcrevo novamente o dispositivo, *in verbis*:

> Art. 69. Podem ser descontados da remuneração, proventos e benefícios:
> **I – as contribuições e valores devidos pelos segurados e pensionistas aos fundos de natureza previdenciária e de serviços médico-hospitalares**;
> (Grifou-se.)

Assim sendo, declaro a inconstitucionalidade apenas da expressão "e pensionistas" e aplico a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para afastar qualquer interpretação da expressão "segurados" que inclua em seu significado os servidores inativos.

Impugna também as expressões "inativos e os pensionistas" e "proventos e pensão" no *caput* do art. 79 da Lei estadual 12.398/1998, o qual prevê uma contribuição mensal e obrigatória para o denominado "*fundo de serviços médico-hospitalares*".

Também nesse ponto julgo procedente o pedido, uma vez que a pretensa incidência de contribuições compulsórias para o custeio de serviços médicos insere-se no mesmo contexto da vedação à tributação dos inativos para o custeio da seguridade social, em qualquer de suas modalidades, conforme já decidiu este Tribunal (RE 346.797-AgR/RS, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, Primeira Turma, *DJ* de 28-11-2003; e ADI 1.920-MC/BA, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 20-9-2002).

Nesse ponto, vale mencionar que o art. 79 da lei estadual prevê, no mesmo sentido, a exigência de contribuição compulsória dos **segurados ativos** à Fundo de Serviços Médicos-Hospitalares, o que, na linha da jurisprudência desta Corte (ADI 3.106/MG, Rel. Min. **Eros Grau**), também é inconstitucional. Contudo, deixo de declarar a referida inconstitucionalidade, em virtude de não ser objeto da presente ação direta, que impugna tão somente expressões da Lei estadual 12.398/1998 relativas à contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas no âmbito do Estado do Paraná.

Por sua vez, declaro a inconstitucionalidade por arrastamento das expressões impugnadas contidas nos arts. 1º; 2º; 3º, parágrafo único; 4º, I e II; 5º, § 2º e § 3º; e 12 do Decreto 721, de 11-5-1999 (ato regulamentador da Lei 12.398/1998), em virtude da relação de dependência dos seus preceitos com as expressões contidas na Lei 12.398/1998, que serviam de fundamento a sua validade (cf. ADI 3.148/TO, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 28-9-2007; ADI 3.645/PR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 1º-9-2006).

A autora impugna, ainda, a expressão "*2º a*" do art. 7º do Decreto 721/1999, que dispõe:

> Art. 7º Os valores de que tratam os artigos **2º a** *6º deste Decreto devem ser contabilizados individualmente por servidor, militar e pensionista.*
> (Grifou-se.)

Entretanto, entendo que a declaração de inconstitucionalidade da mencionada expressão não alcançaria o objetivo pretendido pela requerente, além de deixar o texto normativo incoerente e atingir a incidência da contribuição sobre a remuneração dos servidores ativos. Assim sendo, declaro a inconstitucionalidade apenas da expressão "e pensionistas" e aplico a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para afastar qualquer interpretação da expressão "servidor" que inclua em seu significado os servidores inativos.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido da ADI 2.158/PR para:

a) em relação à *Lei estadual 12.398/1998*, declarar a inconstitucionalidade:

(i) das expressões "inativos" e "e dos respectivos pensionistas", contidas no inciso I do art. 28;

(ii) da expressão "e pensionistas", contida no inciso I do art. 69, e aplico a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para afastar qualquer interpretação da expressão "segurados" que inclua em seu significado os servidores inativos.

(iii) das expressões "proventos ou pensão", contidas nos incisos I e II do art. 78, e das alíneas *b* e *c* do § 1º do art. 78;

(iv) das expressões "inativos e os pensionistas" e "proventos e pensão", contidas no art. 79.

b) quanto ao *Decreto 721/1999*, declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento:

(i) das expressões "inativo e pensionistas", contidas no art. 1º;

(ii) das expressões "bem como dos então inativos e dos pensionistas" do art. 2º;

(iii) do parágrafo único do art. 3º;

(iv) das expressões "proventos ou pensão", contidas nos incisos I e II do art. 4º;

(v) dos § 2º e § 3º do art. 5º;

(vi) da expressão "e pensionista" contida no art. 7º, e aplico a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para afastar qualquer interpretação da expressão "servidor" que inclua em seu significado os servidores inativos;

(vii) das expressões "inativo e pensionistas", "proventos ou pensão" e "inativos e pensionistas", contidas no art. 12.

É como voto.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, estamos no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Qualifica esse controle a apreciação abstrata da harmonia ou não da lei com o texto constitucional, não a apreciação de casos concretos, casos subjetivos.

Ora, se ocorreu a alteração da norma de parâmetro, no que a Emenda Constitucional 41, modificando até mesmo situações constituídas, passou a placitar a cobrança de contribuição social de aposentados e pensionistas, talvez contribuição para uma aposentadoria, quem sabe uma segunda aposentadoria no além – e no além não se precisa contribuir para ter-se a jubilação –, estaremos julgando, no processo objetivo, situações concretas e não exercendo um crivo abstrato, ou seja, estaremos apreciando aquelas cobranças de contribuição que ocorreram antes da Emenda Constitucional 41.

Por isso, creio que a jurisprudência que encontrei no Tribunal, e me filiei a ela inclusive, é sábia ao assentar o prejuízo da ação direta de inconstitucionalidade.

Confesso que não sou um juiz prático, pragmático, porque, realmente, neste julgamento, deixando de lado a organicidade do próprio direito, podemos liquidar vários processos subjetivos, mas estaremos, como disse no início do meu voto, liquidando esses processos e não exercendo crivo, considerado o controle concentrado e, portanto, abstrato, de constitucionalidade.

Por isso, peço vênia ao Ministro Toffoli e também àqueles que entendem de forma diversa, para assentar que, no caso, as ações diretas de inconstitucionalidade ficaram prejudicadas pela alteração do parâmetro constitucional.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu estou impedido na questão de fundo. Já participei até de um outro julgamento, de um caso que está pendente do Ministro Lewandowski. Eu acho que ainda quando estava aqui o Ministro Menezes Direito. Creio que manifestei-me como Advogado-Geral da União. Mas, naquele caso...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o colega está impedido no processo ou não? Não conheço essa forma de impedimento parcial.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência dê a opinião que quiser e escute aquela que tem que escutar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, estou apenas levantando a questão de ordem.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência não é corregedor do Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não. Muito menos de Vossa Excelência, a quem admiro como um doutrinador constitucional, muito menos de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência está fazendo uma ponderação.

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

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O que estou dizendo é que não posso conceber a afirmação: olha, estou impedido para a questão de fundo, mas não estou impedido para a questão prejudicial, não posso.

Agora, não fique irritado, Ministro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência fala o que quiser e vai escutar o que não quer.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, eu escuto o que Vossa Excelência quiser dizer. Mas Vossa Excelência está, inclusive, pálido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência não é censor dos Colegas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não sou, Ministro. Vamos ver como a questão vai se desenvolver.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E exatamente eu dizia, Senhor Presidente, que esse caso estava sendo discutido, acho que houve manifestação do Tribunal, à época, o encaminhamento do Ministro Menezes Direito, acho que um pedido de vista do Ministro Lewandowski. Na época se assentou, inclusive, em questão de ordem, e é importante que questões de ordem que são estabelecidas sejam observadas, e que não se tente, toda vez, reabrir questões de ordem que já foram estabelecidas.

Naquele julgamento – e eu me lembro muito bem, estava na Presidência –, assentou-se que, em relação ao direito revogado, já ia se conhecer, sim, da ação. Isso ficou assente. Vossa Excelência inclusive ressaltou esse aspecto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nas duas ações, na 509, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e na 307, relatada pelo Ministro Eros Grau.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A questão ficou pendente, porque o Ministro Menezes Direito encaminhava o seu voto em relação ao direito surgido depois, pós-constitucional; ele encaminhava no sentido de que teria havido, aqui, não uma revogação, como é da doutrina do Tribunal, mas que ele fazia uma juízo de constitucionalidade.

E diante da ponderação dos Colegas, em relação a esse segundo aspecto, dizendo que haveria repercussão em toda sistemática, é que houve pedido de vista do Ministro Lewandowski.

VOTO
(Sobre preliminar)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, vou seguir o Relator.

Lembro-me que, naquelas discussões, não se estabeleceu um corte vertical. É preciso verificar em cada caso, porque, em alguns casos, o prejuízo é inexorável.

Então, há apenas a possibilidade de, no caso concreto, verificar-se que não fiquemos vinculados a uma situação em que, às vezes, a superveniência de uma nova norma constitucional possa, realmente, deixar um prejuízo patente, fazendo com que não se possa...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ah, isso, sim, mas não é o caso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. A única ressalva que faço é que não se entenda aqui – e eu imagino que o Ministro Toffoli não esteja propondo isso – uma verticalidade tal que haja a obrigatoriedade de se levar adiante uma ação direta, mesmo quando o paradigma já patenteia que não há mais como prosseguir. Esse juízo é preciso ser feito, porque, em alguns casos, realmente, os Ministros têm decidido até monocraticamente.

Com essa ressalva, estou acompanhando o Relator. Com essa ressalva: isso aqui não é obrigatório que siga, nem obrigatório que pare, e fim.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, vou acompanhar o Relator, ainda que, digamos, em caráter excepcional, porque verifico que há, talvez, milhares de processos pendentes de julgamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E produzindo efeitos. Até a superveniência da Emenda 41, foram descontados.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito. Ações de cobrança ajuizadas. Então, a utilidade da nossa manifestação é patente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E é uma questão de segurança também: deixar claro que não poderia ter sido cobrado naquele período.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Acompanho o eminente Relator.

VOTO
(Sobre preliminar)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Relator e me manter fiel à jurisprudência firmada pelo Tribunal para apontar a prejudicialidade.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Peço vênia à dissidência para acompanhar o eminente Relator, reafirmando que o Tribunal assentou nas duas ações a que já me referi, em que ficou proclamada a tese de que a mudança ou revogação na norma constitucional que, vigente à data da propositura da ação direta, foi invocada como objeto de ofensa, não impede seja o pedido apreciado perante tal norma.

Então, peço vênia à minoria.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, divirjo apenas quanto ao decreto, no que simplesmente regulamentar. No tocante a ele, reiterados são os pronunciamentos do Tribunal no sentido – quanto ao decreto simplesmente regulamentar, não é o normativo, autônomo – de não se admitir o controle concentrado de constitucionalidade. A subsistência, ou não, resolve-se em outro campo, que é o da prejudicialidade e não do enfrentamento do decreto, como se pudéssemos, em relação a ele, não tendo o caráter de ato normativo, declarar, por exemplo, a constitucionalidade.

Por isso, peço vênia ao Relator para divergir e assentar que não cabe a apreciação quanto ao decreto. No mais, acompanho Sua Excelência.

DEBATE

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas o decreto aí é meramente regulamentar, não tem força normativa autônoma?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O Relator falou que foi por arrastamento, porque se a lei foi declarada inconstitucional, ficaria um decreto ainda vigorando.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É por arrastamento.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Arrastamento. Ele está impugnado na ação, ele é regulamentar, mas por arrastamento...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É que o arrastamento, para mim, pressupõe um ato abstrato autônomo. Não estou diante de ato abstrato autônomo. Ao contrário, pelo que colocou Vossa Excelência, o chefe do Poder Executivo, ao editar o decreto, se limitou a regulamentar a lei.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, quanto ao decreto, eu acompanho a dissidência.

Acompanho o voto do Ministro Marco Aurélio, com a devida vênia do Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.158/PR — Relator: Ministro Dias Toffoli. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Advogados: Alberto Pavie Ribeiro e outros). Requeridos: Governador do Estado do Paraná (Advogados: Márcia Dieguez Leuzinguer e outros) e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

Decisão: Retirado de pauta por indicação da Presidência. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10-9-2009.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, rejeitou a preliminar de prejudicialidade, contra os votos dos Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie e Celso de Mello. No mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente em parte a ação direta, contra os votos dos Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, que não declaravam a inconstitucionalidade do Decreto 721/1999. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Falou pela requerente o Dr. Alberto Pavie Ribeiro.

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

Brasília, 15 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 2.185 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Adler Assessoramento Empresarial e Representações Ltda. — Requerida: União

Recurso extraordinário – Medida cautelar – Pressupostos necessários à concessão do provimento cautelar (*RTJ* 174/437-438) – Exigência legal de prévio depósito do valor da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo – Transgressão ao art. 5º, LV, da Constituição da República – Nova orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – Cumulativa ocorrência, no caso, dos requisitos concernentes à plausibilidade jurídica e ao *periculum in mora* – Precedentes – Magistério da doutrina – Decisão referendada pela Turma.

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, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão proferida pelo Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 11 de novembro de 2008 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Em sede de "*medida cautelar incidental*" – 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. 66/69**):

*Trata-se de "medida cautelar incidental", com pedido de liminar, **que busca atribuir efeito suspensivo** ao recurso extraordinário, que, **interposto** pela parte ora requerente, **insurge-se** contra decisão (fls. 39/45) – **mantida em sede** de embargos declaratórios (fls. 47/50) – que o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região **proferiu** nos autos **da AMS** n. 2005.34.00.014573-8/DF.*

***Destaco**, ainda, que o recurso extraordinário em questão **sofreu** juízo **positivo** de admissibilidade (fls. 63).*

***Passo a apreciar** o pedido formulado na **presente** sede processual.*

***Como se sabe**, a outorga de **efeito suspensivo** ao recurso extraordinário reveste-se de **excepcionalidade** absoluta, **especialmente** em face do que **dispõe** o art. 542, § 2º, do CPC, **na redação** que lhe deu a Lei* n. 8.950/1994.

***O Supremo Tribunal Federal**, bem por isso, **e atento ao caráter excepcional** da medida cautelar cujo deferimento importe em concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo (**RTJ** 110/458 – **RTJ** 111/957 – **RTJ** 112/957, **v.g.**), **somente** tem admitido essa possibilidade processual, quando **satisfeitas** determinadas condições.*

*Com efeito, **a concessão de medida cautelar**, pelo Supremo Tribunal Federal, **quando** requerida **na perspectiva** de recurso extraordinário **interposto** pela parte interessada, **supõe**, para legitimar-se, **a conjugação necessária dos seguintes requisitos**: (**a**) **que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar** do Supremo Tribunal Federal (**existência de juízo positivo** de admissibilidade do recurso extraordinário, **consubstanciado** em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem **ou resultante** do provimento do recurso de agravo); (**b**) **que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual**, caracterizada, **dentre outras**, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional **e** da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição; (**c**) **que a postulação de direito material** deduzida pela parte recorrente **tenha** plausibilidade jurídica; **e** (**d**) **que se demonstre**, objetivamente, **a ocorrência** de situação configuradora do "periculum in mora" (**RTJ 174/437-438**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).*

***Assentadas** tais premissas, **cabe** verificar **se** a fundamentação jurídica em que se apoia a pretensão deduzida pela parte requerente **atende**, ou não, ao requisito da relevância.*

*Sob tal perspectiva, **cumpre ter presente** a circunstância de que a controvérsia jurídica **suscitada** no recurso extraordinário **interposto** pela parte ora requerente – **discussão sobre a constitucionalidade** da exigência **de depósito prévio** para interposição de recurso em sede administrativa – **foi apreciada** pelo Plenário desta Suprema Corte, **no julgamento do RE 390.513/SP**, que firmou **nova orientação** sobre a matéria em causa.*

***O exame** da presente postulação cautelar **parece evidenciar** que o acórdão recorrido em sede recursal extraordinária **não se ajustaria à nova orientação** que esta Suprema Corte firmou no julgamento em referência.*

*Em **recente** julgamento, **e já refletindo** esse **novo** entendimento jurisprudencial, a colenda **Segunda Turma** desta Suprema Corte **acolheu** pleito recursal **idêntico** ao formulado pela parte ora requerente no recurso extraordinário por ela interposto, **proferindo** decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:*

> *"**AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXIGÊNCIA LEGAL DE PRÉVIO DEPÓSITO** DO VALOR DA MULTA **COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE** DO RECURSO ADMINISTRATIVO – **OCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO** AO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – **NOVA** ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL **FIRMADA** PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **RECURSO DE AGRAVO PROVIDO**.*
>
> *– **A exigência legal de prévio depósito** do valor da multa, **como pressuposto de admissibilidade** de recurso de caráter meramente administrativo, **transgride** o art. 5º, LV, da Constituição da República. **Revisão** da jurisprudência: **RE 390.513/SP (Pleno)**."*
>
> *(**AI 598.597-AgR/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

***Vale ressaltar** que essa **nova** diretriz da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **tem o beneplácito de valiosa opinião doutrinária**, como aquela emanada de ilustres autores, **tais como** ROQUE ANTONIO CARRAZZA ("**Curso de Direito Constitucional Tributário**", p. 429, item n. 5, 22. ed., 2006,*

*Malheiros), SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO (“**Curso de Direito Tributário Brasileiro**”, p. 784/791, itens ns. 14.2 **e** 14.4, 9. ed., 2002, Forense), HUGO DE BRITO MACHADO (“**Curso de Direito Tributário**”, p. 448, item n. 3.4, 26. ed., 2005, Malheiros), PATRÍCIA FERNANDES DE SOUZA GARCIA (“ **Os Direitos dos Contribuintes e as Garantias Recursais no Processo Administrativo**”, p. 169/178, “in” “ A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro” , **coordenação** de IVES GANDRA MARTINS **e** de ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS, 2002, IOB), ALBERTO XAVIER (“**Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário**” , p. 208, 2005, Forense), AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO (“**Solve et Repete**” , “in” “ Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas” , ano 6,* n. *24, julho-setembro de 1998, p. 185/192, RT) **e** FERNANDO FACURY SCAFF (“**Direitos Fundamentais**, **Depósito Recursal Administrativo e Controle de Constitucionalidade**” , “in” “Grandes Questões Atuais do Direito Tributário”, vol. 10/76-95, 2006, Dialética, **v.g.**), **cujo magistério não reconhece como legítima**, sob uma perspectiva **estritamente** constitucional, **a exigência** de depósito prévio **como pressuposto de recorribilidade** das decisões **na instância administrativa**.*

***A existência** desses precedentes **revela-se suficiente para conferir plausibilidade jurídica** à pretensão deduzida pela parte ora requerente.*

É por tal razão *que **eminentes Ministros** deste Tribunal, **pronunciando-se em contexto idêntico** ao que emerge do pleito ora em exame, **têm concedido** a suspensão cautelar de eficácia de acórdãos **que consideraram** – em frontal **colisão** com o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte – **constitucionalmente válida a exigência de depósito prévio** para interposição de recurso administrativo (**AC 636-QO/MG**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **AC 1.556-MC-QO/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 1.887-MC/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **AC 1.931-QO/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **v.g.**).*

***Registre-se**, finalmente, que a parte ora requerente **justificou**, de maneira **inteiramente** adequada, as razões **que caracterizam a concreta ocorrência**, na espécie, de situação configuradora do “periculum in mora” (fls. 05/06).*

***Desse modo** – em face **da existência** de precedentes específicos sobre a questão suscitada nesta sede processual –, **defiro**, em caráter excepcional **e** “ad referendum” da colenda **Segunda Turma** desta Corte (**RISTF**, art. 21, V), **até final julgamento** do recurso extraordinário em questão, **o pedido** formulado pela parte requerente, **em ordem a determinar** “(...) à Secretaria da Receita Federal do Brasil **que encaminhe** ao Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda **o correspondente** recurso administrativo da autora, **sem a exigência** do depósito prévio” (fl. 7 – **grifei**).*

*2. **Deixo de ordenar a citação** da parte ora requerida, **pelo fato** de a outorga da medida cautelar em referência – **por se exaurir** em si mesma – **não depender** do ulterior ajuizamento de **qualquer** ação principal, **consoante** tem enfatizado, **em sucessivas** decisões, **o magistério jurisprudencial** desta Suprema Corte (**RTJ 167/51**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RTJ 181/960**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 175-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 1.158-AgR/SP**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – **Pet 1.256/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Pet 2.246-QO/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Pet 2.267/PR**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Pet 2.424/PR**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **Pet 2.466-QO/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 2.514/PR**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **v.g.**).*

*3. A **presente** decisão **deverá ser transmitida**, com urgência, à Presidência do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (**AMS** n. 2005.34.00.014573-8/*

*DF), ao Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (**MS** n. 200534000145738) **e**, também, à Secretária da Receita Federal do Brasil.*

*4. **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**, ao referendo desta colenda Turma, **a decisão** em causa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Referendo**, integralmente, **por seus próprios fundamentos**, **a decisão** que proferi a fls. 66/69.

A Secretaria do Supremo Tribunal Federal, **após publicado** o acórdão consubstanciador **deste** julgamento, **deverá** promover, **em momento oportuno**, a juntada **de cópia** do referido julgado **aos autos** do recurso extraordinário **a que se refere** a decisão de fl. 63.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC 2.185-MC-REF/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Adler Assessoramento Empresarial e Representações Ltda. (Advogados: Marcos Maia Júnior e outros). Requerida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: A Turma, por votação unânime, referendou, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão proferida pelo Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 11 de novembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.462 — PA
(ADI 3.462-MC na *RTJ* 195/918)

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Governador do Estado do Pará e Assembleia Legislativa do Estado do Pará

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito tributário. Lei paraense 6.489/2002. Autorização legislativa para o Poder Executivo conceder, por regulamento, os benefícios fiscais da remissão e da anistia. Princípios da separação dos poderes e da reserva absoluta de lei formal. Art. 150, § 6º, da Constituição Federal. Ação julgada procedente.

1. A adoção do processo legislativo decorrente do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, tende a coibir o uso desses institutos de desoneração tributária como moeda de barganha para a obtenção de vantagem pessoal pela autoridade pública, pois a fixação, pelo mesmo Poder instituidor do tributo, de requisitos objetivos para a concessão do benefício tende a mitigar arbítrio do chefe do Poder Executivo, garantindo que qualquer pessoa física ou jurídica enquadrada nas hipóteses legalmente previstas usufrua da benesse tributária, homenageando-se aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas (art. 37, *caput*, da Constituição da República).

2. A autorização para a concessão de remissão e anistia, a ser feita "na forma prevista em regulamento" (art. 25 da Lei 6.489/2002), configura delegação ao chefe do Poder Executivo em tema inafastável do Poder Legislativo.

3. Ação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Falou pelo requerido, Governador do Estado do Pará, o Dr. José Aloysio Campos, Procurador do Estado.

Brasília, 15 de setembro de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. O Procurador-Geral da República propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, contra a expressão "remissão, anistia", constante do art. 25 da Lei 6.489, de 27-9-2002, do Estado do Pará, a qual dispõe sobre a Política de Incentivos ao Desenvolvimento Socioeconômico daquele Estado e dá outras providências.

Este o texto do dispositivo impugnado:

> Art. 25. Fica o Poder Executivo autorizado a conceder *remissão*, *anistia*, transação, moratória e dação em pagamento de bem imóvel, nos termos da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) e na forma prevista em regulamento.
> (Grifos nossos.)

2. Sustenta o autor que a autorização outorgada ao Poder Executivo afronta o disposto no § 6º do art. 150 da Constituição Federal (alterado pela EC 3, de 1993), que exige a edição de lei específica para a concessão de anistia ou remissão tributárias.

3. Distribuídos à Ministra Ellen Gracie em 11-4-2005, Sua Excelência determinou a inclusão dos autos em mesa para julgamento da medida cautelar pleiteada (fl. 22).

4. Antes, porém, o Governador do Estado do Pará prestou informações, defendendo a constitucionalidade da expressão questionada sob o argumento, em suma, de que "a lei estadual impugnada nada mais é do que uma lei específica, que regula exclusivamente as matérias insertas no § 6º do art. 150 da CF/1988" (fl. 27), conforme se depreenderia da integralidade da lei, especialmente de seu art. 10, que lista as condições gerais a serem observadas pelos pleiteantes dos incentivos nela previstos.

Assim, concluiu o chefe do Poder Executivo local, "(...) a norma constitucional, quando exige lei específica, não o faz para a concessão em si da remissão, anistia ou qualquer dos incentivos nela expressos, porque tal tarefa demanda estudo casual (ou seja, de cada situação para a qual se pretende a concessão dos benefícios), razão pela qual não se pode exigir a edição de uma lei a cada vez que se mostre pertinente e conveniente para a Administração a concessão dos mesmos, sob pena de engessamento do Poder Legislativo, e principalmente desvirtuamento de suas funções" (fl. 33).

5. Em sessão plenária de 8-9-2005, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar para suspender a eficácia dos vocábulos "remissão" e "anistia" contidos no art. 25 da Lei paraense 6.489, constando do acórdão:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. Tributário. Autorização legislativa que dá ao Poder Executivo a prerrogativa de conceder, por regulamento, os benefícios fiscais da remissão e da anistia. Princípios da separação dos poderes e da reserva absoluta de lei formal. Art. 150, § 6º, da Constituição Federal.*

1. Ocorrência, no caso, de atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, consubstanciada na abdicação de sua competência institucional em favor do Poder Executivo, facultando a este, mediante ato próprio, a prerrogativa de inovar na ordem jurídica em assunto (liberalidade estatal em matéria tributária) na qual a Constituição Federal impõe reserva absoluta de lei em sentido formal. Precedentes: ADI 1.247-MC, *DJ* de 8-9-1995, e ADI 1.296-MC, *DJ* de 10-8-1995, ambas da relatoria do Ministro Celso de Mello.

2. Presença de plausibilidade jurídica na tese de inconstitucionalidade e de conveniência na suspensão da eficácia do dispositivo atacado.

3. Medida liminar concedida.

6. Ocorrida a substituição na relatoria e conclusos os autos, determinei, nos termos da Lei 9.868/1999, a prestação de informações pela Assembleia Legislativa paraense (art. 6º) e a abertura de vista sucessiva ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República (art. 8º).

7. O Presidente do Poder Legislativo local limitou-se a apresentar um resumo histórico da aprovação da Lei 6.489/2002 naquela Casa Parlamentar, pugnando, ao final, pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

8. Por sua vez, tanto o Advogado-Geral da União quanto o Procurador-Geral da República manifestaram-se pela declaração de inconstitucionalidade das expressões impugnadas.

9. É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei 9.868/1999 c/c art. 87, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Este é um daqueles casos em que pouco se tem a acrescentar aos fundamentos expendidos na concessão da medida cautelar, reforçados não só pelos precedentes mencionados naquela ocasião (ADI 1.247-MC e ADI 1.296-MC, ambas da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello), como também pelo que decidido na ADI 155 (Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 8-9-2000), no sentido da impossibilidade de o Poder Legislativo, ou até mesmo de o Poder Constituinte estadual, delegar ao Poder Executivo a competência para tratar, normativamente, sobre a concessão de anistia ou remissão em matéria tributária, sob pena de violação do art. 2º e do § 6º do art. 150 da Constituição da República.

2. Restrinjo-me, portanto, à análise do único argumento plausível para afastar esse entendimento, apresentado pelo Governador do Estado do Pará em suas informações, a saber, o de que a própria Lei Estadual 6.489/2002 seria a lei específica regulamentadora exigida pelo parâmetro de constitucionalidade desta ação (§ 6º do art. 150).

3. Tal exigência visa a fixação de requisitos gerais a serem observados pelos contribuintes-devedores que pleiteiem desoneração quanto a algum tributo, permitindo, assim, maior controle sobre os atos administrativos que declaram

afastada a incidência da legislação tributária aplicável a determinada pessoa física ou jurídica, com o objetivo precípuo de se evitar situações como a narrada na representação da Procuradoria da República no Estado do Pará geradora desta ação direta de inconstitucionalidade, dando notícia da descoberta, em investigação policial, de um acordo onde teria sido negociada a remissão de R$ 90 milhões em débitos fiscais de determinada empresa em troca de R$ 4 milhões "para ajudar na campanha eleitoral" de autoridades paraenses, "mais um acréscimo de R$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais) a serem pagos parceladamente" (fls. 16-17).

Em efeito, a adoção do processo legislativo decorrente do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, tende a coibir o uso desses institutos de desoneração tributária como moeda de barganha para a obtenção de vantagem pessoal pela autoridade pública, pois a fixação, pelo mesmo Poder instituidor do tributo, de requisitos objetivos para a concessão do benefício tende a mitigar indesejado arbítrio pelo chefe do Poder Executivo, garantindo que qualquer pessoa física ou jurídica enquadrada nas hipóteses legalmente previstas usufrua da benesse tributária, em homenagem aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas (art. 37, *caput*).

4. Ademais, conforme bem acentuou a Advocacia-Geral da União em sua manifestação, a necessidade da edição de lei em sentido formal para contemplar hipóteses que sejam aptas a constituir algum tipo de exoneração tributária decorre da impossibilidade de que algum ato que não possua o *status* de lei possa esvaziar o conteúdo de norma dessa natureza que preveja tributação. Se a lei institui tributo, não é possível que um ato de menor estatura jurídica limite seu alcance". (Fl. 114.)

5. Nessa linha, é manifestamente equivocada a afirmação do chefe do Poder Executivo paraense segundo a qual a Constituição da República não exigiria "a edição de uma lei a cada vez que se [mostrasse] pertinente e conveniente para a Administração a concessão" de benefícios tributários (fl. 33), pois tais juízos de pertinência e de conveniência manifestam-se no processo legislativo decorrente do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, e não no ato administrativo que reconhece o benefício tributário à determinada pessoa física ou jurídica.

6. Nem se alegue que o rol de condições constante do art. 10 da Lei 6.489/2002 daria respaldo aos atos declaratórios de desoneração fundados no art. 25, uma vez que restrito aos instrumentos de aplicação previstos no art. 5° da referida lei paranaense, excluído o seu inciso I, declarado inconstitucional no julgamento da ADI 3.246 (Rel. Min. Carlos Britto, Plenário, *DJ* de 1º-9-2006).

7. Tampouco a invocação ao art. 172 do Código Tributário Nacional no dispositivo questionado (art. 25) atenderia ao disposto no texto constitucional de parâmetro (§ 6º do art. 150), pois, além de limitado à hipótese da remissão, a sua generalidade (condição de recebimento pela ordem constitucional de 1988 – art. 146, III) antes reforça do que afasta a exigência constitucional de uma lei específica regulamentando a matéria.

8. Pelo exposto, a autorização para a concessão de remissão e anistia, a ser feita "na forma prevista em regulamento" (art. 25 da Lei 6.489/2002), configura verdadeira delegação ao chefe do Poder Executivo em tema inafastável do Poder Legislativo, conforme acentuou a eminente Ministra Ellen Gracie ao comparar, no voto proferido quando do julgamento da medida cautelar, o objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade com aqueles das ADIs 1.247 e 1.296, *verbis*:

> 3 – No presente caso, saliente-se que a autorização legislativa para a concessão de remissão ou anistia é muito mais abrangente, pois não se destina a nenhuma categoria específica de contribuinte (como as refinarias de petróleo, no referido dispositivo pernambucano) e, nem tem em conta qualquer circunstância que levasse à necessidade de criação destes benefícios (como a possibilidade, na apontada lei paraense, de defesa da economia local). Atribuir à norma ora em exame a característica de lei específica, tal como pretendido nas informações prestadas, simplesmente porque inserida na temática política de incentivos ao desenvolvimento socioeconômico do Estado, sem a exposição de contornos mais concretos das circunstâncias que ensejariam a concessão dos benefícios apontados pelo Executivo estadual, desvirtuaria, sem dúvida alguma, a restrição imposta pela Carta magna no referido art. 150, § 6º.

9. Pelo exposto, voto no sentido de **julgar procedente** a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "remissão, anistia" constante do art. 25 da Lei 6.489, de 27-9-2002, do Estado do Pará, confirmando-se, assim, a cautelar deferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal em 8-9-2005.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Qual é a distância entre a promulgação da lei e a liminar?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Quase três anos. E há cinco anos a cautelar produz efeitos no sentido de já não mais...

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Talvez o pedido de modulação dissesse respeito apenas a esses três em que a norma vigeu.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Aos três anos anteriores, porque a cautelar foi *ex nunc*, como é próprio dela.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: E que os contribuintes poderão exigir a restituição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Efeito desde a data da liminar.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Só se fosse para essa data para convalidar os atos que foram praticados ate então, apenas para isso.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, eu divirjo da Relatora em relação à aplicação do art. 27. Acho que já há mecanismos de compensação previstos na legislação, especialmente na Lei Kandir, para situações como essa.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu só queria ponderar que o deferimento do pedido de modulação de efeitos, de certa forma, encontra amparo na Constituição, cujo art. 3º, inciso III, torna objetivo fundamental da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades regionais.

Quer dizer, na linha da defesa tão brilhantemente feita, oralmente, pelo eminente Procurador do Estado do Pará, pronuncio-me pela concessão do pedido no que toca à modulação de efeitos.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, levo em conta o caso que estamos julgando, e o art. 25 da Lei 6.489/2002 do Estado do Pará é escancaradamente conflitante com a Carta da República, a versar a possibilidade de o Executivo implementar remissão, anistia no campo tributário, porque, em bom vernáculo, no caso desses benefícios, há de haver lei específica e não uma carta em branco ao chefe do Poder Executivo para o implemento desses benefícios.

Há mais. O próprio § 6º do art. 150 da Constituição Federal condiciona a concessão de benefícios ao consenso unânime das unidades da Federação, dos Estados brasileiros. Não fosse apenas isso, para o argumento de que esse preceito atenderia à exigência do § 6º do art. 150, ele encerra uma delegação e sabemos que, mediante um Ato das Disposições Transitórias, caíram as delegações existentes à época. Homenageou-se a separação de Poderes, impedindo-se que, por isso ou por aquilo, por contar até mesmo com bancada majoritária na Casa Legislativa do Estado, o governador pudesse substituí-la na edição de diplomas.

Então, estamos diante de dispositivo flagrantemente inconstitucional. Dir-se-á: mas ele resultou no desenvolvimento do Estado do Pará. Desenvolvimento setorizado em prejuízo da cultura nacional, no que deve estar assentada, acima de tudo, em que pese à quadra vivenciada, na Carta da República, que a todos, indistintamente, submete. Para mim, essa Carta continua rígida, continua suprema, presente o arcabouço normativo. Não posso dizer que, no período que medeou a edição da lei local até a concessão da liminar por esta Corte, a Constituição Federal não esteve em vigor e que deve prevalecer, tendo em conta as consequências da glosa, o preceito.

Presidente, rechaço a modulação porque, mediante ela, acaba-se por mitigar a concretude da Constituição Federal. Mas esse caso concreto não está à feição para caminhar-se – com a devida vênia daqueles que entendem de forma

diversa, que potencializam o objetivo em detrimento do meio, não é o meu caso – para a modulação, que, em última análise, implica, como disse, colocar em plano secundário a Constituição Federal para se homenagear, por isso ou por aquilo, a lei atacada no processo objetivo.

A modulação é sempre um incentivo à legislar-se à margem do Diploma Maior, na esperança de que, havendo impugnação à lei editada, o Tribunal caminhe para simplesmente dizer que, naquele período, a Constituição Federal não esteve em plena eficácia e, portanto, poderia ter sido, como foi, desrespeitada.

Peço vênia à Ministra Relatora para acompanhar a divergência do Ministro Joaquim Barbosa. Entendo que, em face do conflito existente entre o preceito local e a Constituição Federal, um conflito evidente, não cabe a modulação.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, apenas uma observação sobre esse tema a propósito da possibilidade de modulação de efeito. Não vejo nenhum problema de índole constitucional na modulação de efeito, praticamente todos os sistemas hoje reconhecem, até mesmo os sistemas de direito supranacional.

Na verdade, até mesmo – vamos dizer assim – o nosso sistema, que não reconhecia expressamente antes do art. 27, já o fazia via fórmula de preclusão. Como isso se dá? Isso se dá na separação de planos; uma questão é aquela que se dá no plano normativo, da validade da norma, outra é a que se dá na relação com o caso concreto. Essa mediação entre o caso concreto e o ato normativo se dá mediante fórmula de preclusão. Se a fórmula de preclusão, decadência, **prescrição** é um modelo encurtado, nós temos a experiência, por exemplo, com coisa julgada ou com prazos angustos em matéria de prescrição, então, aqueles atos se aperfeiçoam, não podem mais ser desfeitos exatamente porque, de alguma forma, a ordem jurídica não mais prevê essa possibilidade. Isso acontece inclusive em matéria tributária, com a fixação de prazos curtos. Essa separação, portanto, já se dá.

E veja que aqui é a ordem jurídica que faz a compatibilização, valendo-me da ponderação feita pelo Ministro Britto. Por quê? Porque, de um lado, é o estado de direito na expressão da legalidade, e, de outro, é o estado de direito na expressão da segurança jurídica. Na verdade, é a conjugação e boa aplicação dos dois princípios básicos que são, na verdade, as pedras angulares do princípio do estado de direito. Todos nós sabemos que hoje se enfatiza muito a noção de que o estado de direito se alicerça na ideia de ilegalidade e ilegitimidade e na ideia de segurança jurídica.

De modo que, dessa perspectiva, adotar a possibilidade de modulação não significa estar violando a Constituição, não me parece. E, às vezes, isso se dá também por razões de ordem prática.

Lembro-me de que, já há muito tempo, li um texto de um clássico de Walter Jellinek, discutindo a nulidade da lei inconstitucional. Ele dizia que não se pode advogar esta tese em todas as hipóteses, e citava um exemplo que é muito peculiar e que já aplicamos aqui naquele caso do número de vereadores.

O que dizia Walter Jellinek? Ele dizia: "Imagine uma lei eleitoral que venha a ser declarada inconstitucional, depois de uma eleição do governo". Dizia ele: "A tese da nulidade da lei inconstitucional levaria a um "suicídio democrático", porque se nós tivermos que desfazer o parlamento, não haverá órgão apto a votar uma nova lei constitucional, tal como exige a Constituição. Portanto, há esse tipo de imperativo. Só para colocar que, na verdade, o sistema comporta, sim, modulação. Apenas para fixar essas premissas, isso não significa violar o texto constitucional.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência me permite, quando a própria Constituição trabalha com os institutos jurídicos da prescrição e da decadência, está proclamando que a passagem do tempo não é um indiferente jurídico, quer dizer, pode produzir consequências que exigem do ordenamento jurídico uma convalidação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E Vossa Excelência repare, há uma passagem, um clássico, hoje – foi meu professor em Bonn, Professor Klaus Schlaich – que dizia: "A nulidade da lei inconstitucional não significa uma depuração total". Por quê? Porque os atos concretos que já se consolidaram, em razão da sua não mais possibilidade de impugnação, esses atos subsistem. Por exemplo, eu falava há pouco sobre a coisa julgada não mais suscetível de impugnação, a despeito de se ter uma quadro de eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, ela vai subsistir por uma opção político-sistêmica do modelo jurídico.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E mais, Ministro Gilmar, até porque poderia a lei nunca ter sido atacada. Não existe uma automaticidade na incidência da Constituição. Ela só foi atacada três anos depois, então a ponderação impõe a modulação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Neste caso, aqui, a ação foi ajuizada pelo Ministério Público em 11 de abril de 2005, e em 19 de abril do mesmo ano a Ministra Ellen Gracie apresentou em mesa e o Supremo Tribunal Federal analisou.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se Vossa Excelência me permite, acho que até certo ponto essa discussão é limitada, porque, em se tratando de concessão, de remissão e anistia, cuja eficácia foi suspensa no dia 8 de setembro de 1985 – nós estamos em 19 de setembro de 2010 –, já se operou a prescrição de todas as pretensões ativas da Fazenda. Noutras palavras, a Fazenda já não pode fazer nada, pois estão consolidadas todas as anistias e remissões.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Ministro, eu estava chamando a atenção para a questão da forma de preclusão, porque, muito provavelmente, não há mais; porque certamente a preocupação da Procuradoria é de que há convênios, em geral os Estados celebram, com essas entidades que recebem os subsídios.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Remissão e anistia é de crédito já apurado. Até a data em que foi concedida a liminar, as anistias e remissões concedidas apanhavam os créditos anteriores. Dali para frente, não se poderiam conceder; as que foram concedidas já caíram junto com a liminar. De modo que os créditos tributários anteriores estão hoje todos inexequíveis e praticamente incobráveis.

Enfim, vamos fixar uma posição formal. Vossa Excelência está propondo?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Estou julgando procedente a ação e aceitando a modulação dos efeitos para o período que compreendeu ente a promulgação da lei...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eficácia desde a data da liminar?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Sim, desde a data da liminar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A edição da lei e a data da liminar.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não se tem a maioria exigida para a modulação. Tem-se, sim, *quorum* para funcionamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, não modula.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Na ADI 3.601, de que fui o relator e cujo julgamento foi concluído em 9 de setembro passado, decidiu-se, em uma questão de ordem como a agora levantada pelo Ministro Marco Aurélio, que se aguardariam os Ministros ausentes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Certamente fiquei vencido.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Sim, Vossa Excelência ficou vencido. Foi o que aplicamos na ADI 3.601.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque, de duas, uma, ou não há *quorum* para deliberar, ou, havendo, não se alcança o número de votos exigido para ter-se a modulação e se proclama o resultado.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Não se proclamaria o resultado final.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Creio que temos mais de uma questão de ordem no sentido de que o modelo é bifásico. Uma coisa é a declaração de inconstitucionalidade, outra coisa é a aplicação do art. 27.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A modulação. Já decidimos isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nós precisaríamos, eminente Ministro, de oito votos?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Oito votos. É o art. 27. Aguardamos o Ministro Ricardo Lewandowski.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Seria impossível: faltando um ministro só, não se vai alcançar nunca!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ministro, sete votos nesse sentido, só falta um.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não vai ser possível nunca.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Nós temos sete votos e falta o Ministro Lewandowski.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Nós temos sete votos. Se o Ministro Lewandowski acompanhar a maioria, teremos oito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Já temos sete votos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nós temos dois votos contra.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, peço a palavra. Se o Ministro Ricardo Lewandowski votar no sentido da modulação, modula-se. Se não votar, talvez se aguardará o próximo integrante da Corte! Agora, deixo bem patenteado que, de duas, uma, ou se tem *quorum* para deliberação e, então, delibera-se, pouco importando que não se chegue a oito votos para modular-se, ou não se tem o *quorum*. O que não podemos – perdoem-me, vou utilizar um vocábulo talvez forte, peço a compreensão dos colegas – é acionar um subterfúgio para, quem sabe, ante uma ausência justificada, aguardar a presença e chegar aos oito votos. Por isso, penso que não cabe, não chegando aos oito votos, o adiamento. Cabe, sim, proclamar, como Vossa Excelência proclamaria, que não foi alcançado *quorum* de deliberação, que não é o quórum para a Corte funcionar, e esse existe, indispensável a ter-se a modulação.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Até porque, Presidente, a matéria não tem relevância que mereça tal discussão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, as coisas são muito diferentes. É porque, nesse caso, não se pode ter um impasse. De duas, uma: ou a lei é constitucional ou inconstitucional, por isso se exigem, num ou noutro sentido, seis votos. Agora, a questão que estamos debatendo é outra. Está-se adiando porque o resultado não serviria à maioria formada, de certos votos, por implicar o indeferimento da modulação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministra Ellen Gracie (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), é o resultado querido pelo texto legal. E – reafirmo – as situações jurídicas são díspares. Uma coisa é, no julgamento da matéria de fundo da ação direta de inconstitucionalidade, não se chegar a seis votos, num sentido ou noutro, da procedência ou improcedência da pecha. Outra coisa é, no passo seguinte, colocar-se, havendo *quorum* para deliberação, em votação a modulação. Então, ao verificar-se que não se alcançaram – presentes os integrantes da Corte, ou ante os integrantes que aqui se encontram – oito votos, cabe adiar? Não. Tem-se que proclamar o resultado – o indeferimento da modulação.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ministro Marco Aurélio, estamos diante de uma modalidade que é chamado, em Direito internacional privado e Direito comparado, de "*quorum shopping*". É o que estamos a fazer.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Na verdade, ouvir o Ministro que falta, e ele estará aqui amanhã, é um imperativo de justiça material. O típico do ordenamento jurídico...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, cancelaremos o pregão. Não devíamos ter apregoado esse processo porque está ausente um colega. Gostaria que também procedessem assim no caso – muito difícil – de esta cadeira que ocupo estar vaga momentaneamente!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Já fizemos isso em outras oportunidades.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, ter-se-ia que adotar o mesmo critério em todos os casos.

Vejam, Senhores Ministros, que nós temos o precedente e, muitas vezes, temos, inclusive, uma dessintonia muito clara – já lembrei isso aqui no Plenário – entre o julgamento que se faz no mérito da constitucionalidade e o julgamento que se faz para modulação de efeitos. Eu rememoro o caso da progressão de regime. Vejam que nós, inicialmente, decidimos aquele caso por seis a cinco. Depois, tivemos – creio – um quadro de unanimidade, ou quase unanimidade, em relação à modulação de efeito. Daí ter-se afirmado realmente que eram dois juízos autônomos.

Vejam que nós temos também uma exigência alta para quórum, um quórum elevado e diferenciado, em matéria de súmula vinculante. Se por acaso tivermos discussões, dúvidas, não vamos aguardar para formulação? Também aqui se faz necessário, então, um juízo nesse sentido. Parece-me absolutamente coerente. Por quê? Porque nós temos este modelo bifásico. Uma coisa é o julgamento em torno da questão de mérito, o que já foi feito.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E outra é quanto à possibilidade de modulação de efeitos. Por quê? Qual é a presunção? O normal é que o Tribunal funcione com "*full bench*", com todos os seus integrantes.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Tanto assim que, quanto ao julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade, houve unanimidade aqui nesta Corte, neste momento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mas ainda não colhemos a totalidade dos votos quanto à modulação. Estamos presumindo que haja sete votos.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: É, mas parece que maioria está de acordo com que se aguarde a presença...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministra, eu ainda não votei!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas para mostrar a autonomia da matéria. Já quanto à modulação, dois Ministros divergiram.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministro, eu ainda não votei nessa matéria!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Bem, se Vossa Excelência não votou é outra coisa.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Eu também não votei. Vossa Excelência colheu os votos em geral e já ia anunciando o resultado. Então, se Vossa Excelência vai votar pela constitucionalidade da norma, vamos aguardar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se todos estivessem de acordo em modular, eu não iria votar contra, evidentemente, porque seria absolutamente inútil. Mas, enfim, vamos resolver o problema da modulação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não modulo. Pediria apenas para Vossa Excelência consignar que o meu entendimento é no sentido da proclamação e não do adiamento para colher-se o voto do ausente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vou pedir vênia a Vossas Excelências. Acho que esperar até amanhã é inútil, porque, do ponto de vista prático, a modulação não vai alterar nada. Eu vou votar contra a modulação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Aí não há possibilidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Aí não há possibilidade.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: O Tribunal decide casuisticamente, assim, porque a questão importa ou não. É importante essa definição de hoje, Presidente. Com todo respeito a Vossa Excelência, creio que o Tribunal deve fixar qual é o seu procedimento. Toda vez em que houver a necessidade de modular efeitos, haverá ou não possibilidade de se proclamar o resultado na sessão seguinte?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E sobre isso já houve questão de ordem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Quanto a isso, nós já afirmamos.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não, Presidente, nós não afirmamos; nós discutimos isso aqui.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, já houve precedente.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: A ADI 3.601.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então vamos deixar claro hoje, mediante confirmação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, que é possível sim, que é um modelo bifásico.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É possível, mas, neste caso, aqui, concreto...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Já fizemos isso mais de uma vez.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: É, na semana passada mesmo, julgamos um caso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Fizemos até em embargos de declaração, na semana passada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): É, nós já afirmamos isso textualmente. Em tese, sim, mas, no caso concreto, não o aplico.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Se já afirmamos, vamos reafirmar nesta situação também.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Fica reafirmado, mas, nesse caso concreto, vamos encerrar o julgamento.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.462/PA — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Pará e Assembleia Legislativa do Estado do Pará.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Falou pelo requerido, Governador do Estado do Pará, o Dr. José Aloysio Campos, Procurador do Estado.

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

Brasília, 15 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.515 — SC

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

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

Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei 12.775/2003, do Estado de Santa Catarina. Competência legislativa. Sistema financeiro nacional. Banco. Agência bancária. Adoção de equipamento que, embora indicado pelo Banco Central, ateste autenticidade das cédulas de dinheiro nas transações bancárias. Previsão de obrigatoriedade. Inadmissibilidade. Regras de fiscalização de operações financeiras e de autenticidade do ativo circulante. Competências exclusivas da União. Ofensa aos arts. 21, VIII, e 192, da CF. Ação julgada procedente. Precedente. É inconstitucional a lei estadual que imponha às agências bancárias o uso de equipamento que, ainda quando indicado pelo Banco Central, ateste a autenticidade das cédulas de dinheiro nas transações bancárias.

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 julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 12.775, de 2 de dezembro de 2003, do Estado de Santa Catarina. Ausente o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

Brasília, 1º de agosto de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina, tendo por objeto a Lei estadual 12.775, de 2 de dezembro de 2003, que, com o propósito de regular a "obrigatoriedade do uso de equipamento que ateste a autenticidade de cédulas de dinheiro pelos estabelecimentos bancários" (fl. 2), tem o seguinte teor:

> Art. 1º As agências bancárias estabelecidas no território catarinense ficam obrigadas ao uso de equipamento que ateste a autenticidade de cédulas de dinheiro nas transações bancárias.
>
> Parágrafo único. O equipamento previsto no *caput* do artigo deverá ser aquele indicado pelo Banco Central do Brasil.
>
> Art. 2º A verificação da autenticidade das cédulas de dinheiro ocorrerão (*sic*) sempre à presença do cliente nos casos de saque direto no caixa.

> Parágrafo único. Os caixas eletrônicos serão supridos com cédulas de dinheiro que tenham tido auferidas (*sic)* suas autenticidades por dois funcionários da respectiva agência bancária.
>
> Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei até noventa dias após a sua publicação.
>
> Art. 4º As agências bancárias instaladas em Santa Catarina adequar-se-ão às normas da presente Lei no prazo de cento e oitenta dias a partir da edição do decreto regulamentador.
>
> Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

2. O autor alega, em síntese, que a lei impugnada viola o art. 192, inciso IV, da Constituição Federal, que estatuía a competência privativa da União para versar temas relativos à organização, ao funcionamento e às atribuições das instituições financeiras (fl. 3).

3. Solicitadas informações, prestou-as a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, sustentando não haver inconstitucionalidade na Lei 12.775, de 2003, porque promulgada pelo então Presidente daquele Poder em data posterior à edição da EC 40, de 19 de maio de 2003, que revogou o parâmetro constitucional em que se funda a ação, ou seja, o inciso IV do art. 192 da Constituição Federal.

4. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, aduzindo, em síntese, que:

> apesar de o parâmetro de controle de constitucionalidade utilizado pelo requerente (inciso IV do art. 192 da Constituição Federal) ter sido revogado pela Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, não ocorreu modificação da competência da União para dispor sobre o Sistema Financeiro Nacional – SFN, abrangendo o funcionamento das instituições financeiras, fiscalização das operações de natureza financeira, emissão e circulação da moeda, bem como seu curso forçado (arts. 21, VII, VIII; 48, II; e 192, *caput,* da CF). (...)
>
> Resta patente a inconstitucionalidade do diploma impugnado, uma vez que não compete ao Estado-membro disciplinar o modo como se procederá à conferência de autenticidade do meio circulante, no âmbito das instituições financeiras públicas e privadas do seu território, haja vista a competência federal para regular e fiscalizar a matéria, sob o encargo do BCB.
>
> (Fls. 69-76.)

5. Também concluiu a Procuradoria-Geral da República pela procedência da ação, em parecer assim ementado:

> Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei estadual n. 12.775, de 2 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o uso de equipamento que ateste a autenticidade de cédulas de dinheiro em agências bancárias. Competência privativa da União para dispor sobre o sistema financeiro nacional SFN, que abrange o funcionamento da instituições financeiras, fiscalização das operações de natureza financeira, emissão e circulação de moedas. Violação aos art. 21, inciso VIII; art. 22, inciso VII e art. 192, *caput*, todos da Constituição Federal. Revogação do

inciso IV, do art. 192, pela Emenda Constitucional n. 40. Procedência do pedido formulado na inicial.
(Fl. 78.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. É procedente a ação.

É que, não obstante a revogação do art. 192, inciso IV, da Constituição da República, pela EC 40/2003, subsiste, nesse ordenamento, segundo já o reconheceu, de certo modo, esta Corte (cf. **ADI 1.357-MC/DF**, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 19-4-1996), a competência exclusiva da União para legislar sobre o sistema financeiro nacional, como se lhe infere à interpretação conjunta das seguintes normas:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar **as operações de natureza financeira**, **especialmente as de crédito**, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;
>
> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> (...)
> VII – **política de crédito**, câmbio, seguros e transferência de valores;
>
> Art. 192. O **sistema financeiro nacional**, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, **será regulado por leis complementares** que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.
> (Grifos nossos.)

2. Ora, a lei catarinense impõe obrigações, não apenas aos estabelecimentos da rede bancária situados em seu território, mas também ao Banco Central do Brasil, onerando-o com o dever de indicar o equipamento de uso obrigatório que ateste a autenticidade das cédulas, cujo assunto é já objeto de normas emanadas do mesmo Banco Central (*Ordem de Serviço 2.820*, de 20 de maio de 1996).

Logo, usurpa competência reservada à União, que, tendo-a, ademais, para emitir moeda por via do Banco Central (arts. 21, VIII, e 164, *caput*, da Constituição da República), há de, por esse mesmo órgão, tê-la também para disciplinar a fiscalização da autenticidade do ativo circulante, até porque se cuida de temática que exige uniformidade normativa em todo o território nacional, como é de intuiva percepção.

3. Nesses termos, **julgo procedente a ação**, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 12.775, de 2 de dezembro de 2003, do Estado de Santa Catarina.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.515/SC — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina (Advogado: PGE/SC – Imar Rocha). Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 12.775, de 2 de dezembro de 2003, do Estado de Santa Catarina. Ausente o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

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, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau.

Brasília, 1º de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.610 — DF

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Procurador-Geral da República — Interessados: Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal

Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei 2.769/2001 do Distrito Federal. Competência Legislativa. Direito do trabalho. Profissão de motoboy. Regulamentação. Inadmissibilidade. Regras sobre direito do trabalho, condições do exercício de profissão e trânsito. Competências exclusivas da União. Ofensa aos arts. 22, incisos I e XVI, e 23, inciso XII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei distrital ou estadual que disponha sobre condições do exercício ou criação de profissão, sobretudo quando esta diga à segurança de trânsito.

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 julgar procedente a ação direta e declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.769, de 18 de setembro de 2001, do Distrito Federal. Ausente o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

Brasília, 1º de agosto de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a Lei Distrital 2.769, de 18 de setembro de 2001, do Distrito Federal, que dispõe sobre "a profissão de motoboy no Distrito Federal", com a seguinte redação:

> Art. 1º Fica criada no âmbito do Distrito Federal a profissão de motoboy.
>
> *Parágrafo único*. A profissão de motoboy deverá atender as seguintes exigências:
>
> Art. 2º O exercício da profissão de motoboy deverá atender as seguintes exigências:
>
> I – credenciamento junto à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Distrito Federal, mediante solicitação da Cooperativa dos Motociclistas Profissionais – COMPDF;
>
> II – veículo motocicleta equipado com motor cujo volume mínimo seja de 100 e o volume máximo de 200 cilindradas;
>
> III – veículo motocicleta dotado de bagageiro solidamente fixado, cujas dimensões estejam de conformidade com o disposto no Código Brasileiro de Trânsito.

Art. 3º a COMPDF poderá fazer convênio com o SEBRAE e com órgãos públicos visando realizar cursos de:

I – primeiros socorros;

II – pilotagem e segurança no trânsito;

III – relações públicas;

IV – manutenção de motos.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

2. Sustenta o autor, em síntese, que o dispositivo mencionado viola o disposto no art. 22, incisos I e XVI, da Constituição Federal, já que "a norma em questão, como se constata, cria a profissão de motoboy, definindo as atividades a ela inerentes e, ainda, regulamentando o seu exercício, no âmbito do Distrito Federal. Trata-se, portanto, de lei que dispõe sobre regras no campo das relações trabalhistas, bem como condições para o exercício de profissão" (fl. 3). Requer, assim, seja julgado procedente o pedido.

3. Determinei a aplicação do rito previsto no art. 6º da Lei federal 9.868, de 10 de novembro de 1999 (fl. 12).

4. A Câmara Legislativa do Distrito Federal prestou informações às fls. 19/25, nas quais aduziu ser a norma impugnada de característica municipal, e, portanto, insuscetível de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF. Em suas palavras, "no exercício da competência administrativa estampada no inciso XII do art. 23 da CF editou norma de interesse local e, portanto, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para apreciar a matéria" (fl. 22).

Por sua vez, o Governador do Distrito Federal informou que "não há, de fato, normas relacionadas a direito do trabalho ou organização do sistema nacional de empregos. Não versa sobre jornada de trabalho, salário, ou organização das cooperativas etc. A preocupação da norma é estabelecer um mínimo de requisitos, concernentes à segurança daqueles que exercem a profissão de motociclista, limitando inclusive o tamanho do veículo e impondo obrigação de realizar cursos de primeiros socorros e segurança no trânsito" (fl. 29).

5. A Advocacia-Geral da União manifestou-se (fls. 31/37) pela procedência do pedido, por entender que a legislação atacada trata de regras de natureza trabalhista, cuja competência legislativa e administrativa pertence à União, conforme estabelecido nos arts. 22, I e XVI, e 21, XXIV, da Constituição da República.

6. A Procuradoria-Geral da República pronunciou-se, também, pela inconstitucionalidade, pois "o legislador distrital, ao implementar regras no âmbito das relações trabalhistas, bem como estabelecer condições para o exercício de determinada profissão, usurpou a competência privativa da União para legislar acerca de tais matérias" (fls. 39/40).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Procedente a ação.

É que o diploma atacado incorre em manifesta inconstitucionalidade formal, por invadir competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, condições para o exercício de profissões, trânsito e transporte, violando o art. 22, incisos I, XI e XVI, da Constituição Federal de 1988.

2. Em julgamento semelhante, assim decidi:

> A vigente Constituição Federal atribui competência privativa à União para legislar sobre trânsito e transporte, matérias que, na ordem jurídica anterior, recebiam, a respeito, tratamento normativo diverso, como já o mostrou a Corte:
>
> "Com a superveniência da nova Constituição da República, a disciplinação normativa pertinente ao trânsito e ao transporte passou a incluir-se na esfera de privativa competência legislativa da União Federal (CF, art.22, XI).
>
> Esse núcleo material (trânsito e transporte) – embora figurasse, no regime constitucional anterior, no rol das competências concorrentes (CF/1969, art. 8º, XVII, *n*, c/c seu parágrafo único) – hoje não mais constitui objeto partilhável, em sede de condomínio legislativo, entre a União Federal e os estados-membros.
>
> Na realidade, essa categoria temática somente revelar-se-á passível de normação estadual, desde que a União Federal, mediante lei complementar, delegue ao estado-membro a prerrogativa de dispor sobre questões específicas a ela pertencentes, 'vedada a delegação genérica de toda uma matéria' (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, "*Comentários à Constituição Brasileira de 1988",* v. 1/84, 1990, Saraiva).
>
> Esse mesmo entendimento é também perfilhado por *Pinto Ferreira* ("*Comentários à Constituição Brasileira*", v. 2/53, 1990, Saraiva), que, depois de proceder à distinção processual entre tráfego (atividade de transporte de pessoas e/ou de bens) e trânsito (conjunto de regras de utilização de veículos e de comportamento do condutor nas vias terrestres), adverte – considerada a normatividade emergente da nova Carta política – "que a competência para legislar sobre trânsito e transporte em geral é da União, admitindo-se, porém, a legislação do estado, quando prevista em lei complementar (CF de 1988, art. 22, parágrafo único)".
>
> Vê-se, portanto, que reside, no art. 22 da Carta Política, um núcleo material em que se concentra a discriminação constitucional de atribuições privativas da União Federal, tornadas inacessíveis, em virtude de cláusula de bloqueio, às demais pessoas estatais, reservada, unicamente, a hipótese de autorização excepcional para o Estado-membro legislar sobre pontos específicos concernentes às matérias reservadas, desde que formalizada essa delegação normativa em sede de lei complementar nacional (CF, art. 22, parágrafo único)". (**ADI 1.479**, Rel. Min. *Celso de Mello*, *DJ* de 2-8-1996.)

Esta Corte, aliás, já reconheceu inconstitucionalidades, ou, sob sua aparência, concedeu medidas liminares, perante situações análogas, em que leis expedidas por sujeito diverso da União dispunham sobre regras de uso de veículos, comportamento de condutores nas vias terrestres e outras matérias relativas a trânsito, em especial sobre *equipamentos de veículos*, como se vê aos seguintes precedentes:

ADI 1.704, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 20-9-2002 (aplicação de película de filme solar nos vidros de veículos); **ADI 1.592**, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 9-5-2003 (instalação de barreira eletrônica destinada ao controle de velocidade); **ADI 1.972-MC**, Rel. Min. **Ilmar Galvão,** j. 16-6-1999, **ADI 1.973-MC**, Rel. Min. **Néri Da Silveira**, j. 16-6-1999, **ADI 3.049-MC**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 12-3-2004 (inspeção técnica de veículos); e, mais recentemente, **ADI 3.323**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, D*J* de 23-9-2005 (vistoria prévia anual).

Idêntica sorte tiveram assuntos relativos a direitos trabalhistas, reservados, pelo art. 22, inc. I, da Constituição da República, à União, como se pode conferir à ementa da **ADI 953** (Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 2-5-2003):

> "*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 417, de 2-3-1993, do Distrito Federal. Arts. 21, XXIV e 22, I da CF. Competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Competência da União para implementar ações fiscalizatórias no âmbito das relações de trabalho.* É pacífico o entendimento deste Supremo Tribunal quanto à inconstitucionalidade de normas locais que tenham como objeto matérias de competência legislativa privativa da União. A norma sob exame, ao criar regras e prever sanções administrativas para se coibir atos discriminatórios contra a mulher nas relações de trabalho, dispôs sobre matéria de competência legislativa outorgada à União."

De mesmo teor substancial, as decisões proferidas no âmbito dos casos seguintes: **ADI 3.069**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 16-12-2005 (fiscalização de relações de trabalho); **RE 255.827**, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 2-12-2005 (consequências, em relações trabalhistas, da decretação de feriado civil); **ADI 1.893**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 4-6-2004 (condições de trabalho, insalubridade e periculosidade); **ADI-MC 2.487**, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 1-8-2003 (segurança e higiene do trabalho).

A este juízo prévio e sumário aparece, pois, consistente a alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados da Lei distrital 3.680/2005, por usurpação das competências privativas da União, previstas no art. 22, incs. I e XI, da Constituição da República, assim porque não há leis complementares que autorizem o Distrito Federal a legislar sobre trânsito, nem sobre relações do trabalho, como porque tais matérias foram objeto de tratamento específico do Código de Trânsito Brasileiro e da Consolidação das Leis do Trabalho, editados no exercício daquelas competências privativas.

E está claro, aqui, que não convém à segurança jurídica, nem à ordem pública a subsistência de normas distritais expedidas em aparente contradição com disposições expressas da Constituição da República.

(**ADI 3.671-MC**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJE* de 17-9-2008. In: *RTJ* 207/1072. Grifos no original.)

São os fundamentos que convêm a estoutra causa.

3. No que tange à violação do art. 22, I e XVI, da Constituição Federal, que define competente a União para legislar sobre direito do trabalho e condições para o exercício de profissões, é manifesta a ofensa.

É que, como se extrai do teor da Lei distrital 2.769, de 18 de setembro de 2001, há criação de nova categoria profissional, definição de suas tarefas e, ainda, estabelecimento de requisitos necessários ao seu exercício:

Art. 1º **Fica criada no âmbito do Distrito Federal a profissão de motoboy.**

Parágrafo único. **A profissão de motoboy consiste na busca e entrega de encomendas, mediante a utilização do veículo motocicleta**.

Art. 2º **O exercício da profissão de motoboy deverá atender as seguintes exigências**:

I – credenciamento junto à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Distrito Federal, mediante solicitação da Cooperativa dos Motociclistas Profissionais – COMPDF;

Assim, eivada a norma de vício formal, por usurpação de competências exclusivas da União, como aponta a manifestação da Advocacia-Geral da União, às fls. 31/37:

> O conjunto normativo impugnado veicula, claramente, regras de natureza trabalhista. Ao longo de seus artigos, de fato, a Lei 2.769/2001 do Distrito Federal, no que regulamentou a profissão de motoboy, cuidou de direito individual do trabalho.
>
> (...)
>
> O art. 2º, por sua vez, estabelece condições para o exercício da profissão, invadindo a competência privativa da União prevista no art. 22, XVI, da Carta da República. (...)
>
> (...)
>
> A Lei Distrital objeto de censura, como se vê, conceitua e disciplina minuciosamente a atividade de uma categoria específica de trabalhador, ocupando-se, assim, de matéria cuja competência legislativa é da União.
>
> Idêntica sorte, aliás, tiveram assuntos relativos a direito do trabalho e condições para o exercício de profissão, como se pôde conferir no precedente citado e, ainda, como se pode verificar em julgado recente desta Corte:
>
> > "*Ementa*: 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei Distrital 3.136/2003, que 'disciplina a atividade de transporte de bagagens nos terminais rodoviários do Distrito Federal'. 3. Alegação de usurpação de competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (CF, art. 22, I) e/ou sobre 'condições para o exercício de profissões' (CF, art. 22, XVI). 4. Com relação à alegação de violação ao art. 22, I, da CF, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o caso de declarar a inconstitucionalidade formal da Lei Distrital 3.136/2003, em razão da incompetência legislativa das unidades da federação para legislar sobre direito do trabalho. Precedentes citados: ADI 601/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, unânime, *DJ* 20-9-2002; ADI 953/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, *DJ* 2-5-2003; ADI 2.487-MC/SC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, unânime, *DJ* 1-8-2003; ADI 3.069/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, *DJ* 16-12-2005. 5. Quanto à violação ao art. 22, XVI, da CF, na linha dos precedentes do STF, verifica-se a inconstitucionalidade formal dos arts. 2º e 8º do diploma impugnado por versarem sobre condições para o exercício da profissão. Precedente citado: ADI 2.752-MC/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, maioria, *DJ* 23-4-2004. 6. Ainda que superado o reconhecimento de ambas as inconstitucionalidades formais indicadas, com relação ao art. 1º da Lei Distrital, verifica-se violação ao art. 8º, VI, da CF, por afrontar a 'liberdade de associação sindical', uma vez que a norma objeto desta impugnação sujeita o exercício da profissão de carregador e transportador de bagagens à prévia

> filiação ao sindicato da categoria. 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da legislação impugnada."
> (**ADI 3.587**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJE* de 22-2-2008).

4. Há também, a meu juízo, violação do art. 22, inciso XI, da Constituição da República, que dispõe ser competente a União para legislar sobre trânsito e transporte, considerados os precedentes desta Corte. É que o Tribunal reconhece de forma sistemática a inconstitucionalidade de leis expedidas por sujeito diverso da União que disponham sobre regras de uso de veículos, comportamento de condutores nas vias terrestres e outras matérias relativas a trânsito, em especial sobre *equipamentos de veículos.*

Ora, não me parece outro o caso, como facilmente se depreende do art 2º da lei atacada:

> Art. 2º O exercício da profissão de motoboy **deverá atender as seguintes exigências**:
> I – credenciamento junto à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Distrito Federal, mediante solicitação da Cooperativa dos Motociclistas Profissionais – COMPDF;
> II – veículo motocicleta equipado com motor cujo volume mínimo seja de 100 e o volume máximo de 200 cilindradas;
> **III – veículo motocicleta dotado de bagageiro solidamente fixado, cujas dimensões estejam de conformidade com o disposto no Código Brasileiro de Trânsito.**
> (Grifos nossos.)

Evidente aí a matéria relativa a trânsito, evidente o tratamento destinado a equipamentos de veículos, de modo que a inconstitucionalidade por estoutro vício formal é não menos evidente. (No mesmo sentido, além dos precedentes já citados, cf. **ADI 3.679**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, j. 18-6-2007 – serviço de moto táxi; **ADI 2.606**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, j. 21-11-2002 – serviço de moto táxi; **ADI 3.135**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, j. 1º-8-2006; ADI 3.136, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, j. 1º-8-2006).

5. Não colhe o argumento de que a lei distrital configure norma de interesse meramente local, baixada no exercício da competência administrativa prevista no inciso XII, art. 23, da Constituição.

De um lado, é clara a situação de incompetência legislativa por violação do art. 22 da Constituição Federal; de outro, não preenchido o âmbito normativo da norma citada, que aponta ser competência comum "estabelecer e implantar política de educação para segurança do trânsito".

6. Do exposto, **julgo procedente** a presente ação direta, declarando, *ex tunc*, a inconstitucionalidade da Lei Distrital 2.769, de 18 de setembro de 2001, do Distrito Federal.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.610/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação direta e declarou a inconstitucionalidade da Lei 2.769, de 18 de setembro de 2001, do Distrito Federal. Ausente o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

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, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau.

Brasília, 1º de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.664 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Governador do Estado do Paraná — Interessado: Governador do Estado do Rio de Janeiro

1. Inconstitucionalidade. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Decreto 27.427/2000 do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do Confaz, nos termos da LC 24/1975. Expressão da chamada "guerra fiscal". Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inciso XII, letra *g*, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do Confaz.

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 julgar procedente a ação direta. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 1º de junho de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. O Governador do Estado do Paraná propõe ação direta de inconstitucionalidade contra a edição, pelo Estado do Rio de Janeiro, do Decreto 28.104, de 10-4-2001, por força do qual o Decreto 27.427, de 17-11-2000, passou a ter a seguinte redação:

Título VI – Das atividades industriais de refino de sal para alimentação e de produção de carbonato de sódio

> Art. 36. O contribuinte do ICMS que exerça exclusivamente atividade industrial de refino de sal para alimentação, classificada no subgrupamento denominado "refino de sal para alimentação", Código 4.24.12.05-8, do Catálogo de Atividades Econômicas, deve calcular o valor do ICMS devido a cada mês pela aplicação direta do percentual de 2% (dois por cento) sobre a receita bruta auferida no período, acrescida dos valores referentes às operações de transferência, excluídos os valores referentes às operações sujeitas ao regime de substituição tributária.
>
> Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações por conta alheia, não incluído o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos (...).
>
> (...)
>
> Art. 40. Os documentos fiscais referentes às operações realizadas pelos contribuintes a que se refere este Título serão emitidos segundo as regras comuns de tributação, inclusive no que se refere ao destaque do imposto, que poderá ser creditado pelo destinatário, na forma da legislação.

Alega, na inicial, que a referida alteração, promovida no Regulamento do ICMS do Estado do Rio de Janeiro (Decreto 27.427/2000), reduziu para 2% (dois por cento) o imposto devido por quem exerce atividade industrial de refino de sal para alimentação, determinando a aplicação do percentual diretamente sobre a receita bruta mensal auferida, mas preservando as regras comuns de documentação e destaque do imposto. Como consequência, os Estados destinatários da mercadoria, dentre os quais o Paraná, são obrigados a reconhecer créditos de ICMS que não foram integralmente recolhidos na origem.

Teria havido, com isso, concessão de crédito presumido pelo Estado fluminense aos contribuintes que se dedicam, em caráter exclusivo, à atividade de refino de sal para alimentação, sem a necessária autorização dada por convênio firmado sob a égide do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). O estabelecimento do benefício fiscal sem apoio em convênio ofenderia os arts. 146, inciso III, alínea *a*; 150, § 6º; e 155, § 2º, inciso XII, alínea *g*, da Constituição da República, que estabelecem:

> **Art. 146**. Cabe à lei complementar:
>
> (...)
>
> III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
>
> a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

> **Art. 150**. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> (...)
>
> § 6º 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, XII, *g*.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)
II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
(...)
§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
(...)
XII – cabe à lei complementar:
(...)
g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Aduz o autor que o Estado do Rio de Janeiro teria, por meio das alterações promovidas em seu Regulamento do ICMS, concedido benefício fiscal sem prévia autorização do Confaz, violado "o pacto federativo, fomentando a Guerra Fiscal entre os Estados", desrespeitado os princípios republicano, federativo, da igualdade de tributação e da não discriminação e, ainda, afrontado diversos dispositivos constitucionais (arts. 146, III, *a*; 150, § 6º; e 155, § 2º, XII, *g*). Acrescenta ter ocorrido ofensa à vedação do art. 19, III, da Constituição da República, que proíbe aos entes federativos criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, e ao princípio da livre concorrência, resguardado pelo art. 170, IV, em função do favorecimento dos estabelecimentos fluminenses instituído pelo decreto cuja inconstitucionalidade se pleiteia.

Após citar jurisprudência da Corte, requer concessão de medida liminar, em vista das inconstitucionalidades apontadas e do perigo na demora, caracterizado tanto pela imposição do reconhecimento de créditos tributários indevidos, quanto pela queda na arrecadação local, resultante da diminuição da produção e comercialização por estabelecimentos paranaenses. Anexas informações, prestadas pela Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná, nas quais, mediante comparações temporais e entre contribuintes específicos sediados nos dois Estados, se relatam graves prejuízos, imputáveis, segundo o autor, à alteração promovida pelo Estado do Rio de Janeiro no regulamento de ICMS. Requer, a final, declaração de inconstitucionalidade da lei contrastada.

2. Determinei a aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei federal 9.868, de 10 de novembro de 1999 (fl. 125).

3. A Governadora do Estado do Rio de Janeiro, nas informações (fls. 129-142), pugna pela inépcia da inicial, que não teria indicado o dispositivo do ato normativo impugnado; ou pela inadmissibilidade da ação, porque proposta contra decreto regulamentar; ou ainda, no mérito, por sua improcedência, pois, "resumindo: a) o autor diz que determinada disposição de superveniente decreto alterou a de decreto anterior. Não houve esta alteração. Pedido improcedente; (b) o autor diz que determinada disposição de superveniente decreto reduziu a

carga tributária prevista em decreto anterior. Não houve essa redução – até pelo contrário. Pedido improcedente; (c) o autor diz que determinada disposição de decreto fluminense prejudica os interesses do Estado que governa, porque enseja o creditamento, lá, à alíquota interestadual de 12%, de um ICMS incidente, no Rio de Janeiro, a 2%. Mas não pediu a declaração de inconstitucionalidade dessa disposição. A declaração não pode ser proferida".

4. A Advocacia-Geral da União posicionou-se, às fls. 145-165, "pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela **procedência** do pedido, para que se declarem inconstitucionais os arts. 36, *caput* e parágrafo único, e 40 do Decreto 28.104, de 2001, da Governadora do Estado do Rio de Janeiro" (fl. 164).

5. A Procuradoria-Geral da República opinou pela extinção da ação sem julgamento de mérito, porque não teria o autor promovido "a juntada do ato normativo impugnado." (fl. 171).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. O caso é de nítida procedência da ação.

Ao pretender instituir benefício fiscal sem que houvesse anterior previsão por meio de Convênio celebrado no âmbito do Confaz, o decreto estadual contrariou o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea *g*, da Constituição.

Não convence o argumento, proposto pelo Estado do Rio de Janeiro (fl. 137), segundo o qual ato administrativo não pode ter a constitucionalidade avaliada em controle concentrado, porque "dispositivos de decretos regulamentares não podem ser desafiados em ação direta de inconstitucionalidade, conforme pacífica jurisprudência dessa egrégia Corte."

O decreto impugnado guarda indiscutível natureza jurídica de *decreto autônomo*, visto que não regulamenta nenhum ato normativo. Apresenta, como bem ressaltado pela AGU, "autonomia, generalidade abstrata e impessoalidade." (fl. 152). Assim, comporta impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, conforme jurisprudência assentada da Corte:

> (...) [o decreto] introduziu uma inovação unilateral. O *Supremo*, nesta hipótese, admite ADIN contra Decreto. Há precedentes quando o *decreto* não for meramente regulamentador, ou seja, quando introduzir inovações normativas. São os chamados "decretos autônomos" (ADI 2.439/MS, Pleno, Rel. *Ilmar Galvão*, *DJU*, 21-3-2002, ADI 2.155-MC/PR, Pleno, Rel. *Sydney Sanches*)."
> (ADI 3.673-MC, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*, *DJ* de 3-3-2006.)

O decreto em análise, que cria incentivos fiscais sem cumprir exigência expressa da Constituição (celebração de convênio Confaz), é flagrantemente inconstitucional.

2. Os preceitos cuja inconstitucionalidade se pretende ver declarada, art. 36, *caput* e parágrafo único, e, por arrastamento, o art. 40, todos do Decreto 27.427/2000 (na redação determinada pelo Decreto 28.104/2001) do Estado do Rio de Janeiro, afrontam a Constituição da República, que, especificamente no art. 155, § 2º, XII, *g*, dispõe sobre a exigência de deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal, tanto para veiculação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, quanto para sua revogação.

Entrou o decreto invectivado a exigir ICMS, à alíquota de 2%, calculados diretamente sobre a receita bruta do estabelecimento dedicado exclusivamente à produção de sal para alimentação humana. Essa determinação, aliada à manutenção e aproveitamento integral do crédito, configura indevido favorecimento aos contribuintes fluminenses, em detrimento dos demais contribuintes brasileiros, e, mais ainda, em relação aos outros Estados-membros, que se veem obrigados a reconhecer créditos correspondentes à integralidade das operações (12%, no caso de destinatários paranaenses), ainda que a incidência real no Rio de Janeiro se dê a uma alíquota de apenas 2%.

3. A alíquota reduzida e o crédito presumido conferidos pelo Estado do Rio de Janeiro por meio do decreto não têm respaldo em Convênio do Confaz e insultam o disposto nos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inciso XII, *g*, todos da Constituição da República, donde lhes vem a patente inconstitucionalidade. É o que, aliás, tem decidido o Plenário, por votação unânime, em casos semelhantes:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Tributário. ICMS. Benefício fiscal. Redução da carga tributária condicionada à origem da industrialização da mercadoria. Saídas internas com café torrado ou moído. Decreto de 35.528/2004 do Estado do Rio de Janeiro. Violação do art. 152 da Constituição*. O Decreto 35.528/2004 do Estado do Rio de Janeiro, ao estabelecer um regime diferenciado de tributação para as operações das quais resultem a saída interna de café torrado ou moído, em função da procedência ou do destino de tal operação, viola o art. 152 da Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.
> (**ADI 3.389**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 3-3-2006.)
>
> *Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º da Lei estadual 10.324, de 22-12-1994 do Estado do Rio Grande do Sul. ICMS. Isenção. Serviço de transporte intermunicipal de passageiros efetuado mediante concessão ou permissão do Estado do Rio Grande do Sul. Alegada ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g da CF.* 1. A concessão unilateral, por Estado-membro ou pelo Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/1975, afronta o art. 155, § 2º, XII, *g,* da Constituição Federal. Precedentes. 2. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente.
> (**ADI 1.308/RS**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 4-6-2004.)
>
> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 6.004, de 14 de abril de 1998, do Estado de Alagoas. Concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS para o setor sucroalcooleiro. Alegada violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal*. Ato normativo que, instituindo benefícios de ICMS sem a prévia e necessária edição de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, como expressamente revelado

pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), contraria o disposto no mencionado dispositivo constitucional. Ação julgada procedente.
(**ADI 2.458/AL**, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 16-5-2003.)

No mesmo sentido: **ADI 2.548/PR**, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, *DJ* de 15-6-2007; **ADI 2.439/MS**, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, *DJ* de 21-2-2003; **ADI 1.179/SP**, Rel. Min. *Carlos Velloso*, *DJ* de 19-12-2002**; ADI 260/SC**, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, *DJ* de 20-9-2002; **ADI 286/RO**, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, *DJ* de 30-8-2002; ADI 2.352, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 9-3-2001; **ADI 1.587/DF**, Rel. Min. *Octavio Gallotti*, *DJ* de 7-12-2000; **ADI 1.522-MC/RJ**, Rel. Min. *Sydney Sanches*, *DJ* de 27-6-1997; **ADI 1.247-MC/PA**, Rel. Min. *Celso de Mello*, *DJ* de 8-9-1995; dentre outras.

4. Como bem observado pela Advocacia Geral da União, não prospera a escusa de que "o percentual de 2% incidente sobre a receita bruta para aferição do tributo é legítimo porque não corresponde a um benefício fiscal, referindo-se, apenas, a um regime especial do ICMS, denominado 'por estimativa'". É que, na prática, o Estado do Rio de Janeiro cobra ICMS de 2%, mas autoriza, em operações interestaduais, sejam creditados 12%, que serão suportados por outro estado-membro. Em outras palavras, aplica o instituto do crédito presumido que, conforme expressamente disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 14, § 1º), configura verdadeira renúncia de receita, com evidente caráter de incentivo ou benefício tributário.

Ora, na medida em que o Estado do Rio de Janeiro concede favor fiscal à sua indústria – independentemente de qual seja a natureza da saída –, provoca desequilíbrio concorrencial, favorecendo os produtores fluminenses, cuja mercadoria passa a competir, em vantajosas condições artificialmente criadas, com aquela proveniente de outras unidades da federação, sem se amparar em prévio convênio celebrado entre os Estados da Federação e o DF no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), incidindo naquilo que se denominou "guerra fiscal", fenômeno já amplamente repelido por esta Suprema Corte.

5. Ante o exposto, **julgo procedente** a ação direta, para declarar inconstitucionais o art. 36, *caput* e parágrafo único, e o art. 40, ambos do Decreto estadual fluminense 28.104, de 10-4-2001, que alterou o Decreto 27.427 de 17-11-2000 (Regulamento do ICMS estadual) por ofensa às disposições dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição da República.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, eu gostaria de fazer uma observação a propósito desse julgamento em série, da necessidade talvez de que nós encontremos algum modelo institucional de tratar esse tema, que é extremamente relevante para o modelo federativo. São tantas as práticas *contra legem* ou *contra constitutionem* que, na verdade, isso se tornou quase que um costume, uma prática corriqueira.

Parece-me fundamental que nós possamos dar um tratamento específico a esse tipo de matéria; nós temos até casos de concessão do benefício e, em seguida, de sua revogação. Talvez nós precisássemos de uma gestão processual inteligente, em matéria de ação direta de inconstitucionalidade – no contexto da chamada guerra fiscal –, que permitisse sinalizar, realmente, um novo posicionamento do Tribunal em relação a esse tema. Porque é óbvio que, como se sabe, a questão é muito mais complexa e demanda, talvez, a condução política disso. Nós sabemos que há vários impasses que envolvem a própria reforma tributária. Nós sabemos que muitos Estados adotam o modelo do benefício *contra legem* porque outros Estados o fazem, quer dizer, acaba ocorrendo esse tipo de medida que chamam de legítima defesa. Mas, é preciso, talvez, que o Tribunal sinalize um novo posicionamento – seja, já, na concessão das liminares, seja na dinâmica das ações – para estimular o ambiente político –, e seja ele no âmbito estadual, seja ele no âmbito federal, porque a questão, talvez, passe por uma reforma tributária – para rever essa estranha teoria dos jogos que tem, de alguma forma, legitimado essa prática.

Então, era essa a sugestão que eu gostaria de deixar para a meditação de Vossas Excelências e de todos os colegas.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Eu confesso a Vossas Excelências que a minha preocupação foi, realmente, trazer todos os casos a julgamento, aliás, os meus votos estão prontos há mais de três anos. Eu só não trouxe antes os meus, exatamente para não agravar o desequilíbrio, porque, na medida em que se julgam algumas ações e outras não, alguns Estados acabam sendo prejudicados nessa tentativa de equilíbrio mediante ações ilegais.

Por isso, a necessidade de julgarmos todas no mesmo dia e liquidarmos todos os benefícios e favores fiscais concedidos ao arrepio da Constituição, com o que desfaríamos, enfim, todo esse ambiente e assinalaríamos que o Tribunal não vai tolerar que nenhum Estado lance mão desses expedientes ilegítimos para favorecer as suas finanças em detrimento de outros Estados.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu também me alio à preocupação do Ministro Gilmar. Há poucos dias ou há algumas semanas, o Everardo Maciel escreveu um belíssimo artigo exatamente sobre essas ações, dizendo das consequências disso para o ambiente de uma Federação que acaba se comprometendo o tempo todo, cada vez mais, pelo descumprimento da Constituição, sem ter uma solução prática; e a necessidade de esse julgamento ser feito – conforme disse o Ministro Gilmar – com, talvez, o pensamento sobre uma nova forma de se saber como dar um encaminhamento a essas ações, porque só julgar, anos depois, realmente não temos outros instrumentos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Pois é. Acho que, diante dos julgamentos de hoje, quando vamos ultrapassar mais de uma dezena de causas julgadas, há ainda outras residuais aí que permanecem nas mãos dos

Ministros, talvez fosse o caso de todos os Ministros, em casos semelhantes, concederem logo liminar para que a situação ilegal não se perpetue.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Teria um efeito adicional profilático.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Exatamente. Ainda temos mais três casos do Ministro Dias Toffoli e mais um caso do Ministro Ricardo Lewandowski. Vamos aos casos do Ministro Dias Toffoli.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.664/RJ — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governador do Estado do Paraná (Advogado: Procurador-Geral do Estado do Paraná). Interessado: Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação direta. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

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

Brasília, 1º de junho de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.033 — DF

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional — Interessados: Federação do Comércio do Estado de São Paulo – FECOMÉRCIO/SP, Federação do Comércio do Distrito Federal – FECOMÉRCIO/DF, Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado da Bahia – FECOMÉRCIO/BA, Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro – FECOMÉRCIO/RJ, Federação do Comércio, Bens e Serviços do Estado de Mato Grosso – FECOMÉRCIO/MT, Federação do Comércio do Estado de Pernambuco – FECOMÉRCIO/PE, Federação do Comércio do Estado de Santa Catarina, Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Roraima – FECOMÉRCIO/RR, Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Rondônia – FECOMÉRCIO/RO e Federação do Comércio do Estado de Goiás – FECOMÉRCIO/GO

Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Tributário. Contribuição sindical patronal. Isenção concedida às microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional ("Supersimples"). Lei Complementar 123/2006, art. 13, § 3º.

Alegada violação dos arts. 3º, III; 5º, *caput*; 8º, IV; 146, III, *d*; e 150, § 6º, da Constituição.

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 13, § 3º, da LC 123/2006, que isentou as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional ("Supersimples").

2. Rejeitada a alegação de violação da reserva de lei específica para dispor sobre isenção (art. 150, § 6º, da Constituição), uma vez que há pertinência temática entre o benefício fiscal e a instituição de regime diferenciado de tributação. Ademais, ficou comprovado que o Congresso Nacional não ignorou a existência da norma de isenção durante o processo legislativo.

3. A isenção concedida não viola o art. 146, III, *d,* da Constituição, pois a lista de tributos prevista no texto legal que define o campo de reserva da lei complementar é exemplificativa e não taxativa. Leitura do art. 146, III, *d,* juntamente com o art. 170, IX , da Constituição.

3.1 O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à

concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte.

4. Risco à autonomia sindical afastado, na medida em que o benefício em exame poderá tanto elevar o número de empresas a patamar superior ao da faixa de isenção quanto fomentar a atividade econômica e o consumo para as empresas de médio ou de grande porte, ao incentivar a regularização de empreendimentos.

5. Não há violação da isonomia ou da igualdade, uma vez que não ficou demonstrada a inexistência de diferenciação relevante entre os sindicatos patronais e os sindicatos de representação de trabalhadores, no que se refere ao potencial das fontes de custeio.

6. 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 Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente.

Brasília, 15 de setembro de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade (arts. 102, I, *a* e 103, IX da Constituição) ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) contra o art. 13, § 3º, da LC 123/2006.

O texto impugnado tem o seguinte teor:

> Art. 13. (...).
> (...)
> § 3º As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo.

Após argumentar sobre sua legitimidade ativa para propor o controle de constitucionalidade concentrado e a existência de pertinência temática entre seus objetivos sociais e a norma impugnada, narra a requerente que a União isentou as microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo regime de apuração

tributária conhecido como "Simples Nacional", do pagamento das contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

A requerente aponta que a contribuição sindical prevista no art. 578 da Consolidação das Leis do Trabalho foi recebida pela Constituição de 1988, encontrando amparo no art. 8º, IV, da Carta Magna. Segundo entende, a isenção concedida viola a reserva de lei específica para concessão de benefícios fiscais (art. 150, § 6º) da Constituição, na medida em que a LC 123 não versa exclusivamente sobre a isenção. Em sentido contrário, a lei complementar em exame dispõe sobre diversos assuntos relacionados às empresas de pequeno porte e às microempresas. A seguinte passagem das razões apresentadas pela requerente bem sintetiza o cerne de sua irresignação:

> Cumpre ainda esclarecer que a Lei Complementar 123/2006 não tem o condão de isentar as microempresas e empresas de pequeno porte de um tributo específico, tanto que só trata de isenção no § 3º de seu art. 13. Ou seja, considerando-se que a mencionada Lei abriga 89 artigos e que, excluída a exceção apontada, os demais artigos e parágrafos não cuidam de isenção, a mencionada Lei não pode ser considerada específica e, muito menos exclusiva, como exige a norma constitucional no § 6º de seu art. 150.
> (Fl. 7.)

Sustenta-se, também, violação da reserva de lei complementar para dispor sobre o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, *d*, da Constituição), na medida em que tais normas somente poderiam versar sobre os tributos previstos nos arts. 155, II (ICMS), 195, I (contribuição social destinada ao custeio da seguridade social e calculada com base no faturamento ou na receita), § 12 e § 13 (não cumulatividade da contribuição social) e 239 (Contribuição ao PIS) da Constituição. A norma em exame extrapola a autorização constitucional, pois isenta as pessoas jurídicas já mencionadas do pagamento de tributo previsto nos arts. 8º, IV, e 149 da Constituição.

A requerente afirma, ainda, que a isenção concedida viola o art. 8º, I e IV, da Constituição, bem como traz grave risco à manutenção do sindicalismo patronal. Entende que a retirada de uma das fontes de custeio das entidades de representação patronal afeta a garantia de autogestão das organizações associativas e sindicais, tornando-as mais susceptíveis de sofrer interferência estatal. A intensidade da lesão pode ser aferida ante a constatação de que as empresas beneficiadas pela LC 123 representam a "quase totalidade das empresas do comércio e serviços no país" (fl. 12). Dado que 97,6% das empresas comerciais são caracterizadas como microempresas ou empresas de pequeno porte, e que as demais contribuições não obrigatórias são de difícil arrecadação e insuficientes para manter as entidades de representação, pondera a requerente que o benefício fiscal concedido irá inviabilizar o modelo adotado pela Constituição para assegurar a representatividade patronal no Sistema do Trabalho.

Argumenta, por fim, que a isenção concedida também viola, indiretamente, a isonomia e a igualdade, pois coloca em posições antípodas, de um lado, as entidades patronais e, do outro, as entidades que representam os empregados.

As informações foram prestadas pela Presidência da República (fls. 299-381) e pelo Congresso Nacional (fls. 384-395). O Advogado-Geral da União apresentou defesa (fls. 397-412).

O Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva Souza, opina pela improcedência do pedido (fls. 414-423).

É o relatório.

Distribuam-se, oportunamente, cópias às Senhoras e Senhores Ministros da Corte.

RELATÓRIO
(Adendo)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Após ter liberado a ação direta para julgamento, em 28-4-2008, diversas entidades solicitaram ingresso nos autos na qualidade de *amici curiae*. Deferi os pedidos das Federações do Comércio de São Paulo, Distrito Federal, Bahia, Rio de Janeiro, Mato Grosso, Pernambuco, Santa Catarina, Roraima, Rondônia e de Goiás.

Indeferi os pedidos feitos pelas Federações do Comércio do Paraná, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul tendo em vista a presença nos autos de dez federações do comércio, de modo a firmar a representação dos interesses de tais entidades, além da circunstância de o processo, no momento em que apresentadas as petições, já ter previsão de julgamento.

Também indeferi a manifestação da Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, pois as razões apresentadas pela postulante eram idênticas às ponderações oferecidas pela Federação do Comércio do Distrito Federal (Fecomércio/DF) (petição 80.889/2008). Ausentes traços distintivos que confirmem a pluralização do debate, com a apresentação de informações relevantes e **inéditas**, não se confirma o pressuposto necessário à admissão de *amicus curiae*.

Registro, também, que indeferi requerimento para emenda dos pedidos cautelar e definitivo da ADI 4.033, por considerá-los desnecessários e ociosos. Assim fundamentei a decisão:

> Trata-se de requerimento formulado pela requerente para emenda dos pedidos cautelar e definitivo da ADI 4.033.
>
> Em relação ao pedido definitivo, requer-se que a Corte leia o respectivo texto da seguinte forma:
>
> > "Assim, ante o exposto, requer a autora, respeitosamente, seja a sua pretensão julgada procedente, de forma a declarar definitivamente a inconstitucionalidade do § 3º do art. 13 da Lei Complementar 123/2006, de 14 de dezembro de 2006, *sem redução de texto*, para deixar fora do alcance da

expressão "das demais contribuições instituídas pela União", a *contribuição sindical patronal*, por flagrante afronta aos arts., "[sic] 5º *caput*, 8º, I e IV, 146, III, *d*, 150, § 6º, e 150, II, todos da Constituição Federal".

Para melhor compreensão, transcrevo o pedido originalmente formulado:

"Assim, ante o exposto, requer a autora, respeitosamente, seja a sua pretensão julgada procedente, com a suspensão cautelar da eficácia do § 3º do art. 13 da Lei Complementar n.123/2006, de 14 de dezembro de 2006, e a declaração definitiva de sua inconstitucionalidade, por flagrante ofensa aos arts. 150, § 6º, 146, III, *d*, 8º, I e IV, 5º, *caput* e 150, II, todos da Constituição Federal." (fl. 22).

Como se lê, a requerente espera que a Corte exclua da interpretação do texto do art. 13, § 3º, da LC 123/2006 a contribuição sindical patronal, de modo a afastar qualquer interpretação que conduza à isenção de seu pagamento no âmbito do sistema unificado de pagamento de tributos denominado de Simples ("Super Simples").

Contudo, em que pese o zelo da requerente, considero desnecessária a pretendida emenda da inicial.

Da leitura das razões apresentadas pela recorrente é inequívoco que sua pretensão, desde o início, se refere apenas à impossibilidade de a União isentar as microempresas e empresas de pequeno porte do pagamento da contribuição sindical patronal. Nada há na argumentação da requerente que induza a Corte a concluir que a declaração de inconstitucionalidade pretendida se refira à totalidade das contribuições de competência da União. Tais balizas conduzem naturalmente à leitura do pedido como requerido pela requerente em sua petição de aditamento.

Para reforçar a constatação, transcrevo o pedido de medida cautelar feito por ocasião do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade:

"Diante de todo o exposto, a autora requer a Vossas Excelências, em especial ao eminente Ministro Relator, que conceda liminar no sentido de ser decretada, *initio litis*, a inconstitucionalidade, *sem redução de texto*, do § 3º do art. 13 da Lei Complementar n. 123/2006 de 14 de dezembro de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 15 de dezembro de 2006, deixando, portanto, fora de seu alcance a isenção da contribuição sindical patronal, até o julgamento de mérito da ação." (fl. 22).

Tanto a defesa apresentada pela Advocacia-Geral da União (fls. 397-412) como a manifestação do Procurador-Geral da República (fls. 414-423) tomam por premissa que se discute, efetivamente, a isenção relativa à contribuição sindical patronal.

Ante o exposto, **indefiro o requerimento para emenda da petição inicial**.

Esses são os adendos necessários ao relatório, em razão dos fatos que se sucederam após o pedido de dia para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Examino, inicialmente, a alegada violação do art. 150, § 6º da Constituição, que é assim redigido:

> § 6º 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, XII, *g*. (Redação dada pela Emenda Constitucional 3, de 1993.)

A norma em exame tem papel muito bem definido no Sistema Constitucional Tributário. Seu objetivo é impedir que a apreciação legislativa de matéria de grande importância às finanças públicas – exoneração tributária – reste prejudicada ou ofuscada pelo artifício de sua inclusão em projeto de lei que verse, preponderantemente, sobre outras matérias de menor importância ou mesmo triviais. O mecanismo protege o exercício da Função Legislativa, ao evitar que a concessão do benefício fiscal ou da isenção fique camuflado e passe desapercebido durante a apreciação dos órgãos legislativos.

Não é o que ocorre com a isenção sob escrutínio da Corte. Em primeiro lugar, registro que há pertinência entre a isenção e o tema geral que foi objeto da LC 123/2006. O art. 1º da referida lei é inequívoco ao introduzir o escopo da normatização, textualmente:

> Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:
>
> I – à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

A contribuição sindical é tributo cuja instituição está na esfera de competência da União (arts. 8º, IV, 149 e 240 da Constituição). Entendo que não é estranha à lei destinada a instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte a matéria relativa à tributação destas mesmas entidades. Dispor sobre o assunto, de maneira global, é insuficiente para ocultar ou escamotear o igualmente relevante tema da exoneração tributária.

Ademais, conforme se lê nas informações prestadas tanto pela Presidência da República como pelo Congresso Nacional, a exoneração foi objeto de considerações específicas pelos ocupantes das Funções Administrativa e Legislativa da Nação. Por todos, remeto à transcrição constante à fl. 388, retirada do parecer apresentado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre proposta de modificação do art. 13, § 3º, do PLC 100/2006.

Rejeito, pois, a alegada violação do art. 150, § 6º, da Constituição.

Passo a examinar a alegada violação do art. 146, III, *d*, da Constituição.

Sustenta-se que a contribuição patronal não está prevista no rol de tributos elencados na definição do campo de reserva de lei complementar para dispor

sobre o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte. Por tal razão, o benefício fiscal em questão seria inválido.

Assim dispõe o art. 170, IX, da Constituição, textualmente:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> (...)
> IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O fomento da atividade das empresas de pequeno porte e das microempresas é objetivo que deve ser alcançado, nos termos da Constituição, na maior medida possível diante do quadro fático e jurídico que estiverem submetidas. Dentre as medidas que podem ser adotadas pelo Estado Brasileiro está a elaboração de regime tributário diferenciado, que tome por premissa a circunstância de as empresas com menor receita não terem potencial competitivo tão desenvolvido como as empresas de maior porte. Para alcançar tais objetivos e ainda atender ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Constituição), não é adequado afirmar que o regime tributário diferenciado deve se limitar a certos tributos. Em cálculo de ponderação, vejo que a proposta de limitação do regime tributário diferenciado a espécies tributárias específicas pode amesquinhar ou mesmo aniquilar o propósito da instituição de tal regime, que é assegurar o acesso da microempresa e da empresa de pequeno porte à livre concorrência e à livre-iniciativa. Importa, aqui, aquilatar a carga tributária como um todo. Assim, deve-se dar ao texto do art. 146, III, *d*, da Constituição caráter exemplificativo e não taxativo, no que se refere aos tributos que poderão ter o alcance modulado em função de o contribuinte ser empresa de pequeno porte. Aqui, o Sistema Tributário subordina-se ao objetivo que o Sistema Econômico e Social demarcam no campo jurídico. Dito de outro modo, o fomento da atividade das pessoas jurídicas submetidas à LC 123/2006 tem primazia ou prioridade sobre a literalidade das disposições específicas sobre matéria tributária.

Ante o exposto, **rejeito a alegada violação do art. 146, III, *d*, da Constituição.**

Examino o risco à autonomia sindical.

Abstraídas as circunstâncias que marcam a pluralidade de quadros fáticos oriundos do caso em exame, a alegação da requerente acerca do risco de enfraquecimento das entidades de representação patronal no campo das relações do trabalho são relevantes. Com efeito, aprioristicamente, é possível conceber que a retirada de uma das fontes de custeio de tais entidades pode, eventualmente, diminuir a capacidade que elas têm para executar e cumprir o papel que lhes foi outorgado pela Constituição.

Ocorre que, como bem lembrado pelo Procurador-Geral da República, o benefício fiscal contestado não é novo. Por ocasião do julgamento da ADI 2.006-MC (Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º-12-2000), a Corte considerou que a finalidade extrafiscal da isenção da contribuição sindical patronal prevalecia, em termos, sobre a autonomia e a liberdade sindical. Registro, por oportuno, a ementa do precedente invocado, ressaltando a parte que interessa ao julgamento:

> *Ementa: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. isenção da contribuição sindical patronal para as empresas inscritas No "simples". impugnação do § 4º do art. 3º da Lei 9.317, de 5-12-1996, e do § 6º do art. 3º da instrução normativa srf 9, de 10-2-1999. Preliminar de conhecimento. I – Preliminar.* 1. Quando instrução normativa baixada por autoridades fazendárias regulamenta diretamente normas legais, e não constitucionais, e, assim, só por via oblíqua atinge a Constituição, este Tribunal entende que se trata de ilegalidade, não sujeita ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 2. Ação direta não conhecida nesta parte. II – *Mérito*. 1. A criação de imunidade tributária é matéria típica do texto constitucional enquanto a de isenção é versada na lei ordinária; não há, pois, invasão da área reservada à emenda constitucional quando a lei ordinária cria isenção. ***2.*** **O Poder Público tem legitimidade para isentar contribuições por ele instituídas, nos limites das suas atribuições (CF, art. 149). 3. A tutela concedida às empresas de pequeno porte (art. 170, IX) sobreleva à autonomia e à liberdade sindical de empregados e empregadores protegidas pela Constituição (art. 8º, I). Não fere o princípio da isonomia a norma constitucional que concede tratamento favorecido às empresas de pequeno porte. 4. Ação direta conhecida em parte, e nesta parte indeferida a liminar por ausência de relevância da arguição de inconstitucionalidade e de conveniência da suspensão cautelar da norma impugnada.**

Pondero, ademais, que é necessário observar o trânsito da situação a que estão atualmente submetidas as microempresas e empresas de pequeno porte, para o quadro incentivado pela exoneração, de modo a confirmar se a influência da norma impugnada é ou não é perniciosa. Com efeito, se o objetivo previsto com a concessão do benefício for obtido – fomento da pequena empresa – duas consequências advirão, em maior ou menor grau. Em primeiro lugar, haverá o fortalecimento de tais empresas, que poderão passar à condição de empresas de maior porte e, portanto, superar a faixa de isenção. Em segundo lugar, o incentivo à regularização das empresas ditas *informais* melhorará o perfil dos consumidores, o que será benéfico às atividades das empresas comerciais de maior porte.

Como anotam **Liam Murphy** e **Tomas Nagel** *(O Mito da Propriedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5), "os impostos não são mero meio pelo qual são pagos a estrutura do governo e o oferecimento dos serviços públicos. São, isto sim, o instrumento mais significativo pelo qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica". A competência para instituir as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas é da União e, portanto, nada impede que tais tributos também atendam à função extrafiscal estabelecida nos termos da Constituição. A circunstância de o

tributo ser parafiscal, isto é, ter por sujeito ativo pessoa diferente do ente tributante competente para instituir a exação, não altera o quadro. Se a política econômica pede por sacrifícios proporcionais em matéria de arrecadação, como forma de estímulo e desenvolvimento das atividades das micro e pequenas empresas, bem como do aumento das condições propícias à oferta de empregos, as entidades parafiscais não podem alegar uma espécie de titularidade absoluta ou de direito adquirido ao valor potencialmente arrecadável com o tributo.

Situação diversa se configuraria se a exoneração fosse tão intensa a ponto de forçar situação de **grave e irreversível desequilíbrio, capaz de inviabilizar completamente a atuação da entidade paraestatal**. E, mesmo em tais casos, é indispensável indagar se a entidade paraestatal não tem, ou não deveria ter, outras fontes de custeio.

Diante de tais considerações, **rejeito a alegada violação do art. 8º da Constituição**.

Examino, por fim, a alegada violação da isonomia e da igualdade (arts. 3º, III; 5º, *caput* e I; 150, II; e 226, § 5º, da Constituição).

É inequívoco, como afirma a requerente, a importância que as entidades sindicais patronais têm no sistema das relações do trabalho. A contribuição dada por tais entidades à indispensável liberdade sindical é irretorquível. Não obstante, a premissa é insuficiente para afastar a inexistência de especificidade que justifique a aplicação de regimes diferenciados no campo da tributação às entidades sindicais patronais e às entidades de representação dos trabalhadores.

O precedente citado pela requerente, o RE 217.355, é emblemático para a exposição do ponto. Naquela assentada, a Corte entendeu inexistir norma legal ou constitucional que estabelecesse distinção entre o dirigente sindical patronal e o dos trabalhadores, para assegurar a estabilidade provisória também aos primeiros. O contexto de tal decisão foi o panorama traçado pelas relações de trabalho, especialmente o papel exercido pelo representante sindical dos empregadores, examinado contra o papel exercido por seu análogo, o representante sindical dos trabalhadores.

No caso em exame, o contexto é outro. Informa o exame da norma de isenção noções de tributação e de finanças públicas. Em especial, é relevante para desate da questão saber se a exoneração concedida às empresas de pequeno porte teria a mesma carga de benefício fiscal concedido aos trabalhadores de baixa renda, por exemplo, se considerado o custeio das entidades sindicais. Contudo, não há argumentação neste sentido. A requerente não explorou a eventual simetria ou discrepância entre o potencial de custeio das entidades sindicais.

Ausentes tais dados, não é possível confirmar a assertiva da requerente quanto à violação da isonomia ou da igualdade.

Do exposto, **conheço desta ação direta de inconstitucionalidade, mas a julgo improcedente.**

É como voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, temos valores jurídico-constitucionais de envergadura maior envolvidos na espécie. Múltiplas são as causas de pedir da própria inicial, aludindo-se a alguns precedentes do Tribunal.

Se os colegas que votam antes de mim permitirem, antecipo o pedido de vista quanto a esta ação.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.033/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC (Advogados: Alain Alpin Mac Gregor e outros). Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Federação do Comércio do Estado de São Paulo – FECOMÉRCIO/SP (Advogados: Luis Antonio Flora e outros), Federação do Comércio do Distrito Federal – FECOMÉRCIO/DF (Advogadas: Lirian Sousa Soares e outras), Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado da Bahia – FECOMÉRCIO/BA (Advogados: Nelson Daiha Filho e outro), Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro – FECOMÉRCIO/RJ (Advogados: Alessandra Cristina Nascimento da Mota e outros), Federação do Comércio, Bens e Serviços do Estado de Mato Grosso – FECOMÉRCIO/MT (Advogados: Ketrin Espir e outros), Federação do Comércio do Estado de Pernambuco – FECOMÉRCIO/PE (Advogados: José Almeida de Queiroz e outros), Federação do Comércio do Estado de Santa Catarina (Advogado: Rafael Souza de Arruda), Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Roraima – FECOMÉRCIO/RR (Advogado: João Fernandes de Carvalho), Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Rondônia – FECOMÉRCIO/RO (Advogados: Romilton Marinho Vieira e outros), Federação do Comércio do Estado de Goiás – FECOMÉRCIO/GO (Advogados: Dalvina Alves Cardoso e outro).

Decisão: Após o voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, porque em representação do Tribunal no exterior, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau. Falaram, pela requerente, o Dr. Alain Alpin Mac Gregor e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antonio Dias Toffoli. Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

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

Brasília, 15 de outubro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Assessoria prestou as seguintes informações:

Nesta ação direta, a Confederação Nacional do Comércio questiona a constitucionalidade do art. 13, § 3º, da Lei Complementar 123/2006. Eis o teor do preceito impugnado:

"Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:
(...)

§ 3º As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo."

A requerente afirma tratar-se de norma de isenção a optantes do Simples Nacional relativamente, entre outras, à contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 da Consolidação das Leis do Trabalho. Sustenta o descompasso com os arts. 8º, incisos I e IV, 146, inciso III, alínea *d*, e 150, § 6º, da Constituição Federal. Diz estar o Poder Público inviabilizando as representações sindicais mediante supressão de 97,6% das receitas e, mais, sem a forma de lei específica, pois o dispositivo alcançaria contribuições diversas. Por fim, assevera haver limitação expressa, no inciso III do art. 146 da Carta da República, às hipóteses de benefícios tributários passíveis de conferir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte – impostos disciplinados no art. 155, inciso II, e contribuições autorizadas nos arts. 195 e 239 do Diploma Maior –, não se incluindo no rol a contribuição sindical compulsória.

Os requeridos prestaram informações, às fls. 299 e 384, refutando as inconstitucionalidades apontadas.

O Advogado-Geral da União manifestou-se, à fl. 397, pela improcedência do pedido formulado na inicial, entendimento corroborado pelo Procurador-Geral da República, à fl. 414.

Após o voto do Relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, no sentido da improcedência do pleito, o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista de Vossa Excelência.

Valho-me do voto que proferi na ADI 2.006-4/DF, cujo julgamento não foi concluído ante a circunstância de a Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, atacada, haver sido revogada pela lei complementar envolvida neste processo. Faço-o aludindo à adequação do que consignado sob o ângulo do rateio da contribuição social presente a Lei 11.648/2008. Eis o que assentado:

(...) Na assentada em que teve início o julgamento, os debates revelaram alguma perplexidade quanto ao alcance do pedido formulado. O Relator votou de modo a confirmar o que decidido na cautelar, não conhecendo do pleito na parte em que impugna a expressão "e a contribuição sindical patronal" contida no § 6º do art. 3º da Instrução Normativa SRF 9, de 10 de fevereiro de 1999, e julgando improcedente o pedido relativamente à inconstitucionalidade do § 4º do art. 3º da Lei 9.317/1996. Antecipei o pedido de vista, conforme retratado nas notas taquigráficas, após consignar – o que reafirmo – que o ataque à instrução normativa está suplantado pela proclamação no sentido da inadmissibilidade da ação direta de

> inconstitucionalidade efetuada quando da análise do pedido de concessão de medida acauteladora. Passo ao exame de fundo.

Comungo com o Relator no que assevera não se confundir com a contribuição prevista no art. 8º, inciso IV, da Carta Federal a contribuição sindical. É que o preceito constitucional versa sobre contribuição a ser deliberada em assembleia, contendo ressalva no tocante a contribuição prevista em lei. No sistema decorrente do Diploma Fundamental de 1988, convivem, portanto, as contribuições confederativas, estabelecidas na própria Carta, e a contribuição sindical versada no art. 589 da Consolidação das Leis do Trabalho. Descabe, em junção incompatível com a natureza das contribuições, concluir que a sindical veio a ser constitucionalizada. A tanto não equivale simples ressalva, a ausência de afastamento, pelo texto constitucional, da contribuição sindical. Creio que o enfoque há de ser outro. A lei em que inserido o § 4º do art. 3º, de n. 9.317/1996, resultou do disposto no art. 179 da Constituição Federal:

> Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Em síntese, a Lei das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, como ficou conhecida a Lei 9.317/1996, objetivou o incentivo ao desenvolvimento, ao êxito dessas empresas no campo econômico-financeiro. Tanto é assim que o art. 1º revela:

> Art. 1º Esta Lei regula, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições que menciona.

Indaga-se: surge razoável e proporcional a extinção da contribuição sindical patronal? Atente-se para a destinação da citada contribuição. Consoante dispõe o art. 589 da Consolidação das Leis do Trabalho, cinco por cento do que arrecadado a título de contribuição sindical cabe à confederação correspondente, isto é, da própria categoria, quer seja econômica ou profissional; quinze por cento à federação; sessenta por cento ao sindicato respectivo e vinte por cento à "Conta Especial Emprego e Salário". Inegavelmente, está-se diante de contribuição que, harmônica com o art. 149 da Lei Fundamental, implica intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, visando à atuação nas áreas pertinentes. Hoje é a base maior da manutenção da pirâmide sindical, isso sem cogitar-se do aporte relativo à "Conta Especial Emprego e Salário". Vale dizer que a fonte viabilizadora da existência das entidades sindicais é a contribuição sindical. Então, há de se compreender que, no cenário nacional, despontam, em grande número, as microempresas e as empresas de pequeno porte, a contribuírem de acordo com a envergadura que alcançaram.

Afastar-se, mediante interpretação, mera interpretação, do § 4º do art. 3º em exame, a contribuição social, já que o preceito apenas revela que a inscrição no Simples dispensa a pessoa jurídica do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, é olvidar o objeto respectivo, inviabilizando a própria organização da categoria econômica.

Além desse aspecto, a interpretação a apanhar a contribuição sindical acaba por gerar verdadeiro paradoxo. Explique-se melhor: as microempresas e as empresas de pequeno porte, inseridas no grande todo que é a categoria econômica, nada contribuirão para a manutenção da estrutura sindical, enquanto os prestadores de serviços a elas integrados, com potencialidade econômico-financeira menor – presume-se –, continuarão, como continuam, compelidos a contribuir para o sistema sindical que congregue a categoria profissional, considerados sindicato, federação e confederação. Surge a necessidade de emprestar ao § 3º do art. 4º da lei em comento interpretação conforme a Constituição Federal, interpretação que não acabe por impossibilitar o sistema sindical existente, notada a jurisprudência da Corte no sentido de não ser autoaplicável o inciso IV do art. 8º da Constituição Federal de 1988, dependendo de regulamentação, no que prevista a denominada contribuição confederativa.

Eis um processo objetivo da maior relevância. Eis a solução que mais se coaduna com a necessidade de ensejar campo propício à atividade sindical, viabilizando-a, e não a sufocando, em termos de sobrevivência financeira, com o enfoque de se ter, devido ao grande número de empresas, o término da contribuição sindical.

Peço vênia ao Ministro Relator para julgar procedente o pedido formulado na inicial, conferindo ao § 4º do art. 3º da Lei 9.317/1996, sem redução de texto, o sentido de não alcançar a contribuição sindical prevista no art. 589 da Consolidação das Leis do Trabalho. Em síntese, excluo, por inconstitucional, interpretação do preceito que conduza a tal afastamento. É como voto no caso.

Peço vênia ao Relator para divergir emprestando interpretação conforme a Constituição Federal à citada lei complementar para excluir a contribuição sindical.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o Relator.

A nossa jurisprudência tem sido no sentido de que não ofende o princípio da isonomia. Basicamente o que Vossa Excelência agora enfatiza, não é isso?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Enfatizo porque penso ser um contrassenso dizer que as empresas, as tomadoras de serviços não estão compelidas a contribuir, mas os prestadores, os trabalhadores, os hipossuficientes estão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o Relator na esteira da jurisprudência.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também vou acompanhar o Relator, bastando lembrar que a Constituição, no inciso IX do seu art. 170, inclui, nos princípios gerais da atividade econômica, exatamente o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Mas não é só.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não, pelo voto não refuto isso. Tratamento favorecido sim, mas desde que se preserve um sistema.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, mas a Constituição vai além. Ela mesma densifica esse princípio, já no art. 179, dizendo:

> Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado [por isso que Ministra Cármen Lúcia diz que o princípio da isonomia não foi ferido], visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias [vem a parte mais importante], ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Ao fazer isso, a Constituição está favorecendo um setor da economia, o setor que mais absorve mão de obra, está incentivando todas elas a sair do...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Dessa condição e a passar a outro patamar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Isso. E sair do mercado informal.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então, parece-me que a Constituição abona, *data venia* de entendimento contrário, o favor legal.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Dispositivo impugnado não incorre na vedação constante do mencionado art. 150, § 6º, da Constituição. Trata-se, em verdade, de norma de isenção tributária inserida em um contexto de concessão de tratamento favorecido e de simplificação das obrigações tributárias das

microempresas e das empresas de pequeno porte, por imposição da própria Constituição (cf. arts. 146, III, *d* [1]; 170, IX[2], 179[3]).

Não se trata da introdução oportunista de norma de isenção tributária em texto de lei que versa sobre matéria diversa, mas de concessão de benefício fiscal que se inter-relaciona diretamente com os objetivos do diploma legal em que inserido.

Nesse contexto, cumpre transcrever o seguinte trecho do voto proferido pelo Min. Ilmar Galvão, por ocasião do julgamento da ADI 1.376-MC, *DJ* de 31-8-2001:

> (...) aquilo que o § 6º do art. 150 da Constituição veda é a oportunista introdução de norma de isenção fiscal no contexto de lei que cuide de matéria de natureza diversa, o que não se verifica no presente caso.
>
> (...) **Na verdade, o mencionado dispositivo constitucional não impede que uma lei que contemple, *v.g.*, um programa de financiamento agropecuário ou de incremento à construção de casas populares, contemple a atividade com determinado benefício fiscal. O benefício fiscal, aí, acha-se inter-relacionado ao objetivo da lei, encontrando-se, portanto, atendido o requisito da especificidade.** O que, a todas as luzes, teve por escopo a emenda constitucional foi coibir velho hábito que induzia o nosso legislador a enxertar benefícios tributários casuísticos no texto de leis, notadamente as orçamentárias, no curso do respectivo processo de elaboração, fenômeno que, no presente caso, não se verifica.

Registre-se que o art. 179 da Constituição expressamente autoriza a concessão de isenção tributária no âmbito da legislação que tenha por finalidade conferir tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, ao asseverar que o incentivo consistirá na "**simplificação de suas obrigações** administrativas, **tributárias**, previdenciárias e creditícias, **ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei**".

No tocante à alegação da requerente no sentido de que a referida isenção violaria o princípio da autonomia sindical, não se vislumbra, no caso, intervenção ou interferência, pelo Estado, na organização dos sindicatos (núcleo

---

1 "Art. 146. Cabe à lei complementar:
(...)
III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
(...)
d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para microempresas e para empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições no art. 195, I, e § 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239."

2 "IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País."

3 "Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei."

essencial do princípio constitucional da autonomia sindical), mas apenas o cumprimento de um desígnio constitucional (cf. ADI 2.522, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 18-8-2006).

Também se revela improcedente o argumento segundo o qual a concessão do benefício fiscal violaria o princípio da igualdade. Isso porque o tratamento diferenciado não é apenas autorizado pela Constituição, mas exigido. Ou seja, há um dever de legislar no sentido de incentivar as microempresas e empresas de pequeno porte.

A eventual contrapartida, referida no voto do Ministro Marco Aurélio, a rigor não deveria levar a um juízo de inconstitucionalidade dessa lei, mas talvez a uma discussão sobre o tratamento igualitário, significa dizer, eventual extensão aos prestadores de serviços a essas empresas, que, se também se enquadrarem como micro e empresas de pequeno porte, estarão gozando do benefício.

Trata-se do fenômeno da exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, que não se resolve com a declaração de nulidade da lei que concede o benefício.

Ante o exposto, revela-se constitucional o dispositivo impugnado, portanto, acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, para acompanhar a maioria.

Acho que não infringe nenhum dos três dispositivos constitucionais atacados: não infringe o art. 150, § 6º, porque a lei é específica; e o benefício está correlacionado com o objeto central da lei, que é dar tratamento diferenciado para pequena e média empresa; não infringe o art. 146, III, *d*, porque não é taxativo, mas apenas exemplificativo, e, além do mais, está de acordo com a própria previsão do art. 170, inciso IX, que prevê tratamento diferenciado à pequena e média empresa.

Portanto, sobrelevam as demais considerações na ordem constitucional.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.033/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC (Advogados: Alain Alpin Mac Gregor e outros). Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Federação do Comércio do Estado de São Paulo – FECOMÉRCIO/SP (Advogados: Luis Antonio Flora e outros), Federação do Comércio do Distrito Federal – FECOMÉRCIO/DF (Advogadas: Lirian Sousa Soares e outras), Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado da Bahia – FECOMÉRCIO/BA (Advogados: Nelson Daiha Filho e outro), Federação do Comércio do Estado do Rio de

Janeiro – FECOMÉRCIO/RJ (Advogados: Alessandra Cristina Nascimento da Mota e outros), Federação do Comércio, Bens e Serviços do Estado de Mato Grosso – FECOMÉRCIO/MT (Advogados: Ketrin Espir e outros), Federação do Comércio do Estado de Pernambuco – FECOMÉRCIO/PE (Advogados: José Almeida de Queiroz e outros), Federação do Comércio do Estado de Santa Catarina (Advogado: Rafael Souza de Arruda), Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Roraima – FECOMÉRCIO/RR (Advogado: João Fernandes de Carvalho), Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Rondônia – FECOMÉRCIO/RO (Advogados: Romilton Marinho Vieira e outros), Federação do Comércio do Estado de Goiás – FECOMÉRCIO/GO (Advogados: Dalvina Alves Cardoso e outro).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação direta, contra o voto do Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski.

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

Brasília, 15 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Requerente: Procuradoria-Geral da República — Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Associação Eduardo Banks e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ pela ADI 4.277/DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não reducionista. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sociopolítico-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer

rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", *verbis*: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição.

6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da "interpretação conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4.277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares por votação unânime. Os Ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 5 de maio de 2011 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Trata-se, inicialmente, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Descumprimento que resulta:

> I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19[1] e aos incisos I a X do art. 33[2], todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores

---

1 "Art. 19. Conceder-se-á licença:
(...)
II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;
(...)
V – sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;"

2 "Art. 33. O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:
I – salário-família;
II – auxílio-doença;
III – assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;
IV – financiamento imobiliário;
V – auxílio-moradia;
VI – auxílio para a educação dos dependentes;
VII – tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;
VIII – auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;
IX – pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;
X – plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.
Parágrafo único. A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas."

Civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual;

II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como "heterossexual".

2. Nessa linha de clara irresignação quanto ao modo juridicamente reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos, argui o autor que têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no *caput* do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Donde ponderar que a homossexualidade constitui "fato da vida (...) que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros". Cabendo lembrar que o "papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos".

3. Avança o arguente para invocar sua condição de legítimo representante de toda a sociedade fluminense, o que incorpora a parcela daquelas pessoas que se relacionam sexualmente fora da dicotomia homem/mulher, especialmente no âmbito dos servidores públicos do Estado. Daí sua legitimidade para a propositura da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois nítida é a pertinência temática entre o cargo exercido pelo autor e o objeto da presente discussão. Até porque – alega o acionante – há numerosas controvérsias administrativas e judiciais sobre direitos alusivos a servidores estaduais homoafetivos, mormente no que tange às "licenças por motivo de doença de 'pessoa' da família ou para acompanhamento de 'cônjuge', bem como sobre previdência e assistência social". Além do que, por ser a lei em causa anterior a Carta de 1988, "trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo dessa natureza será capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais".

4. Já no âmbito das alegações constitutivas da fundamentação ou causa de pedir, propriamente, o autor labora no plano da principiologia constitucional para daí desatar proposições que passo a revelar por modo sintético:

I – Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);

II – Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV – Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;

V – Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral.

5. Por outra volta, o acionante postula a aplicação do método analógico de integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente. Desde que, tanto numa quanto noutra tipologia de união sexual, tome corpo uma convivência tão contínua quanto pública e nitidamente direcionada para a formação de uma autônoma unidade doméstica (ou entidade familiar, se se prefere). Pelo que é de incidir para qualquer das duas modalidades de união o disposto no art. 1.723 do Código Civil ("É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família").

6. Assim equacionando o tema de Direito que submete ao exame deste Excelso Tribunal, o arguente pede que se declare, em sede liminar, a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, como também requer a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões judiciais em sentido oposto. **No mérito**, postula a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Subsidiariamente, para a hipótese de não cabimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, o autor pugna pelo seu recebimento como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de modo a imprimir interpretação "conforme à Constituição" aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1.723 do Código Civil. Interpretação que, da mesma forma, resulte na não proibição do regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo.

7. Continuo neste relato do processo para consignar que foram solicitadas as informações aos arguidos (Governador e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça dos Estados). Informações que, prestadas, comportam o seguinte esquema de sintetização:

I – **Tribunais de Justiça Estaduais**. Os Tribunais que se dignaram prestar informações acerca das ações em trâmite no seu espaço de jurisdição destacaram suas posições majoritárias: a) em favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva: **Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná** (o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, noticiou o reconhecimento de direitos a companheiro de servidor em união homoafetiva e, desde 2004, a edição de provimento normativo com a finalidade de determinar aos

serviços notariais o registro de documentos relacionados com uniões da espécie); b) contrário ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável à união entre parceiros do mesmo sexo: **Distrito Federal e Santa Catarina**. Mais: O Tribunal de Justiça da Bahia acrescentou que o Poder Judiciário, no exercício da função administrativa (aplicação do Estatuto dos Servidores), não pode conceder direitos que não estejam previstos em lei, e que a divergência nos julgamentos é de ser resolvida pela vias recursais, não se configurando a controvérsia judicial em si como ato lesivo a preceito fundamental. Entende, portanto, incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por ele foi noticiado que as uniões homoafetivas (entendidas como "parcerias civis") são ali regidas pelo direito das obrigações (sociedades de fato), situando-se, portanto, na esfera de competência das varas cíveis comuns, e não das varas de família. A seu turno, o Tribunal do Espírito Santo defendeu que a enumeração constitucional das entidades familiares é meramente exemplificativa, pelo que nada impede o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, alguns Tribunais noticiaram a inexistência de processos que tenham por objeto o reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões homoafetivas (**Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima**);

II – **Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro**. Esse Poder Estatal, ao se manifestar sobre o tema, dá conta do pleno vigor da Lei estadual 5.034/2007. Lei que dispõe sobre a possibilidade de averbação de companheiros do mesmo sexo no rol de dependentes para fins previdenciários dos servidores públicos fluminenses. O que implica reconhecer a impossibilidade de se lhe imputar prática de qualquer ato lesivo a preceito fundamental;

III – **Advocacia-Geral da União**: Manifestou-se (fls. 824/844) na forma a seguir ementada:

> "Direitos Fundamentais. Uniões homoafetivas. Servidor Público. Normas estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares. Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme à Constituição (somente dos dispositivos do Decreto-Lei estadual n. 200/75), a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família;"

IV – **Procuradoria-Geral da República**. Pela sua Vice-Procuradora-Geral, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, a PGR posicionou-se pela declaração da obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo. Contanto que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Eis o resumo do parecer em causa (fls. 848/893):

> "a) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual;
>
> b) este não reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana

(art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica;

c) é cabível *in casu* a arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexiste qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade;

d) a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que não contém qualquer vedação a isto;

e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão sexual do homossexual;

f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contrassenso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia.

g) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, § 3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo;

h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia."

8. Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que catorze *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia a dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen.

9. Ajunto que, em razão da regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos em que haja "coincidência total ou parcial de objetos" (art. 77-B RISTF), foi a mim distribuída a ADI 4.277. Pelo que passo a relatá-la de forma conjunta, para julgamento igualmente conjugado. Fazendo-o, anoto que a presente ação de natureza abstrata ou concentrada foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que esta Casa de Justiça declare: "a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos

e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo." Isto sob as alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Mesmos fundamentos e pedidos, em última análise, da ADPF 132.

10. Pois bem, originariamente autuada como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 178), esta ação objetiva foi examinada pelo Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência deste Supremo Tribunal Federal. Ministro que deu pela indeterminação do objeto da causa, para conhecer o processo como ação direta de inconstitucionalidade. E o fez por entender que a ação tem por objeto a interpretação "conforme à Constituição" do art. 1.723 do Código Civil, o que levou Sua Excelência a aplicar, ao caso, o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

11. Prestadas as informações pela Presidência da República, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República ratificaram as posições já retratadas neste relatório quanto ao tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas.

12. À derradeira, registro que, também nesta última ação de controle abstrato de constitucionalidade, diversas entidades requereram seu ingresso na causa como *amicus curiae*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF 132/RJ, consistente na aplicação da técnica da "interpretação conforme à Constituição" aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da "interpretação conforme" para viabilizar **o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais**. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de "interpretação conforme à Constituição", quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal.

15. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei 5.034/2007), equipara "à condição de companheira ou companheiro

(...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes"[3]. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: "aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos". O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, **a perda de objeto da presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

16. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF 132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva**. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.

17. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277**, versando o mesmo tema central da ADPF 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ação direta de inconstitucionalidade os pedidos insertos na ação de descumprimento de preceito fundamental, **até porque nela mesma, ação de descumprimento de preceito fundamental, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ação direta de inconstitucionalidade**. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI 4.277 os fundamentos da ação de descumprimento de preceito fundamental em tela (a de n. 132/DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida "interpretação conforme" dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de

---

[3] Art. 1º da Lei estadual 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei 285, de 3 de dezembro de 1979 (lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: § 7º "Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes."

família". **É o que me basta para converter a ação de descumprimento de preceito fundamental em ação direta de inconstitucionalidade e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI 4.277, a mim distribuída por prevenção**. Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade**. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

18. Em outras palavras, **conheço da ADPF 132/RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da "interpretação conforme à Constituição"**. O que vem reprisado na ADI 4.277/DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora-Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador-Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF 72-QO e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

> (...) Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ação de descumprimento de preceito fundamental, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, **resolvo** a presente questão de ordem **propondo o aproveitamento** do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.
> (ADPF 72-QO, Rel. Min. Ellen Gracie.)

> Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ação de descumprimento de preceito fundamental como ação direita de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.
>
> Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF 72-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 2-1-2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil.
> (ADPF 178, Rel. Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência.)

19. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade**. Requisito que se constitui em "verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente" (ADI 4.356-MC/CE, Rel. Min. Dias Toffoli). É que, no caso da ação

proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem**. **É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia,* os institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção**. Entendimento que se coaduna com a "posição mais abrangente" da legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação de descumprimento de preceito fundamental, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Ministro Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI 2.396-MC. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ação direta de inconstitucionalidade, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem jurídica (*caput* do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele *presentada* (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI 4.277/DF, por consequência**.

20. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme** à **Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família**.

21. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo "homoafetividade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra "*União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*", da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: "Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais (Homoafetividade: um novo substantivo)".

22. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo,

porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do "Dicionário Aurélio"[4]. Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz –, "**quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia**". É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "**O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante**"[5].

23. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade,* passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo "sexo" é no inciso IV do seu art. 3º**[6]. O artigo, versante sobre os "objetivos fundamentais" da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra "sexo" para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

24. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero

---

4 "Homoafetividade. 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo. 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo.* 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*" (*Dicionário Aurélio*, 5. ed., fl. 1105).

5 Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de "Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo", a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o § 3º do art. 226 da CF.

6 "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;"

humano: **a masculina e a feminina**. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica**. **É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).**

26. "Bem de todos", portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, "bem de todos" enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do "Constitucionalismo fraternal" sobre que discorro no capítulo de n. VI da obra "Teoria da Constituição", Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a "inclusão social"), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como "homossexuais" para ser identificados pelo nome de "homoafetivos". Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sociopolítico-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um "princípio de diferença", também estudado por Francesco Viola sob o conceito de "similitude" (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de "A redescoberta da fraternidade na época do 'terceiro' 1789", p. 7/24 da coletânea "O Princípio esquecido", Cidade Nova, São Paulo, 2008).

27. Mas é preciso lembrar que o substantivo "preconceito" foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja,

preconceito é um conceito prévio. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de uma mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde **René Descartes** emitir a célebre e corajosa proposição de que "Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento", numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que "O rei não pode errar" (*The king can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: "O universo não é uma ideia minha./A ideia que eu tenho do universo é que é uma ideia minha".

28. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem**. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

29. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de "sexo". **O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado**. Mas "sexo" ou "aparelho sexual" como signo linguístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênitas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas.** "Instinto sexual ou libido", como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas "fisiológicas" de todo indivíduo.

30. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma "norma geral positiva" (Hans Kelsen), ora por efeito de uma "norma geral negativa" (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico.

31. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio**. **Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual "tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido" (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a "preferência" ou "orientação" de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Europeia[7]. O que também se lê em Constituições como a do

---

[7] Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de fevereiro de 1994: "A comunidade europeia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio da igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais."

Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia, de 16 de março de 2000: "Os Estados-membros são incitados a adotar 'políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo."

Estado de Sergipe[8] e de Mato Grosso[9], aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a "orientação" sexual alheia. Que não tem nada a ver – repita-se à exaustão – com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

32. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado**. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade**. **Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial**. **Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do "Torna-te quem és", tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que *a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória)**. **Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano**. No particular, as barreiras artificiais e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) correspondem

---

[8] "Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

(...)

II – proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei."

[9] "Art. 10. O Estado do Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes:

(...)

III – a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição."

a um derramamento de bílis que só faz embaraçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que "**A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação"**. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere "a liberdade" e "a igualdade" na lista dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)".

33. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva**. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta* ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

34. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De autoestima no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776[10]) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente**. Ou "homoafetivamente", como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da

[10] "Art. 1º Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança."

vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide.

35. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa**. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

> I – **sob a forma de direito à intimidade**, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);
>
> II – **sob a forma de direito à privacidade**, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". **Com o aporte da regra da autoaplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais**, a teor do § 1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata".

37. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e § 1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe**. Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).

38. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:

> I – a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção

de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II – Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozoide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas **também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;**

III – cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido**" (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais**. Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu na metafórica locução "bruta flor do querer". E em terceiro lugar, a âncora normativa do § 1º do mesmo art. 5º da Constituição;

IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana **e até mesmo** "**cláusula pétrea**", nos termos do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange "os direitos e garantias individuais" de berço diretamente constitucional);

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas eróticoafetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo**. É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um;*

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, para não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis**. Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade**. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

39. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do § 4º do artigo constitucional de n. 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.

40. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado

conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de número VII, integrativo do título constitucional versante sobre a "Ordem Social" (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, *verbis*: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"** (*caput* do art. 226). Em sequência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) "O casamento é civil e gratuita a sua celebração" (§ 1º); b) "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§ 2º); c) "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento" (§ 3º); d) "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (§ 4º); e) "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (§5º); f) "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio" (§ 6º); g) "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (§ 7º); h) "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (§ 8º); i) "A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros" (§ 5º do art. 227); j) "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (§ 6º do art. 227).

41. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas**. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador ("salário família", mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art. 191; inciso IV e § 12 do art. 201; art. 203; art. 205; e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz**

do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Sem embargo de, num solitário § 1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

42. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, **uma entidade**, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consanguíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo "inviolável do indivíduo"**, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

43. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras,

afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como "a Pátria amplificada"**). Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de "comum unidade". E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spnozista de que, "Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender".

44. Ora bem, **é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição**. Donde a sua literal categorização com "base da sociedade". E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

45. E se insistimos na metáfora do "continente" é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber:

> I – Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho;
>
> II – Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação,

> à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão;
>
> III – Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
>
> (Sem os caracteres negritados, no original.)

46. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser**. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos**. **Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família**. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente, mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos arts. 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

47. Assim interpretando por forma **não reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênia de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas**

tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade "mais ou menos", para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que "A gente pode morar numa casa mais ou menos,/Numa rua mais ou menos,/Numa cidade mais ou menos"/E até ter um governo mais ou menos", assim conclui a sua lúcida mensagem: "O que a gente não pode mesmo,/Nunca, de jeito nenhum,/É amar mais ou menos,/É sonhar mais ou menos,/É ser amigo mais ou menos,/(...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos".

48. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

> I – "O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§ 1º e § 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967**, ***literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos**" (*caput* do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional 1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio sociocultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, *com pompa e circunstância* e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio[11] e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à

[11] "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
(...)"

condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§ 1º e § 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, *ao fim e ao cabo*, esse tipo de prestígio constitucional redunda em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

II – com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um § 3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela *batizado* de "entidade familiar". É o núcleo doméstico que se constitui pela "união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Donde a necessidade de se aclarar:

> II.1. que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata sequência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sociocultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§ 1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher";
>
> II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o § 4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Preceito, este último, que também relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações") para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade**. Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de número 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpetação jurídica **seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz**...;

II.3. que a terminologia "entidade familiar" não significa algo diferente de "família", pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão "entidade familiar" não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexiste essa figura da *subfamília*, *família de segunda classe* ou família "mais ou menos" (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova "entidade familiar", seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos**. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das "entidades associativas" (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em "entidade de classe" (alínea *b* do inciso XXI do mesmo art. 5º), "entidades governamentais" (ainda esse art. 5º, alínea *a* do inciso LXXII), "entidades sindicais" (alínea *c* do inciso III do art. 150), "entidades beneficentes de assistência social" (§ 7º do art. 195), "entidades filantrópicas" (§ 1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma "entidade ... familiar"**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de "entidades autárquicas" (inciso I do § 1º do art. 144) as suas "autarquias" (§ 3º do art. 202). Assim como chamou de "entidade federativa" (§ 11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa "Federação" (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que "entidade autárquica" não é "autarquia", nem "entidade federativa" é algo diferente de "Federação". Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre "união estável" e "casamento civil" já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§ 6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem**. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os

torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, **pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham**. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º.

III – salto para o § 4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". É o que a doutrina entende por "família monoparental", sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviuvar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de "entidade familiar"; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória "entidade familiar", porque sua antiga família *morreria* com seu antigo marido. *Baixaria ao túmulo com ele*. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. **Como não se pode pré-excluir da candidatura à adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento**.

49. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§ 5º do art. 227); e também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante "homo" ou "heteroafetivo". E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o § 1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

50. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF 132/RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.277/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT (Advogados: Marcela Cristina Fogaça Vieira e outros), Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo (Advogados: Fernando Quaresma de Azevedo e outros), Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (Advogado: Rodrigo da Cunha Pereira), Associação Eduardo Banks (Advogado: Reinaldo José Gallo Júnior), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (Advogados: João Paulo Amaral Rodrigues e outros).

Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a ADI 4.277 e a ADPF 132, após o voto do Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ação de descumprimento de preceito fundamental, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurges Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG) e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – Centro de Referência GLBTTT; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçale; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 4 de maio de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ação direta de inconstitucionalidade conexa. União homoafetiva. Equiparação à união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º, da Constituição da República). Art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei 220/1975, do Estado do Rio de Janeiro. Decisões judiciais de tribunais de justiça, especialmente do Estado do Rio de Janeiro. Recebimento da ação de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade, com apreciação de pedido subsidiário. Governador do Estado: pertinência temática. Teoria dos deveres de proteção. Dever de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Garantia institucional da família (art. 226, caput). Caracterização da união estável como entidade familiar. Igualdade. Dignidade da pessoa humana, na vertente da proteção da autonomia individual. Direitos de personalidade. Segurança jurídica: previsibilidade e certeza dos efeitos jurídicos das relações estabelecidas entre indivíduos do mesmo sexo. Interpretação conforme à constituição do art. 1.723 do Código Civil.

1. O Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção.

2. O Governador do Estado atende o requisito da pertinência temática para deflagração do controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público na defesa dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, *caput*, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.

4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.

5. O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.

6. Interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas.

7. Pedidos julgados procedentes.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Primeiramente, registro que acompanho o eminente Ministro Relator, no que concerne ao recebimento da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, apreciando-lhe, portanto, o pedido subsidiário de interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme à Constituição e, assim, reconhecendo a identidade entre este pedido e aquele deduzido na ADI 4.277, julgada na mesma assentada.

Cumpre, pois, passar ao exame da pertinência temática, necessária ao ajuizamento, por Governador de Estado, de ação destinada ao controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos demais atos do poder público. Como se verá, será plenamente possível identificar a pertinência temática no caso em apreço.

Postula o arguente a *interpretação conforme à Constituição* do art. 1.723 do Código Civil vigente ("É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."), para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo. Há que se vislumbrar a existência da pertinência temática em virtude da cognominada teoria dos **deveres de proteção** (*Schutzpflichten*), relevante consectário da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais.*

De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os *direitos fundamentais* não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de *Daniel Sarmento* (*A dimensão objetiva dos direitos fundamentais*: fragmentos de uma teoria. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro,* v. XII – Direitos Fundamentais*:* 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 298 et seq.) e *Ingo Wolfgang Sarlet* (*A eficácia dos direitos fundamentais.* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141 et seq.), os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. Traduz-se na "**mais-valia**" **jurídica** a que se refere *José Carlos Vieira de Andrade* (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 138), vale dizer, um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que disporiam de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva.

Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

No oportuno magistério de *Ingo Sarlet* (ob. cit., p. 148-149),

> Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. (...)

Por conseguinte, é possível identificar direitos de proteção oponíveis ao Estado pelos indivíduos. Há que se recordar aqui a classificação dos direitos fundamentais proposta por *Robert Alexy* (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, especialmente p. 435 et seq.), segundo a qual são *direitos de proteção* aqueles conferidos aos titulares de direitos fundamentais em face do Estado para que este os proteja de intervenções de terceiros. Portanto, são *direitos prestacionais em sentido amplo*, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais.

No mesmo diapasão, os direitos fundamentais também importam parâmetros para a criação e constituição de organizações e instituições estatais e para o procedimento. Em outras palavras, os deveres de proteção do Estado podem concretizar-se também por intermédio de órgãos ou procedimentos estabelecidos para a efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, dentro dos direitos prestacionais *lato sensu*, também se reconhecem *direitos fundamentais à proteção através da organização e do procedimento.*

Esse também é o escólio de *Vieira de Andrade* (ob. cit., p. 147-148), para quem há situações em que os direitos fundamentais podem ser afetados por um procedimento, em particular por um procedimento administrativo ou judicial. Nesses casos, deriva das normas constitucionais definidoras desses direitos fundamentais que a organização e o procedimento capazes de afetá-los sejam conformados de modo a assegurar o seu exercício ou a sua efetividade, observada a ponderação dos valores jusfundamentais em causa. Essa conformação pode estar prevista na própria Constituição, na legislação infraconstitucional ou, ainda, decorrer implicitamente dos das normas definidoras dos direitos fundamentais.

Prossiga-se no raciocínio. O processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso.

Acolha-se, destarte, a proposta de *Felipe Derbli* (O papel do Estado-membro no controle abstrato de constitucionalidade das leis em matéria de direitos fundamentais. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo (Org.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, v., p. 133-154), para reconhecer que é missão do Estado-membro atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais e, nesse mister, provocar o controle concentrado de constitucionalidade dos atos do poder público – *in casu*, do Poder Judiciário – mediante o ajuizamento, por seu Governador, da ação direta de inconstitucionalidade. Nas palavras do autor, *verbis*:

> (...) *os objetivos fundamentais da República,* previstos nos quatro incisos do já mencionado art. 3º, **dizem respeito à atuação do Poder Público** na construção e na manutenção das liberdades fundamentais e na **busca inescusável e ininterrupta de níveis minimanente aceitáveis de igualdade material**, justiça social e **solidariedade entre os indivíduos**. Ora, é inevitável a conclusão de que **está entre as finalidades do Estado Brasileiro**, *pelo menos implicitamente,* ***a promoção dos direitos fundamentais, tarefa essa que incumbe a todos os entes da Federação, dentro dos limites de suas competências***. E nem poderia ser de outra forma – afinal, a própria gênese do constitucionalismo associa-se à organização e racionalização do poder político para proteção dos direitos fundamentais.
>
> Pois bem. Como visto acima, a promoção dos direitos fundamentais envolve, necessariamente, a atuação positiva do Poder Público **não apenas na oferta de prestações materiais positivas, mas também no exercício de seus *deveres de proteção*, agindo no sentido de impedir a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos ou de uma coletividade por terceiros. Cumpre ao Estado-membro, portanto, exercer tal mister e atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais**.
>
> Nessa linha de raciocínio, se o Poder Público pode obstar à violação de direitos fundamentais por particulares ou por Estados estrangeiros, **não parece haver qualquer impedimento a que um Estado-membro aja positivamente para proteger seus cidadãos da violação de direitos fundamentais perpetrada por outro ente da Federação, seja a União, outros Estados-membros ou Municípios**.

No caso em apreço, trata-se de questão concernente à violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária, idôneos a autorizar o manejo da ação direta de inconstitucionalidade pelo Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Exmo. Sr. Governador. Patente, portanto, a pertinência temática para a ação em apreço.

Seria possível objetar que a pertinência temática, neste ponto, esbarraria na limitação que o Estado-membro exibe para a defesa de direitos fundamentais, que, em princípio, seria restrita aos seus cidadãos. No entanto, como bem assinalado no pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, a questão transcende os limites territoriais daquela unidade federada, sendo certo, ademais, que se atribui eficácia *erga omnes* da decisão em fiscalização abstrata de constitucionalidade – realizando-se sobre lei nacional, terá alcance igualmente nacional.

De qualquer maneira, o ajuizamento da ADI 4.277 pelo Procurador-Geral da República, legitimado universal – e, portanto, dispensado da demonstração

de pertinência temática para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade dos atos do poder público – esvazia essa discussão no caso em tela. De fato, a ADI 4.277, admitida como sucedâneo da ADPF 178 e apensada à presente ação, tem pedido idêntico: a interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil, de modo a que seja o mesmo aplicável, com os respectivos consectários, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Os efeitos práticos de uma procedência de pedidos serão os mesmos numa e noutra.

Portanto, resta igualmente atendido o requisito da pertinência temática. **É de se passar ao exame de mérito.**

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos *amici curiae*, é a seguinte: **a homossexualidade é um fato da vida**. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A segunda premissa importante é a de que **a homossexualidade é uma *orientação* e não uma *opção* sexual**. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas **uma característica da personalidade do indivíduo**. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas *escolhessem* voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte propria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.

Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que **um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é**. Na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: **a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença**.

A quarta das premissas: **os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida**. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do *Censo 2010* do IBGE

(disponíveis em <http://www.ibge.gov.br>; consulta em 30-4-2011), **atualmente há mais de sessenta mil uniões homoafetivas declaradas no Brasil**, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: **não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas**. **Não existe, no Direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas**, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.

Poderia dizer-se, com algum cinismo, que se trata de "ato jurídico inexistente", vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada. (É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de "ato jurídico inexistente", o casamento entre pessoas do mesmo sexo...) Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito.

A *vexata quaestio*, pois, não é saber **se** as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que *sim*. **Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva**, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher.

Mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais.

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do poder público na promoção desses direitos.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.

Com estas considerações, proceda-se ao exame do mérito propriamente dito, que as confirmará. É possível resumir a pretensão na seguinte fórmula: **postula-se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, do modo a gozar do mesmo reconhecimento que o Estado concede à união estável entre homem e mulher**. Pede-se vênia, aqui, para que se discorra sobre dois conceitos fundamentais para a compreensão do caso: *família* e *reconhecimento.*

Como é cediço, o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece que a *família*, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Trata-se de uma *garantia institucional*, destinada "a assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, (...)", sob pena de perecimento dessa instituição protegida. (cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 542).

A consagração da garantia institucional da família serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de realização dos direitos fundamentais. Com efeito, a ordem constitucional instituída em 5 de outubro de 1988 *funcionalizou* o conceito jurídico de família, como se vê na lição de *Gustavo Tepedino* (A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 397-398), *verbis*:

> Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (...)
>
> Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como *instrumento* de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –,

serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de *família* despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, **não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinhamento de direitos fundamentais**.

O que, então, caracteriza, **do ponto de vista ontológico**, uma **família**? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não.

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, *v.g.*, o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais. A união estável, por seu turno, demandará, em muitos casos, a produção de outras provas facilmente substituídas, num casamento, pela respectiva certidão, mas, como entidades familiares, funcionarão substancialmente do mesmo modo.

Pois bem. **O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas?** Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados?

A resposta a essas questões é uma só: **Nada as distingue**. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia a dia; projetam um futuro comum.

Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que **a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos**.

Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de *Robert Alexy* (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, **inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico**. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu **preâmbulo** ("(...) a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos** (...)") e também no inciso IV do art. 3º ("promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, **sexo**, cor, idade **e quaisquer outras formas de discriminação**") e, ainda, no art. 5º, *caput* ("Todos são **iguais** perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza** (...)").

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito**. É esta a base da *leitura moral da Constituição* propugnada por *Ronald Dworkin* (*Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:

> (...) o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14ª Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.(...)
> (Tradução livre do inglês.)

Ainda sobre a igualdade, *Dworkin*, em outra obra (*A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII), esclarece sua visão sobre o princípio da igualdade. *Verbis*:

> O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de

> quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. (...)

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.

Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da **dignidade da pessoa humana**. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.

Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Ilustrativamente, confiram-se, por sua acurácia, as palavras do eminente jurista alemão *Ernst Benda* (*Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad*. In: BENDA, Ernst et al.. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 125):

> (...) ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.
> (Tradução livre do espanhol.)

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A homossexualidade, como antes sustentado, é elemento integrante da *personalidade* do indivíduo, que, nas lições do já referido *Gustavo Tepedino* (A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 48), identifica-se com o conceito de *capacidade jurídica – autonomia*, portanto – e serve de raiz aos **direitos da personalidade**, dentre os quais está o direito à própria identidade, à sua identificação.

É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição.

O problema, contudo, não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração. É necessário enfrentar a questão sob o prisma do que a professora norte-americana *Nancy Fraser* (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167) denomina "**política do reconhecimento**", em que "(...) o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito (...)". Especificamente sobre a injustiça perpetrada contra os homossexuais, a autora expõe, *verbis*:

> (...) Um exemplo que parece aproximar-se deste tipo ideal é o de uma sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de *status*. Nessa concepção, a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de *status* social, como patrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais faltam não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de *subordinação de status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, "tratamentos" psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso

> diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não reconhecimento.
> (Ob. cit., p. 173.)

A percepção é correta. Um tão só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário. No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida.

A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por **admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra**. Em vez de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a **existência ordinária de orientações sexuais diversas** e acolher uma **pretensão legítima** de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença.

Para além da ciência do direito norte-americano, há também manifestações contemporâneas de igual jaez na Europa. Em sua tese de doutoramento (*Matrimonio Homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 115), *María Martín Sánchez*, debruçando-se sobre a então recente Lei 13/2005, de 1º de julho, que alterou o Código Civil espanhol para admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, consignou:

> (...) limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do *não reconhecimento* – como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo – ou através de *omissão na Lei* – neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento – só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No entanto, não parece existir nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e

> a proibição de discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual.
> (Tradução livre do espanhol.)

A questão do *reconhecimento* também toca o tema da *segurança jurídica*. O alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos. Nem as relações mais sedimentadas pelo tempo são capazes de superar as incertezas quanto aos seus efeitos jurídicos: mesmo parceiros que vivem juntos por muitos anos não conseguem antecipar claramente como se dará a sucessão dos bens que amealharam juntos, precisando recorrer a disposições testamentárias e seus limites legais; não podem compartilhar a proteção de planos de assistência à saúde etc.

Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade. As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira.

A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma pletora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. Em particular, a decisão na Ação Civil Pública 200.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na seção judiciária do Rio Grande do Sul, ocasionou a edição da Portaria INSS/DC 25, de 7-6-2000, estendendo aos parceiros homoafetivos os benefícios da pensão por morte e do auxílio-reclusão.

Mais recentemente, o Ministério da Previdência Social editou, em 9 de dezembro de 2010, a Portaria MPS 513, cujo art. 1º enuncia, em textual:

> Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exarou o Parecer PGFN/CAT 1503, de 19 de julho de 2010, opinando no sentido da juridicidade da inclusão de companheiro(a) homoafetivo(a) como dependente para efeito de dedução do imposto de renda, desde que preenchidos os demais requisitos previstos em lei para a configuração da união estável. O mencionado parecer foi adotado pela Receita Federal do Brasil não apenas para os fins da Declaração Anual de

Ajuste do exercício de 2011, como para autorizar a retificação das declarações entregues nos últimos cinco exercícios, conforme noticiado no sítio eletrônico da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010_08_02_13_02_22_876601216.html>).

Também já são numerosas as leis estaduais que reconhecem direitos previdenciários aos parceiros homossexuais dos servidores públicos, como, por exemplo: no próprio Estado do Rio de Janeiro, a Lei 5.034, de 29-5-2007 e, posteriormente, a Lei 5.260, de 11-6-2008; no Estado de São Paulo, a LC 1.012, de 5-7-2007, que alterou o art. 147 da LC 180/1978; no Estado de Santa Catarina, a LC 412, de 26-6-2008; no Estado da Paraíba, a Lei 7.517, de 30-12-2003; no Estado do Rio Grande do Norte, a LC 308, de 25-10-2005, e assim por diante. Portanto, o acolhimento dos pedidos formulados nas ações ora em exame será, ao fim e ao cabo, não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões.

É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei 220/1975 do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade, atentando-se para a dicção de *Konrad Hesse* (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22-23), *verbis*:

> Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. (...)
>
> Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (...)
>
> Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o enquadramento jurídico – e, com isso, o oferecimento de segurança jurídica às uniões homoafetivas – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção. E, especificamente quanto aos dispositivos de legislação estadual assinalados, é até mesmo uma questão de coerência, pois o próprio Estado do Rio de Janeiro, posteriormente, editou as leis acima mencionadas que reconhecem, para os fins do regime próprio de previdência social de seus servidores, a união homoafetiva.
>
> Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal ("entre homem e mulher"). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de

concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil.

Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.

É importante que se diga que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à produção válida de efeitos de relações homoafetivas, em decisões monocráticas multicitadas nestes autos (Pet 1.984, Rel. Min. *Marco Aurélio*, j. 10-2-2003, e ADI 3.300, Rel. Min. *Celso de Mello*, j. 3-2-2006).

Algumas observações, ao final, são necessárias. O reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para os fins de plena aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil, traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções. Em outras palavras, o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma *união estável homoafetiva* jamais prescindirá da *comprovação* – pelos meios legal e moralmente admitidos – da existência de *convivência contínua*, *duradoura* e estabelecida com o *propósito de constituição de entidade familiar.* Evidentemente, o requisito da *publicidade* da relação também é relevante, mas merecerá algum temperamento, pois é compreensível que muitos relacionamentos tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância – em alguns casos, a plena publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, frustrando-lhes ainda mais o exercício de seus direitos fundamentais.

É por essas tantas razões que voto pela **procedência** dos pedidos formulados na ADPF 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na ADI 4.277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) *interpretado conforme* à *Constituição*, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, principalmente os que assumiram, ontem, à tribuna, eu havia preparado, aqui, um voto bastante longo, principalmente pela responsabilidade que se me impõe o Regimento de votar imediatamente seguinte ao Relator.

Entretanto, à luz da dinâmica do julgamento de ontem, que foi, poder-se-ia dizer, extremamente emocionante, onde se fundiu, aqui, paixão e razão, entendi, também, importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade, que talvez tenha se tornado mais sensível até pela postura singular dos eminentes profissionais que assumiram à tribuna, e eu queria pedir vênia a todos os profissionais que intervieram para fazer uma homenagem específica ao Professor Luís Roberto Barroso, que

conseguiu demonstrar exatamente aquilo que Piero Calamandrei, na sua obra "Nós, os juízes", afirma de forma muito singular o que distingue o advogado do magistrado: é que o advogado trabalha com a paixão e o magistrado trabalha, em regra, com a razão. Mas também costumo dizer que, por debaixo da nossa toga – não é Ministro Ayres? – também bate o coração de um homem.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Perfeito.

O Sr. Ministro Luiz Fux: E não é por outra razão que a própria sentença significa aquilo que o juiz sentiu, aquilo que é o sentimento do juízo.

De sorte que vou me permitir fazer uma digressão sobre todos os pontos que foram aqui abordados, mas seguindo aquele ambiente que norteou o julgamento de ontem e trazendo os aspectos pontuais que são necessários à solução do litígio.

Quando assumi a cadeira do Supremo Tribunal Federal, um dos dados que sempre a imprensa procurou destacar é que eu fora magistrado de carreira, juiz de carreira. Isso, talvez, fosse importante para a classe, não sei, mas isso era uma tônica constante.

E esse julgamento de ontem me impôs um mergulho no meu passado, porquanto, como juiz de carreira, eu poucas vezes frequentei um juízo de família. Eu trabalhei mais no juízo cível e, paradoxalmente, no Superior Tribunal de Justiça, durante dez anos, funcionei na Seção de Direito Público.

Também não tivemos oportunidade de, em nenhum mandado de segurança, apreciarmos a questão que originariamente fora posta na ação de descumprimento de preceito fundamental do nosso Governador de Estado do Rio de Janeiro. Mas, nem por isso, nós deixamos de ter alguma experiência com relação a essa questão maior que é a questão da família.

E, talvez, num exemplo extremamente singular em relação ao que ontem se pôs aqui, sob o enfoque da conceituação de família, é que, na qualidade de juiz cível, eu prestava um plantão de fim de semana, quando, então, recebi uma senhora que pretendia a obtenção de uma liminar *sui generis*. O que ela visava era poder velar o corpo daquele que fora o seu grande amor, mas que com ele não mantivera matrimônio; não era casada. Ele, inclusive, tinha parentes que visavam impedi-la de velar o corpo daquele que fora a pessoa amada durante toda a sua vida. E o amor era tão intenso, que ela abriu mão de uma família tradicionalmente constituída; abriu mão de ter filhos. Mas o grande reclamo dela era exatamente esse. Ela dizia: Sr. Juiz, esse homem foi a minha família; eu vivi em função desse homem, e ele compôs a família que eu tive.

E esse exemplo de outrora me faz, efetivamente, repensar sobre essa questão de uma equiparação de uma união homoafetiva a uma família, porque, naquele caso específico, o núcleo central era o amor, a identidade e, sem dúvida alguma, alguns projetos de vida que eles conseguiram realizar.

Esse caso, realmente, é um caso que encerra uma questão de justiça. Agora, evidentemente, que nós, por mais experiência que tenhamos no exercício da

função judicial, ainda não conseguimos encontrar um conceito, uma definição para o que é esse valor Justiça. Mas isso não nos desmerece.

Kelsen estudou a vida inteira o que era Justiça, lavrou uma obra "O Sonho da Justiça", outra obra "Ilusão da Justiça", "O Império da Justiça" e a obra que lavrou no ocaso de sua vida "O Que é a Justiça". Diz ele: O importante não é obter a resposta, senão não parar de questionar e não parar de perguntar. Então, se essa é uma questão de justiça, o que nós temos de empreender é exatamente uma resposta, buscar a resposta para essa questão que se afirma ser uma questão que encerra uma solução de justiça.

A Suprema Corte, mesmo antes da honra que me foi conferida de integrar esta Casa, sempre se debruçou sobre a análise dos denominados direitos fundamentais: direito à vida, direito à locomoção, direito ao livre exercício profissional, dignidade humana. E talvez, na premissa de todos esses direitos que nós passamos a analisar, esteja o direito ora *sub judice*, o direito de ser. Tudo quanto se pede aqui é que haja jurisdicidade no modo de ser.

Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais.

Mas, se a homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família?

O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o art. 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem – na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos –, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Volta-se, então, à pergunta: se é assim – e assim o é –, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há

amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem.

Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, *mutatis mutandis*, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social – o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil –, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

Eu citaria – como aqui já o fez o Ministro Ayres – o princípio da isonomia, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção que o Estado deve a essas minorias e inúmeros outros princípios que aqui eu poderia enunciar. E como nós sabemos, hoje, a análise de qualquer drama humano – que passa por essa ponte onde trafegam todas as misérias e todas as aberrações, que é a ponte da Justiça –, esses dramas humanos, hoje, eles não podem ser resolvidos sem perpassarem pelo tecido normativo da Constituição Federal. Hoje temos os princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, e os próprios princípios materiais que informam o sistema jurídico, como um todo, iluminam o sistema jurídico. E, sob essa ótica, o Homem, o Ser Humano, hoje se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico. Então, é absolutamente incompossível solucionar essa questão sem passar por esses princípios constitucionais, dentre tantos, e estes que guardam, talvez, um pouco mais de afinidade com a questão aqui proposta.

Com relação ao princípio da igualdade, eu colhi duas passagens do professor Ronald Dworkin quando nos concita a uma leitura moral da Constituição – o texto denomina-se *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. E o que diz o professor Dworkin? O governo – e nós somos o governo, nós praticamos atos de governo também, atos que são inerentes ao poder público – se o legislador não faz, compete ao Tribunal suprir essa lacuna. E aqui "governo"

significa a administração dos interesses das partes que não conseguiram, por autocomposição, chegar a uma solução.

Diz o Professor Dworkin:

> O Governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status*, moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração e deve respeitar quaisquer liberdades individuais, indispensáveis a esses fins, incluindo, mas não limitado a elas, as liberdades mais especificadamente designadas na Emenda Constitucional americana [que, no caso, é a 14ª emenda].

E, numa outra obra, um pouco mais recente, "A Virtude Soberana – A Teoria e a Prática da Igualdade", o Professor Dworkin ressalta que:

> Ao desafio da consideração igualitária, é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o Governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, conquanto que o Governo consiga atingir tal meta, não dependa de que eles sejam seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o Governo se empenhe novamente, se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.

Verifica-se, portanto, que, sob o prisma da igualdade, o reconhecimento da sociedade homoafetiva é um consectário dos ditames constitucionais; é um respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais.

Por outro lado, a pretensão da sociedade da união homoafetiva encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana que, como todos nós sabemos, talvez seja uma das maiores conquistas na teoria dos direitos fundamentais e que foi obtida, na visão de Hannah Arendt, depois de inúmeras lutas e inúmeras barricadas.

Tem-se presente que é mesmo dever do Estado lutar para que se implementem todos esses direitos fundamentais e, dentre tantos, a dignidade humana. E o que estamos fazendo aqui não é senão, à luz da dignidade da pessoa humana, implementarmos essas políticas necessárias à consecução desses objetivos, que conspiram em prol de princípios maiores: a igualdade, a liberdade e a dignidade.

Nesse particular, no "*Manual de Derecho Constitucional*", que conglomera inúmeros estudos de constitucionalistas, dentre outros, Conrad Hesse, e, em caso do jurista alemão Ernst Benda, ele afirma sobre a dignidade humana que:

> Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não deve se arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos ao seu império. O Estado deve respeitar o ser humano, cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se, na medida de suas possibilidades, inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, mas nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.

Por outro lado, numa visão pós-positivista, surge no cenário jurídico um novel princípio, principalmente em relação a essas minorias que não gozam de

uma posição majoritária socialmente – daí a discriminação e afronta a essas cláusulas pétreas –, que não é senão o princípio do reconhecimento. O Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã, exatamente, de propiciar-lhes jurisdicidade na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas nas suas pretensões, em caso, a pretensão da equiparação da união homoafetiva à união estável.

E, sobre a política de reconhecimento, numa obra coletiva, a professora norte-americana Nancy Fraser, exatamente e especificamente contra a injustiça perpetrada contra os homossexuais, expõe:

> Um exemplo que parece aproximar-se desse tipo ideal é o de uma "sexualidade desprezada", compreendida através do prisma da Concepção Weberiana de *status*. Nessa concepção:
>
> > "(...) a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de *status* social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a *homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e* lésbicas *como outros desprezíveis aos quais falta* não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas *até mesmo o direito de existir*."

E sob esse enfoque, ontem, aqui da tribuna, foram rememorados momentos trágicos da história da civilização brasileira onde se tratava a homossexualidade não só através da violência simbólica, mas, o que é pior, da violência física perpassada por várias gerações.

E continua, então, a professora americana:

> Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de *status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, "tratamentos" psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não reconhecimento.

Esses danos são injustiça decorrente da não obediência desse princípio do reconhecimento, ou seja, injustiças decorrentes do não reconhecimento.

Nós teríamos inúmeros outros princípios constitucionais que foram aqui já enunciados pelo Ministro Ayres Britto, e agora aqui relembrados, que justificariam a procedência desse pedido no sentido de equiparar a união homoafetiva à união estável. E é exatamente isso que se pede, à luz dos princípios instrumentais da interpretação da Constituição, que se empreenda, em relação ao art. 1.723, uma interpretação conforme à Constituição para estender à união homoafetiva os mesmos consectários jurídicos da união estável.

E se nós analisarmos historicamente, a gradação praticamente foi a mesma nessa conquista emancipatória das mulheres e agora essa conquista emancipatória

dos homoafetivos, como uma decorrência natural daquilo que está explícito, claro, que mereceria até mesmo a interpretação literal do texto constitucional.

Se isso não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, nessa questão, não fixará nenhum marco espetacular de reescrever a história da proteção das minorias no Brasil. Os números do censo que aqui foram enunciados, por si sós, já demonstram que a união homoafetiva é um fato da vida. A união homoafetiva é uma realidade social. Tanto é realidade que já há normação secundária que permite que os parceiros homoafetivos figurem como dependentes da Previdência Social. A Receita Federal admite que eles possam ser declarados dependentes. E isso não é um fenômeno do qual nós podemos nos vangloriar. Nós sabemos que a Suprema Corte americana confere nos exemplos não diuturnos, porque eles não têm milhares de ações como nós, têm poucas ações, poucos recursos, mas a Suprema Corte americana lavra exemplos de que a chancela constitucional da união homoafetiva conspira em prol dos valores constitucionais. Eu também afiançaria que a Constituição Federal, quando consagrou a união estável, ela positivamente não quis excluir a união homoafetiva. Talvez o legislador constitucional tenha entendido até desnecessário – se ele estabeleceu que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea. É que há direitos que se inferem dos princípios constitucionais, esse é um dos direitos de ver reconhecida a união homoafetiva com todos os seus consectários, tal como ocorre com a união estável. E para não ficarmos, talvez, só com o progresso norte-americano, temos exemplos belos hoje na Europa, também, desse reconhecimento, o que denota que a sociedade evoluiu e a Suprema Corte, que é a voz da sociedade, também acompanha essa evolução.

Trago apenas para um rápido conhecimento dos meus Colegas de Plenário que a Lei 13, de 1º de julho de 2005, que alterou o Código Civil espanhol, consagrou, até de maneira mais enfática, a união homoafetiva.

María Martín Sánches, na sua tese de doutoramento "*Matrimonio Homosexual y Constitución*", afirma:

> (...) limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do não reconhecimento – como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo – ou através da omissão na Lei – neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento – só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No entanto, não parece existir [e isso se aplica para nós, também] nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e a proibição da discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual.

Egrégio Plenário, Senhores Ministros, senhores advogados, farei a juntada do voto por escrito, não sem antes findar assentando que, desde os bancos do

bacharelado, sempre me encantou a máxima *ub societas ibi ius*, "onde há sociedade há o Direito". E, se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes.

De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial – mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada –, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo.

Isso me fez rememorar, Ministro Ayres, exatamente à luz da doçura e da beleza humana que Vossa Excelência eclipsa nesse homem magnífico que é Fernando Pessoa, quando afirma que há momentos em que devemos fazer a travessia. É hora da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para a eternidade, à margem de nós mesmos.

Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem reconhecidos à luz da comunhão que têm, da unidade, da identidade e, acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida.

Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. Tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência, que acompanharei na sua integralidade, nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.

Acompanho integralmente Vossa Excelência.

VOTO
(Antecipação)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, Senhores Ministros, após os dois belos votos até aqui pronunciados – que eu cumprimento –, eu gostaria de, antes de iniciar, fazer uma referência aos advogados que assumiram a tribuna, em uma comprovação de que sem os advogados, como sem o Ministério Público, não há possibilidade de chegarmos a julgamentos com todas as peças e argumentos necessários para que busquemos aquilo que é o nosso objetivo: a realização da justiça material, a prestação da jurisdição.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nestas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais se põe em discussão a interpretação legitimadora do art. 1.723 do Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002), o núcleo da questão a se examinar é se haveria guarida constitucional para a pretensão dos autores, a saber, dar-se interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, permitindo se declare a sua incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir família.

Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas.

Bobbio afirmou, na década de oitenta do século XX, que a época não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados.

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano.

1. Põe-se em questão o que preceitua o art. 1.723 do Código Civil, sua interpretação, seus efeitos:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O que se enfatiza, na multiplicidade de peças que compõem os autos, a partir da petição inicial, é que a união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação.

Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

2. O Ministro Relator vota no sentido de julgar procedentes as ações para dar interpretação conforme e o Ministro Luiz Fux também assim as julga, delimitando, contudo, ao que pedido, sem qualquer outra extensão que não tenha sido cuidado nos autos.

3. Também voto no sentido da procedência das ações, com as delimitações agora trazidas pelo Ministro Luiz Fux.

4. Faço-o enfatizando, inicialmente, que não se está aqui a discutir, nem de longe, a covardia dos atos, muitos dos quais violentos, contrários a toda forma de direito, que a manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência homossexual.

Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais.

E, reitere-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.

Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual. Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: "enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. (...) o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos (...) amor desse, cresce primeiro; brota é depois. (...) a vida não é entendível" (*Grande sertão*: veredas).

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.

5. O que se está aqui a analisar e discutir é porque há que se adotar a melhor interpretação da norma do art. 1.723 do Código Civil em consonância com os princípios constitucionais para se concluir qual a interpretação daquela norma a ser adotada, afastando-se outras, que, em sua literalidade, também seriam possíveis.

6. Anoto, como, de resto, já o assinalou em seu voto o Ministro Relator, que o art. 1.723 do Código Civil repete o que no § 3º do art. 226 da Constituição se contém.

Mas afirmou o Ministro Ayres Britto que haveria de se dar pela procedência das ações porque a regra do Código Civil poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver em uniões homoafetivas. E a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema.

Daí por que há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do § 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil.

Dispõe o art. 226 e seu § 3º:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> (...)
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

4. Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

5. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

Ensina José Afonso da Silva que "a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de 'hermenêutica contextual'" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15).

No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema.

É exato que o § 3º do art. 226 da Constituição é taxativo ao identificar que "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar".

Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembleia Constituinte demonstram que assim não foi.

Nem é de se afirmar que há mera repetição do que posto no inciso I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuida-se de temas que se equilibram, mas não se confundem.

Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os

consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.

6. Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem.

O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.

Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito.

7. A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova "o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso III).

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição). Seria de se

indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como "o comum".

8. É ainda o Professor José Afonso da Silva que leciona: "o intérprete da Constituição tem que partir da ideia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material" (op. cit., p. 14).

Daí por que, ao interpretar o art. 226 da Constituição, aquele autor assinala que "a entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral; porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam todo o ordenamento jurídico. *Ex facto oritur jus* – diz o velho brocado latino. A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental?" (op. cit., p. 863).

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.

9. Essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresso reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inciso X), que projeta para o plano social a eleição sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido, mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação pelo exercício dessa sua liberdade.

A análise desta norma constitucional demonstra ser bem larga a esfera de inviolabilidade da pessoa que, nos termos do constitucionalismo positivo, "abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo" (SILVA, José Afonso da – op. cit., p. 100).

10. Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político.

E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções.

Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.

E o pluralismo não apenas se põe, expressamente, no art. 1º, inciso IV, da Constituição, como se tem também em seu preâmbulo, a sinalizar a trilha pela qual há de se conduzir o intérprete.

As escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas.

11. Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência me permite um aparte? Desde o começo, eu fiquei preocupado com essa disposição e cheguei até comentar com o Ministro Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme – isso foi lançado da tribuna, com exemplos – é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição.

É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida

quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer, mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas eu não diria que isso decorre do texto legal e nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse é o meu juízo inicial e, obviamente, provisório – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição, no caso, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas é exatamente isso que foi enfatizado e que eu vou dizer no meu voto.

Por isso, exatamente o que o Ministro disse, é o que eu vou dizer na sequência, no meu voto, eu fiz a referência exatamente para dizer o porquê. Exatamente dentro disso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Agradeço a oportunidade.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, principio cumprimentando os excelentes votos do Ministro Relator, do Ministro Fux e da Ministra Cármen Lúcia. Também cumprimento as belíssimas sustentações orais que foram feitas da tribuna, assim como o pronunciamento do douto Procurador-Geral da República.

Inicio dizendo que perfilho o entendimento inicial do Ministro Britto, julgando prejudicada, em parte, a ação de descumprimento de preceito fundamental, para analisar apenas aqueles pontos relevantes e já explicitados nas duas ações diretas de inconstitucionalidade que foram acolhidas para exame, tal como, enfim, esclarecido pelo eminente Relator, Ministro Britto.

E, no mais, passo a proferir o meu voto, que coincide, em grande parte, com o de Sua Excelência, com algumas nuances que procurarei também deixar claras.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A pretensão que se busca materializar neste julgamento diz respeito, em síntese, à possibilidade de conferir-se uma interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Principio recordando que, na dicção do art. 226, *caput*, da Carta da República, a família, considerada "base da sociedade", "tem especial proteção do Estado". Vê-se, pois, que para solucionar a questão posta nos autos é preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídico-constitucional de família.

De início, cumpre fazer uma resenha da noção de família abrigada nas Constituições anteriores à presentemente em vigor, registrando, desde logo, que todas que trataram do tema vinculavam a ideia de família ao instituto do casamento. Senão vejamos:

i) Constituição de 1937: "Art. 124. **A família, constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos."

ii) Constituição de 1946: "Art. 163. **A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel** e terá direito à proteção especial do Estado."

iii) Constituição de 1967: "Art. 167. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos."

iv) Emenda Constitucional 1/1969: "Art. 175. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Podêres Públicos" (grifos meus).

A vigente Carta Republicana, todavia, não estabelece essa vinculação com o casamento para definir o conceito de família tal como o faziam as anteriores.

Na verdade, a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar, pelo menos, três tipos de família, a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental.

Essa constatação, aliás, já foi feita pelo Ministro Ayres Britto, no julgamento do RE 397.762/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, nos seguintes termos:

> Por esse mais largo espectro de intelecção da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de família de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil ("O casamento é civil e gratuita a sua celebração", conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de "entidade familiar" é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como "união estável" ("Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de "família monoparental", que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 3º)".

E disse mais esse ilustrado membro da Suprema Corte:

> (...) a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: **o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda, sem condições jurídicas para tanto**.
> (Grifos no original.)

De tal entendimento, todavia, dissentiram, em parte, tanto o Relator, Ministro Marco Aurélio, como os demais Ministros que, à época, integravam a egrégia Primeira Turma deste Tribunal. Para este magistrado, a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria condição *sine qua non* para o reconhecimento de tal entidade familiar, sob pena de ter-se mera relação de concubinato.

Nessa mesma linha, o Ministro Menezes Direito assentou que "nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar 'união estável' a uma situação de fato (...)".

Em idêntico diapasão manifestou-se a Ministra Cármen Lúcia no tocante à união estável, afirmando que "a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento".

Tal como o Ministro Menezes Direito, entendi, naquele julgamento, que o legislador constituinte remeteu a definição da entidade familiar denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo infraconstitucional, o qual é expresso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/1996, seja no art. 1.723 do Código Civil, que tal instituto caracteriza-se pela "convivência pública contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família", sempre "**entre o homem e a mulher**" (grifei).

É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união "**entre o homem e a mulher**", ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário – o que configuraria prática proscrita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional – mas, como afirmou o Ministro Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no recurso extraordinário acima mencionado, cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do próprio legislador constituinte.

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

> **O Sr. Constituinte Gastone Righi**: Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: "Para efeito da

proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos **gay**ses do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no **show***ástico*, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § *º:* "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O Sr. Constituinte Roberto Freire: Isso é coação moral irresistível.

O Sr. Presidente (Ulysses Guimarães): Concedo a palavra ao relator.

O Sr. Constituinte Gerson Peres: A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O Sr. Relator (Bernardo Cabral): Sr. Presidente, estou de acordo.

O Sr. Presidente (Ulysses Guimarães): Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa)**. Aprovada **(Palmas)**.[12]

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a "separação dos Poderes" à dignidade de "cláusula pétrea", que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio.*

---

[12] Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"), p. 209.

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.

Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada – denominam de "relação homoafetiva"?

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os jurisconsultos romanos, *ex facto oritur jus*.

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.

Arrimo-me, para tanto, no ensinamento do mestre Canotilho, segundo o qual

> A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio).
>
> Interpretação e integração consideram-se hoje como dois momentos da captação ou obtenção do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos qualitativamente

> diferentes, mas apenas de etapas graduais de "obtenção" do direito constitucional. A relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente frisante quando se trata de estabelecer limites entre uma **interpretação extensiva integração analógica**. Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência funcional, pois, por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo); (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de "decisão" (legislativa, governamental ou jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.
>
> Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao "plano" de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional[13].
>
> (Grifos no original.)

Visto isso, resta, então, estabelecer se o rol de entidades familiares, definido no art. 226 da Constituição, é taxativo ou meramente exemplificativo. Valho-me, no ponto, de um trecho, abaixo transcrito, de instigante artigo da lavra de Suzana Borges Viegas de Lima:

> Para demonstrar que as relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol descrito no art. 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião, não é *numerus clausus*, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um vasto campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações homoafetivas, assim como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente.[14]

Tal é, também, o abalizado entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, para quem

> A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo "também" nela contido. "Também" tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se

---

[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1234-1235.

[14] LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. In: LIMA, Frederico Henrique Viegas de (Org.). *Direito civil contemporâneo*. 1. ed. Brasília: Gran Cursos/Encanto das Letras, 2009. p. 355-361.

> dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.
>
> Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.[15]

Nesse sentido, aliás, observa o Professor Álvaro Villaça Azevedo que:

> (...) a Constituição de 1988, mencionando em seu *caput* que a família é a "base da sociedade", tendo "especial proteção do Estado", nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.
>
> O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor.[16]

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los.

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ouso dizer – que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem-estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

O próprio Estado, diga-se, no último censo, levado a efeito no ano de 2010, por meio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), intentou avaliar, quantitativamente, essa forma de relacionamento entre pessoas do mesmo gênero, constatando, ao término da pesquisa, que existem, em um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados no País.[17]

---

[15] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas, acesso em 5-5-2011.

[16] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de ato, de acordo com o atual Código Civil, Lei 10.406, de 10-1-2002.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 240.

[17] http://www.censo2010.ibge.gov.br, acesso em 5-5-2011.

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

Esse proceder metodológico encontra apoio no respeitável entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual "o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da 'realidade' de cuja ordenação se trata".[18] Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma "união estável homoafetiva", por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma "união homoafetiva estável", mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a

---

[18] HESSE, Conrar. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1989. p. 162.

vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência me permite fazer apenas uma explicitação como Relator?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O caso julgado pela Primeira Turma – e reconheço que divergiu o Ministro Carlos Ayres Britto – envolvia servidor público falecido – que à época do evento morte, era casado – e a concubina. Então, no voto que proferi, estabeleci a diferença entre companheira e concubina. Apontei que, como há glosa legal relativamente à existência do concubinato, à concubina, que não é equiparada à companheira, não se teria como proceder à divisão da pensão deixada pelo servidor.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência fique tranquilo que eu não tirarei maiores conclusões a partir desta afirmativa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Existia empecilho maior ao casamento. Havia a figura, à margem da ordem jurídica, da concubina.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É verdade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ele vivia, naquele caso que nós julgamos na Primeira Turma, com as duas.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Agora havia uma curiosidade ali, lembra-se, Ministro Marco Aurélio?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Lembre, Ministro, os nomes.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Ele se chamava Valdemar do Amor Divino e ela se chamava Joana da Paixão Luz, ou seja, estava escrito nas estrelas que Valdemar do Amor Divino se encontraria com Joana da Paixão Luz.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O dado interessante é que, com a mulher legítima, Valdomiro teve dez filhos e, com a concubina, nove filhos. Elas pretendiam dividir a pensão.

Mas estou fazendo apenas referência a esse julgamento para termos um rastreamento histórico das discussões que travaram em torno do tema.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas havia óbice à transformação da relação jurídica em casamento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É por isso que a Turma decidiu que a pensão seria adjudicada apenas àquela mulher que tinha o casamento legítimo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A viúva. E o Tribunal de Justiça assentara que, como o fenômeno era muito comum na região – não mencionarei o Estado, para não me referir também ao Tribunal de Justiça, por consequência –, caberia a divisão.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O Tribunal de Justiça local optou por uma Justiça salomônica sem maiores indagações jurídicas e constitucionais.

Continuo, então, dentro deste fito de fazer uma resenha histórica.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, o mais interessante: em uma casa, havia oito filhos e na outra, nove, creio que os números eram esses.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Dez e nove, salvo engano, na recuperação que fiz da informação.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, a Corte se reúne, hoje, para decidir questão da mais elevada significância social e, principalmente, para a análise acerca da efetividade da Constituição e dos preceitos que decorrem do núcleo estruturante da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como *bridging the gap between law and society.*

Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou companheiras. Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é inconstestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo.

Note-se que, segundo a vastíssima bibliografia existente sobre o enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação

homossexual, sobretudo em língua inglesa, houve uma significativa mudança de paradigma ao longo das últimas décadas no tratamento do tema e na natureza das respectivas reivindicações. Com efeito, se é certo que num primeiro momento bastava aos reivindicantes que a sociedade lhes demonstrasse um certo grau de tolerância, hoje o discurso mudou e o que se busca é o reconhecimento jurídico das respectivas relações, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas.

Vejamos o que diz o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro sobre essa questão. De forma explícita, aparentemente nada. Existe um projeto de lei, de autoria da ex-deputada e hoje Senadora Marta Suplicy, que objetiva regulamentar as uniões homoafetivas, mas que está em trâmite no Congresso Nacional desde 1994.

Quanto à Constituição Federal, muitos poderão argumentar que ela é silente sobre a matéria. Porém, cumpre indagar o seguinte: o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as consequências jurídicas e materiais daí decorrentes?

Creio que não. E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica *pallette* axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. Aí, sim, estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.

Nessa linha de pensamento, é imperioso notar, de início, que não há, no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas não podemos esquecer, por outro lado, que a própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados. Isto é, outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, Constituição, adotou, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da ideia de reconhecimento, uma emanação do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração", tópico brilhantemente desenvolvido por Ronald Dworkin em uma de suas obras, e lapidarmente sustentado da tribuna pelo Professor Luís Roberto Barroso. Também da nossa querida Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor Daniel Sarmento, um dos

pioneiros no Brasil no tratamento dessa temática de que hoje nos ocupamos, em brilhante artigo, disse o seguinte:

> O não reconhecimento [da união homoafetiva] encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade.
> (SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 619-660.)

Como é de conhecimento geral, o Judiciário brasileiro, em seus diversos níveis, vem, paulatinamente, firmando o devido reconhecimento dos direitos decorrentes dessas uniões, invocando e adotando, por analogia, o art. 1.723 do Código Civil.

Comungo do entendimento do Relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, nessa ordem de ideias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º, da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil. Dispositivo que, segundo Gustavo Tepedino, representa o coroamento de um processo histórico surgido na jurisprudência cível e que objetivava a inclusão social e a superação do preconceito existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da não discriminação. Normas, estas,

autoaplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho o Relator.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, eu também gostaria de ressaltar a importância deste debate, a partir das sustentações orais apresentadas e da participação dos diversos requerentes, requeridos e *amici curiae*, e mostrar, inclusive, a beleza desse processo constitucional que permite uma participação tão ampla e plural no âmbito da nossa jurisdição constitucional.

Gostaria também de destacar a beleza do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto e dizer da importância desta questão.

Tal como eu já tinha falado inicialmente, em aparte ao voto da Ministra Cármen Lúcia, vi com alguma preocupação a formulação deste pedido de interpretação conforme, porque em princípio, a meu ver, o texto legal não fazia nada mais do que reproduzir a norma constitucional que prevê a união estável entre homem e mulher – tal como já foi destacado agora, de forma bastante precisa, no voto do Ministro Lewandowski –, fazendo, então, a genealogia da criação do próprio modelo jurídico que está no texto constitucional.

De modo que, diante da não equivocidade, da não ambiguidade do próprio texto, pareceria muito estranha a intervenção do Tribunal para fazer essa segunda subleitura do texto, que realmente faz uma alteração substancial. Mas me curvo – como já disse também – ao argumento trazido aqui de que essa norma tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união. Então, ela está tendo esse tipo de aplicação de forma generalizada – tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio, formula-se a impugnação das próprias decisões judiciais.

E eu comemoro também essa decisão. Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: De qualquer forma, penso que essa proclamação revela visão míope quanto à atuação do Supremo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a

produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico. Eu dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo* contrário à posição que estava a ser...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Que é uma consequência natural do sistema.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Que é uma consequência desse processo. Portanto, isso é importante que se diga.

Nas sustentações de ontem, agitou-se o tema da questão do reconhecimento do direito da minoria. Tenho voto escrito sobre isso, já destaquei em outro momento inclusive como um *ethos* fundamental, básico, da jurisdição constitucional. E, no caso específico, é notório que o que se pede é um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de discrímen, de discriminação.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Aqueles que acompanharam as eleições nacionais certamente viram as dificuldades por que passou a candidata, então, agora a Presidenta Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, sobre este assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso explique, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui rememoradas, nós conseguimos então identificar.

É evidente, também, me parece, que aqui nós não estamos a falar apenas, Senhor Presidente, de falta de uma disciplina que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, de direitos

fundamentais básicos. A doutrina nacional não tem se ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz esteja na Lei Fundamental de Bohn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento, *Selbst Entfaltung seiner Persönlichkeit*, quer dizer, autodesenvolvimento de sua personalidade.

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir do direito de liberdade, mas é óbvio que a ideia de opção sexual está contemplada nessa ideia desse exercício de liberdade, deste autodesenvolvimento.

A falta de um modelo institucional que abrigue essa opção, que permita essa institucionalização acaba militando ou acaba contribuindo para as restrições para o quadro de discriminação.

Então, a rigor, a pretensão que se formula, aqui, tem base nos direitos fundamentais, a partir da própria ideia do direito de liberdade, como já foi destacado, do direito de igualdade, tal como já destacou, fortemente, o eminente Ministro Relator, apontando que aqueles que fazem essa opção, se não encontrarem um modelo institucional adequado, acabarão sofrendo as mais diversas formas de discriminação.

De outro lado, não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou a esses direitos elencados.

Eu tinha também, Presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade que queria vencer. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado:

> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Só que no meu voto, a Ministra Cármen também, acho, o Ministro Fux, enfim, nós damos uma interpretação a esse texto para muito além da literalidade, de modo que ele não exclui as outras...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas a primeira interpretação é exatamente...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): A primeira é essa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, por isso que eu estou problematizando.

Evidente que podemos abordar de forma diversa, até dizer que talvez aqui seja uma menção genérica, ou também – mas é necessário que se enfrente...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Proteção da mulher, de inclusão da mulher perante o homem, inclusão social da mulher num âmbito mais estreito, doméstico, do núcleo doméstico. Afirmação da mulher no núcleo doméstico, perante o varão, para a Constituição eficazmente contrabater o nosso ranço patriarcalista. É uma das vertentes interpretativas, lançamos três vertentes.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite. Como a regra jurídica aplicável não integra a *causa petendi*, também é possível interpretar-se que esta ação foi proposta tendo em vista dar uma interpretação ao art. 1.723 conforme à Constituição Federal, à luz dos princípios da Constituição Federal dos quais emergem direitos também.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Quer dizer, Constituição tem norma, Constituição tem regra, Constituição tem princípios e regras que formam as normas. Então, o pedido e as razões de pedir são mais amplas do que o formato aí do art. 226.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? A Carta contempla princípios explícitos e implícitos. Se formos, como ressaltado pelo Ministro Joaquim Barbosa, ao rol das garantias constitucionais, constataremos em bom vernáculo pedagogicamente lançado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu só acho que nós temos o dever, a obrigação de explicitar os fundamentos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, a base.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A base; inclusive temos que dizer por que nós estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, sem cláusula excludente de outra situação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O que leva, portanto, alguns a entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar essa consequência, que também não é a consequência inevitável, tal como sabemos em vários outros casos em que nós fizemos a interpretação. Mas, também parto dessa premissa, tal como já assentei, de que aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Esse voluntarismo hermenêutico, nem a Supremo Corte tem o direito de...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Claro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e à legislação de regência.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É sempre vinculada e objetiva.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, como já foi feito aqui também, salvo engano, agora no voto do próprio Ministro Lewandowski, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação, uma lacuna valorativa ou axiológica. Porque, de fato, se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, que encontrem, então, seus correspectivos deveres de proteção, e a essa lacuna ou a essa não disciplina impõe-se algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter as diversas divergências.

Eu até ressaltava, numa aula que dei na UnB, não faz muito, a importância desse modelo de proteção institucional. Quando estudante na Universidade de Brasília, lembro-me de que acompanhei aquela movimentação toda que se fez em torno da chamada "Emenda do Divórcio". Os senhores sabem quantas pessoas, naquela época, tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional? Até por uma dessas ironias da história, o movimento era tão forte, liderado pelo Senador Nelson Carneiro, que já havia a maioria no Congresso para a aprovação, mas não a maioria constitucional. Como veio o pacote de abril, o Presidente Geisel cuidou de reduzir o *quorum* para aprovação de emenda constitucional, acabou, por ironia, viabilizando a aprovação desta emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquele estado, de fato, que estava há muito consolidado. Então, essa questão, a proteção, o modelo institucional aqui é extremamente relevante, daí a mencionar esse exemplo do divórcio.

Não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e entre as pessoas do mesmo sexo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Especialmente em processo objetivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sem dúvida alguma.

Sabemos que toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve foco numa situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham caráter tópico.

A decisão multicitada do TSE, de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do mesmo sexo que viviam em condição de união estável.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite, apenas para tornar estreme de dúvidas o convencimento à época exteriorizado? Fiquei vencido por entender que norma que restrinja algo inerente à cidadania deve ser interpretada de forma estrita. Mas não deixei de reconhecer a existência da união, mesmo em se tratando de pessoas do mesmo sexo. Esclareço, para não parecer – porque vou votar dentro em pouco – uma incongruência com o que sustentei no âmbito eleitoral.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.

Então, citei, Ministro Fux, um voto do notável Ministro Ruy Rosado, do STJ, no REsp 148.897. Ele dizia:

> A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.
>
> Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação interssubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: "*Oui, monsieur, l'amour*". E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os eleitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.

Então, com base nesses fundamentos, eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos.

Um outro aspecto que me parece importante de ser mencionado – e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões – é que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, de quando em vez, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Então, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

Eu já citei, em outro julgamento, aqui, a propósito desse tema, trabalho de Zagrebelsky no chamado "*O Direito Dúctil*", no qual ele diz o seguinte:

> As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.

Em seguida, observa:

> No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente.

É o que nós temos neste caso. O fato de a Constituição proteger, como já foi destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.

> O imperativo teórico da não contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudentia* de intentar realizar positivamente a "concordância prática" das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. "Positivamente": não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto.

E ele diz, então, nessa linha:

> Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do *aut-aut*, do "ou dentro ou fora". A coerência "simples" que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do *et-et* e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um "modo de pensar do possível" – é a fórmula que foi adotada pelo notável professor Peter Häberle, no chamado Pensamento do Possível – *(Möglichkeitsdenken),* como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental "possibilista" – diz Zagrebelsky – "representa" para o pensamento o que a "concordância prática" representa para a ação.

Então, digo o seguinte:

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o Direito Constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o "pensamento jurídico do possível" expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980. p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, "uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância" (Häberle, Die *Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

Veja que isto é extremamente importante: "uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância". Esse é um texto que Häberle tem na *Die Verfassung des Pluralismus.*

Daí perceber-se também que "alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

E Häberle diz isso de forma muito clara:

> O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para "novas" realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.
> (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3.)

Nessa linha, diz Häberle, "para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas". Daí ensinar que "não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade futura que permite separar o impossível do possível. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

Então, destaquei essa questão para resolver, à época, dois casos básicos, um aqui e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Aqui era um caso muito mais técnico, era aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos TRTs. A Constituição é muito clara. Diz que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas, foram compostas listas sêxtuplas desta maneira: o Presidente da República escolheu – hoje, assim chamados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então uma ação direta de inconstitucionalidade da AMB contra essa norma, do Conselho Superior do Ministério Público. E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral – à época o Doutor Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes – e coube a mim, então, fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes; admitidos os embargos infringentes porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno, antes do advento da Lei 9.868, hoje não é cabível; eu trouxe, então, essas considerações para dizer que aqui era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros, até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas, ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida – ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de *checks and balances* que está no texto constitucional. Então, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível possibilista" e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação. E, para isso, então, à época, eu citei também uma passagem da obra de Perelman; na chamada Lógica Jurídica, Perelman narra um caso interessantíssimo e chega, então, à seguinte conclusão:

> Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.
>
> *A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequ*ência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o *art. 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O art. 25 enuncia o princípio de que os poderes* "*são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição*"*, e o art.*

130 diz expressamente que "a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte"
(*A. Vanwelkenhuyzen, De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit,* p. 347.)

Foi com fundamento nestes dois arts. da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao art. 26 que precisa como se exerce o poder legislativo (…).
(Perelman, Chaïm. *Lógica Jurídica*. trad. Vergínia K. Pupi. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000. p.105.)

Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental.

E, aí, reproduz, então, a citação do parecer do Procurador-Geral:

Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos.

Nessa linha, conclui Perelman:

Se devêssemos interpretar ao pé da letra o art. 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas "pela força dos acontecimentos", "por força maior", "pela necessidade".

Então, eu destacava outros aspectos, inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o RE criminal 147.776, da

Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos, Ministro Luiz Fux, o Ministério Público – art. 68 do Código de Processo Penal – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o art. 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que aqui havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

No Eleitoral, eu me lembro, também, que tivemos um outro caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. De que se cuidava? Pedido formulado por várias pessoas para que aqueles casos da chamada deficiência grave houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. São familiares que reclamam que determinadas pessoas estão tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral – a cada dois anos, a obrigação de comparecer ou de fazer a justificação. A leitura do art. 14 – diziam muitos dos colegas no Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de setenta anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Então, a meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação da disposição citada, do art. 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução, tal como fez o Ministro Ricardo Lewandowski, a partir da aplicação, *per analogiam*, por analogia, poderíamos chegar a essa aplicação. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

Presidente, com isso eu chego à parte final do meu voto, para dizer que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Relator quanto ao resultado, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação, ou pelo menos algumas explicitações em relação à fundamentação. Todavia, também tenho um certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas. O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas. Ao mesmo tempo, fazermos simplesmente a equiparação

pode, também, fazer com que nós estejamos a equiparar situações que vão revelar diversidades, tal como apontava o Ministro Ricardo Lewandowski.

As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. Me pus a pensar sobre questões que afligem os próprios cultores do Direito Comparado; eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo, e lá saiu a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Eu vejo aqui, por exemplo, a lei recente da Argentina, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio, com as modificações – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É uma Lei de julho de 2010. Confere os mesmos direitos e deveres do casamento entre heterossexuais. Lá, a possibilidade de adoção ainda é polêmica.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Agora, não foi o meu voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Talvez com o pronunciamento do Supremo a inibição fique afastada.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.

Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim. Concordo com Vossa Excelência que a Constituição contém normas muito claras e direitos fundamentais que permitem a pretensão formulada. Se aqui vamos aplicar, por extensão, a norma constante do texto constitucional sobre a união estável ou vamos fazer por analogia ou de outra forma é uma discussão, porque nos resultados vamos nos aproximar de forma fundamental.

Sobre essa questão do Congresso, Presidente, é interessante observar os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. De quando em vez se afirma que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e

se alega, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária; recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se os senhores compulsarem os debates no Congresso Nacional, os senhores verão que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ainda bem que acreditam em nosso taco. Ainda bem!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E a gente nem sempre confirma a expectativa. Mas, neste caso, nós temos uma outra singularidade, porque há um tipo de inércia legislativa, isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, ser editada pelo Congresso nacional, e nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção.

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

Antes da Carta de 1988, tínhamos como direito de todo trabalhador urbano e rural a participação nos lucros. Esse preceito ficou sem regulamentação a vida inteira, mais de quarenta anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Portanto, aqui me parece ser um caso muito claro, Presidente, de proteção dos direitos fundamentais.

Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também destacado no voto do Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação; talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem. Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Já foi destacado, a partir da fala do eminente Procurador-Geral, que há no País algo em torno de sessenta mil casais declarados, um número pouco expressivo – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida, recôndita –, muito provavelmente em razão da discriminação, da falta

de modelo institucional, de autoconvenção, de autoproteção. A falta de institucionalidade acaba contribuindo para esse quadro.

Encerro, então, Presidente, destacando a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de desproteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados.

Volto a citar uma passagem já citada por mim quando discutimos o caso das células-tronco, uma passagem, a meu ver, muito expressiva do jusfilósofo e constitucionalista Robert Alexy, quando diz que o parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional o representa argumentativamente:

> O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

Então, com essas breves considerações, Senhor Presidente – não tão breves assim –, assentando, portanto, essas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado, e, também, de todos os votos aqui proferidos.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, com pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), "para que se reconheça a sua incidência também

sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família".

Eis o teor do dispositivo impugnado:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Como ressaltado pelo Ministro Ayres Britto, esta ação havia sido originariamente autuada como ADPF 178, em que se apontava a lesão aos seguintes preceitos fundamentais: vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), princípio da igualdade (5º, *caput*), princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), direito à liberdade (art. 5º, *caput*) e proteção à segurança jurídica.

O que se pretendia, em síntese, era "a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo".

No exercício da Presidência desta Corte, em julho de 2009, após determinar a emenda à inicial, despachei no presente processo para concluir pela inépcia da inicial, em razão da inexistência de objeto específico e bem delimitado da ação de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, recebi a petição como ação direta de inconstitucionalidade, com adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/1999, em virtude de pedido subsidiário de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), "para que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família".

Em breve síntese, a argumentação contida na petição inicial é no sentido de que o reconhecimento público e estatal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, inclusive como entidade familiar, fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação de discriminações, da liberdade e da segurança jurídica, assentando que a negativa de tal direito seria inconstitucional.

Para garantir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e os direitos dele decorrentes, requer-se interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil a fim de que "ele se estenda à união entre pessoas do mesmo sexo, desde que esta se configure como 'convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família'".

Assim, uma interpretação restritiva do referido dispositivo, que partisse do pressuposto de que só seria aplicável à união entre homem e mulher, seria inconstitucional, pois nem o dispositivo legal é restritivo, nem a Constituição.

Ademais, está sendo levada a julgamento conjunto com esta ação direta a ADPF 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com semelhante fundamentação, sobretudo para fins de concessão de benefícios

estatutários e previdenciários aos servidores públicos estaduais, em que se requer a procedência da ação para que esta Corte:

> a) interprete a legislação estadual aqui indigitada – art. 19, II e V e art. 33, do Decreto-Lei n. 220/75 –, assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis;
>
> b) declare que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais.

Em pedido subsidiário, caso esta Corte não entenda pelo cabimento da ADPF 132, requer-se o recebimento da petição inicial como ação direta de inconstitucionalidade, "uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme à Constituição (i) dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto-Lei 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e, bem assim, (ii) do art. 1.723 do Código Civil, para o fim de determinar que este dispositivo não seja interpretado de modo a impedir a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, impondo-se, ao revés, sua aplicação extensiva, sob pena de inconstitucionalidade".

1 – Questão prévia

Inicialmente, acompanho a proposição do eminente Ministro Relator Ayres Britto em seu voto, no sentido de receber a ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do pedido subsidiário formulado. Ademais, tendo em vista a superveniência da Lei 5.034/2007, do Estado do Rio de Janeiro, que dispôs sobre os temas contidos nos pedidos relacionados aos dispositivos do Decreto-Lei 220/1975 do Estado do Rio de Janeiro, também o acompanho para conhecer parcialmente da ação direta, tão somente na parte em que se requer interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, ou seja, em coincidência com o pedido formulado na ADI 4.277.

2 – A interpretação conforme à Constituição no presente caso e seus limites

Em síntese, o pedido das ações é para que se dê interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, que possui o seguinte texto: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição familiar". A Procuradoria-Geral da República pede "que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo".

Nesse sentido, deve-se indagar, inicialmente, acerca dos limites e das possibilidades de se legitimar tal pretensão a partir do pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, nos termos em que formulado.

Não é necessário muito esforço hermenêutico para se constatar, de pronto, que o pedido, tal como formulado, poderia suscitar sérios questionamentos quanto aos limites da utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição, tema que instiga uma série de controvérsias na teoria constitucional e na prática dos tribunais constitucionais.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição (Rp 948, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 82:55-6; Rp 1.100, *RTJ*, 115:993 et seq.). Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição (cf., a propósito, Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997). O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão (cf., a propósito, Rp 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 9-9-1988).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada *vontade do legislador.* A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.* 2. ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADI 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 19-4-2006; Rp 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988; ADI 3.046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 28-5-2004).

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto (Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 9-9-1988).

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que "a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral" (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 301).

A eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana (cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003) bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui

a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e a soluções simplistas – como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano, do qual cito, a seguir alguns, trechos:

> *La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de "legislador negativo". Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico "arsenal" sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple "constitucionalidad/ inconstitucionalidad", es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, "la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección" de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, "certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.*
> (CAMAZANO, Joaquín Brage. *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas").* En Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*. Porrúa, México, 2005, en prensa.)

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em geral, tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, de aferição da "lei ainda constitucional" e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/1999, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos

da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-5-2004).

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas "atípicas", converteram-nas em modalidades "típicas" de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei (ADI 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-4-1996; Rp 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988).

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar-se que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127).

No julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei (ADI 1.105/DF e ADI 1.127/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski).

Em outros vários casos mais antigos (ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127), também é possível verificar-se que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos* (sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 238 et seq.; MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001; LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Morais fez a seguinte análise:

> (...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.
>
> Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.
>
> Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3.105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos.
>
> (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 238 et seq.)

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Em decisão de notável relevância doutrinária para o tema em discussão, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma (MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes; e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 25-10-2007. Tenha-se presente, ainda, o MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 24-5-2002, e o MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14-11-1991, quando restou assentado que "é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo que fixar, de molde a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito").

Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos MS 26.602/DF, MS 26.603/DF e MS 26.604/DF, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

Também de marcado caráter aditivo, registre-se a decisão proferida na Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, quando o Tribunal, enfrentando a situação de insegurança geral deflagrada pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, logrou, mediante a disciplina constante do voto do Ministro Menezes Direito, dar margens nítidas à extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes são constitucionalmente garantidas (Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, *Informativo STF* 539, 16 a 20-3-2009).

Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Trata-se de hipótese em que duas empresas, importadoras de um mesmo produto, foram discriminadas, por concessão de benefício tributário a apenas uma delas, o que gera evidente desequilíbrio comercial. Em voto-vista de minha lavra, foi proposta a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial. O julgamento encontra-se pendente, em razão de pedido de vista.

Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

No presente caso, porém, devemos refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Sobre a problemática contida no pedido de interpretação conforme realizado pela Procuradoria-Geral da República, Lenio Luiz Streck fez as reflexões a seguir transcritas, que devem ser objeto de atenção:

> De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma tal medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.
>
> E isso porque a tese da PGR se perde em meio ao problema semântico e não avança em direção ao *fenômeno mesmo* que é a *applicatio* do texto constitucional. Essa hipertrofia com relação à semântica (que não deixa de ser um sintoma da permanência das bases positivistas no seio da dogmática constitucional) – que aparece claro em expressões como interpretação restritiva ou extensiva – encobre o problema essencial: como dar efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a uma

decisão do Supremo Tribunal Federal que realize uma Interpretação Conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*)? Poder-se aduzir que o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/1999 autoriza tais efeitos para decisões que se utilizem das chamadas sentenças interpretativas *lato senso*. Mas, mesmo aqui, caberia o questionamento: poderia a lei ordinária alargar o espaço já estabelecido pelo poder constituinte? Não haveria, na espécie, usurpação de competência do constituinte?

E mais. As sentenças interpretativas só podem ser corretamente compreendidas através da diferença (ontológica – *ontologische Differentz*) que existe entre *texto* e *norma*. A interpretação conforme à Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é *o limite do sentido e o sentido do limite*. Ou seja, somente a partir dela – da parametricidade constitucional – e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode fazer a referida atribuição de sentido (*Sinngebung*). E, outra coisa: a diferença entre texto e norma não quer dizer que seja permitida a atribuição de qualquer norma ao texto. E muito se pode admitir que, a pretexto da aplicação da máxima hermenêutica "texto e norma", a PGR venha a pretender substituir o próprio texto da Constituição – pela via indireta da interpretação conforme dada ao Código Civil – por um outro (aquele que ela, a PGR, entenda ser mais adequado).

Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador.

Prossegue, então, Lenio Streck, no mesmo raciocínio:

Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do *B*"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário (...)" ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição.

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer "antipáticas" aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.*

Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse

argumento que se contrapõe à própria tese: "em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis" (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que **a própria Constituição** aponta para outra direção, construir decisões "legiferantes".

Dito de outro modo: a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser "colmatada", com um argumento kelseniano do tipo "o que não é proibido é permitido" (sic!). *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões:* por exemplo, a Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, *a*, refere apenas a possibilidade de arguição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Veja-se: em nome do "princípio democrático" ou da "república", os munícipes espalhados pelos quatro cantos do Brasil poderiam alegar que "a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais", etc. Ora, nada disso pode ser "colmatado" por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema – por lei –, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). E o que dizer da "discriminação" entre homem e mulher para os casos de aposentadoria? Se homens e mulheres devem ser iguais, por que as mulheres se aposentam mais cedo? Não seria o caso de ingressar com uma ADPF para substituir a expressão homens e mulheres por "indivíduos"? E assim por diante...!

Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima "o que não é proibido é permitido", que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, *v.g.,* o princípio da dignidade da pessoa humana. E, registre-se: o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panaceia para todos os males, mormente de "omissões" (sic) do constituinte: *o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto*. E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que "devemos levar o texto a sério". Sem texto não há normas; não há normas sem textos.

Em síntese: não há um lado "b" da Constituição a ser "descoberto" axiologicamente, como se "por debaixo do texto da Constituição existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete". A resposta adequada para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, *v.g.*, o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei. Na terra de Cervantes, o Poder Judiciário não se sentiu autorizado a "colmatar" a "inconstitucionalidade da Constituição".

(STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28-7-2009. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/13229. Acesso em: 3-5-2011.)

Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint,* por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.

Desde o começo deste julgamento, eu fiquei preocupado com essa questão e cheguei até a comentar com o Ministro Relator Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto do Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que isso era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme à Constituição seria a invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo.

E, de fato, é com base nesse argumento que entendo pertinente o pleito trazido nas ações diretas de inconstitucionalidade.

É preciso, portanto, que nós deixemos essa questão muito clara, porque ela terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º)**, mas com suporte em outros princípios constitucionais.

Todavia eu não diria que isso decorre do texto legal nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse seria o meu juízo neste momento – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da

união entre pessoas do mesmo sexo. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

É, dessa forma, portanto, que fundamento neste julgamento a possibilidade de utilização da interpretação conforme à Constituição. Colhe-se dos elementos dos autos e das sustentações dos *amici curiae*, bem como do conteúdo do voto do Eminente Ministro Relator Ayres Britto e dos votos daqueles que o sucederam, que o argumento determinante da ação é o de que essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, o entendimento que autoriza a interpretação conforme à Constituição no caso é que o dispositivo impugnado está sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, formulou-se a impugnação das próprias decisões judiciais que assim teriam decidido.

Eu comemoro e comungo também desse entendimento. É sabido que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: de que não podemos fazer isto ou aquilo porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.

Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo.

É certo que essa própria afirmação já envolve certo engodo metodológico. Eu diria que até a fórmula puramente anulatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo,* um modelo jurídico contrário à posição que estava anteriormente em vigor.

Explicitada, portanto, a fundamentação sobre os limites e a possibilidade de interpretação conforme à Constituição no presente caso, passo a esclarecer os fundamentos que permitem concluir no sentido da legitimidade constitucional de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

3 – A questão do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo

Parece-me que a questão central a ser considerada neste julgamento refere-se à legitimidade constitucional de reconhecimento jurídico da união

entre pessoas do mesmo sexo. Indaga-se, ainda, sobre a possibilidade de aplicação analógica do regime da união estável entre homem e mulher, diante da ausência de um modelo institucional mínimo de proteção da união homoafetiva.

Em primeiro lugar, afirmo a importância deste debate e destaco não haver dúvida na atualidade de **ser um fato da vida** a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo, pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente referidas em nossa Constituição como entidades familiares.

Nesse sentido, destaco que, segundo dados do Censo 2010 divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 60.002 (sessenta mil e dois) casais homossexuais vivendo juntos. O número pouco expressivo certamente não reflete a realidade – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida – muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional, de autoconvenção e de autoproteção dessas pessoas. A falta de institucionalização desta questão contribui para esse quadro. Esse dado estatístico revela, ainda, que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil passa pelo enfrentamento de dificuldades de diversas ordens.

Primeiramente, constata-se a ausência de regulamentação normativa específica acerca da união entre pessoas do mesmo sexo e a falta de um modelo institucional mínimo no Brasil, a trazer insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas.

Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses.

Esses impasses, por vezes, têm sido levados à apreciação do Poder Judiciário e os tribunais brasileiros vêm adotando posicionamentos distintos, conforme demonstram os documentos juntados aos autos. Há decisões judiciais em que se nega validade jurídica à união homoafetiva (por impossibilidade jurídica do pedido). Em outras situações, reconhece-se a relação como sociedade de fato, no âmbito dos direitos das obrigações. Em outros casos, avança-se para afirmar a união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável no que couber. A depender do entendimento adotado, poderão ser declaradas competentes a vara cível ou a vara de família.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Nós vimos recentemente nas últimas eleições nacionais as dificuldades por que passou a então candidata, agora Presidenta Dilma Rousseff, quando teve que,

de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, em torno deste assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso poderia explicar, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. É oportuno destacar, a seguir, em análise sucinta, alguns relevantes projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias outras propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação efetiva.

3.1 – A controvérsia política e a ausência de uma deliberação consensual do Congresso

A união homoafetiva, seus reflexos nas diversas searas jurídicas e outros assuntos conexos não parecem ter sido simplesmente esquecidos pelo Poder Legislativo. Ao contrário, depois do advento da Constituição de 1988 diversos projetos de lei e propostas de emendas à Constituição foram apresentados sobre o assunto. Entre essas diversas proposições legislativas, algumas foram arquivadas e outras tantas continuam em tramitação.

Um dos primeiros projetos que visava a regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo foi apresentado pela Deputada Marta Suplicy (PT/SP). Trata-se do Projeto de Lei 1.151/1995, por meio do qual se propunha assegurar a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, com vistas especialmente à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão, à equiparação ao cônjuge do companheiro ou companheira de mesmo sexo que comprove a união estável como entidade familiar, entre outros direitos.

Esse projeto de lei tratava da forma de registro civil da união, do reconhecimento daquelas não registradas, determinava que os entes federados disciplinassem a concessão de benefícios previdenciários aos seus servidores que comprovassem viver em união homoafetiva, a forma de rompimento da união civil, entre outras providências.

O Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) apresentou Substitutivo global ao Projeto de Lei 1.151/1995, por meio do qual se transformou a união em contrato de parceria civil, que também deveria ser registrada, sem poder, contudo, ser reconhecida na ausência do devido registro civil.

O Substitutivo mantinha boa parte da regulamentação anterior, trazendo, no entanto, a proibição a quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, além de disciplinar de maneira mais específica os direitos sucessórios dos parceiros, a instituição do bem de família na parceria civil, o direito à inscrição do parceiro ou parceira como beneficiário do regime geral de Previdência Social como dependente e beneficiário de pensão, com reflexos tributários. Previu, ainda, a possibilidade de composição de rendas entre parceiros para a aquisição da casa própria, além de reconhecer direitos de parceiros a planos de saúde e a seguros de vida.

No entanto, a proposição sofreu ataques na Câmara dos Deputados e, em razão de acordo entre os líderes partidários, foi retirada de pauta em 31 de maio de 2001 e, posteriormente, arquivada.

Também em 1995, a Deputada Marta Suplicy capitaneou a apresentação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC 139/1995), que alterava os arts. 3º e 7º da Constituição, para, respectivamente, incluir, entre os objetivos de **promover o bem de todos sem preconceitos, a liberdade de orientação sexual**, **e proibir a diferenciação** salarial, de exercício de funções e critérios de admissão **por motivo de orientação sexual**. Essa PEC foi arquivada em 1999.

Foi apresentada, posteriormente, a PEC 66/2003, que resgatava o teor da PEC 139/1995, mencionada acima. Essa nova proposta foi arquivada em 31-1-2001 e desarquivada em 16-2-2011, em virtude de requerimento de autoria do Deputado Paulo Pimenta (PT/RS), de modo que se encontra em tramitação até o momento.

Em 2003, o então Senador Sérgio Cabral foi autor da PEC 70, por meio da qual se propugnou a alteração do § 3º do art. 226 da Constituição para nele incluir-se a possibilidade de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais como entidade familiar. Em 2006, o próprio autor retirou a proposta.

Sobre matérias conexas foram apresentados alguns projetos de lei. O PL 2.383/2003 foi apresentado pela Deputada Maninha e trata de estender os planos e seguros privados de assistência à saúde às pessoas em união homoafetiva. O PL 6.297/2005, apresentado pelo Deputado Maurício Rands (PT/PE), visa a incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro ou a companheira homossexual do segurado ou segurada do INSS, bem como os companheiros ou companheiras de servidores públicos civis da União. Projeto que está em tramitação.

O PL 2.285/2007 (PT/BA), apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, reconhece como entidade familiar a união homoafetiva e assegura aos parceiros direitos à guarda e à convivência com filhos, à adoção de filhos, direitos previdenciários e à herança. Este projeto tramita em conjunto com o PL 674/2007, proposto pelo Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP), que foi objeto de Substitutivo do Deputado Eliseu Padilha (PMDB/RS), e vem recebendo inúmeras emendas, assim como vem sendo alvo de debates no âmbito das Comissões da Câmara dos Deputados.

O PL 4.508/2008, apresentado pelo Deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL), tramita em conjunto com os mencionados no parágrafo acima e visa à proibição de adoção de filhos por parte de homossexuais. No mesmo sentido, o PL 7.018/2010, do Deputado Zequinha Marinho (PSC/PA), cujo objeto é a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para vedar a adoção de crianças por casais de mesmo sexo.

O PL 4.914/2009, de autoria conjunta de vários deputados e deputadas, entre eles José Genoíno, Fernando Gabeira, Solange Amaral, acrescenta o art. 1.727-A ao Código Civil para aplicar às uniões homoafetivas o regramento das uniões estáveis ordinárias, excetuando-se a conversão em casamento. Este

projeto foi apensado ao PL 580/2007, apresentado pelo Deputado Clodovil Hernandes (PTC/SP), e ambos foram desarquivados em 16-2-2011, de forma que tramitam regularmente.

Outra medida em debate no Congresso é o Projeto de Lei Complementar 122/2006, que criminaliza a homofobia.

Além das proposições legislativas mencionadas, há ainda outras no plano legislativo federal que versaram ou ainda versam sobre temas conexos e até mesmo sobre os mesmos assuntos.

Como antes ressaltado, esse levantamento é ilustrativo e não tem a intenção de analisar exaustivamente as proposições sobre a matéria da união homoafetiva. No entanto, por meio desse exame, colhem-se indícios de que, apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de quinze anos, até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação.

No campo da legislação local sobre o tema (legislação dos demais entes federativos), há também importantes referências do amadurecimento contínuo dos contornos dos efeitos do reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

A recente Lei 5.034/2007 do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, que tem inclusive interesse direto na solução da ADPF 132, possui o seguinte teor:

> Art. 1º O art. 29 da Lei n. 285, de 3 de dezembro de 1979, fica acrescido do seguinte parágrafo:
>
> Art. 29. (...)
>
> (...)
>
> § 8º Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.
>
> Art. 2º Aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, fica assegurado o direito de averbação junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos.
>
> Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação.

Há, ainda, várias leis locais que determinam a aplicação de sanções por práticas discriminatórias adotadas em razão de orientação sexual, a exemplo das Leis 3.406/2000 e 3.376/2000 do Estado do Rio de Janeiro; da Lei 2.615/2000 do Distrito Federal; da Lei 10.948/2001 do Estado de São Paulo; da Lei 5.275/1997 de Salvador/BA; e das Leis 8.176/2001 e 8.283/2001 do Município de Belo Horizonte/MG; da Lei 9.036/2007 do Estado do Rio Grande do Norte.

O Estado de São Paulo, por meio do Decreto 55.839, de 18 de maio de 2010, estabeleceu o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT, entre outras providências, com diversas ações para a proteção e o desenvolvimento dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Esse rol exemplificativo demonstra que o Estado, pouco a pouco, busca consolidar e sedimentar o âmbito normativo de reconhecimento e proteção da união homoafetiva e de seus efeitos jurídicos.

Esse fato sinaliza que, além de muito importante, a matéria é delicada e tormentosa. O Poder Legislativo, em regra, não entra em consenso, mas continua a enfrentar o tema. Todavia, a demora em aprovar legislação gera nos interessados angústia natural e um sentimento de desproteção, para a qual buscam solução no Judiciário.

Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de quinze anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade.

Além disso, das proposições legislativas e dos debates travados no Parlamento, pode-se notar que parece haver maior consenso relativamente a alguns temas, tais como os efeitos previdenciários da união homoafetiva, ao passo que outros assuntos são bastante controvertidos (como é o caso da adoção de crianças por casais homoafetivos).

Por outro lado, é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva.

A despeito da complexidade do tema e do dissenso político a ele associado – como visto acima –, o fato é que nós temos essa questão posta.

3.2 – O Direito Comparado evidencia a necessidade de aprofundado debate e reflexão social

A análise do Direito Comparado pode servir, especialmente para assuntos polêmicos, como um importante meio de se buscar respostas a questionamentos nacionais. No que se refere ao casamento ou à união civil entre pessoas do mesmo sexo, válido é não apenas se verificar o modo como as demais nações lidaram ou ainda lidam com o tema, mas, principalmente, valer-se de experiências estrangeiras para se atestar o grau de complexidade dessa questão.

No âmbito internacional, os países podem ser classificados em três grupos, de acordo com o tratamento jurídico concedido ao comportamento homossexual. Há os países *repressores*, que proíbem e punem o homossexualismo; os *indiferentes*, ainda que não criminalizem esta conduta, não criam medidas favoráveis a ela e, finalmente, os Estados *avançados*, que possuem medidas para proteção da população homossexual (cf. Fábio de Oliveira Vargas. *União homoafetiva. Direitos sucessórios e novos direitos*. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 99).

Dados indicam que em cerca de 76 (setenta e seis) países do mundo o homossexualismo é penalmente repreendido. Estão inseridos nesta listagem

Jamaica, Angola, Nepal e grande parte dos países muçulmanos. Ressalto que, nestes, em Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritânia e Sudão, as relações sexuais entre homens são, inclusive, punidas com pena de morte (cf. Daniel Ottoson, *State-sponsored Homophobia – a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults. The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*, 2010. Disponível em: http://ilga.org/ilga/en/article/1161. Acesso em: 3-5-2011).

A tendência mundial é, entretanto, a crescente afirmação dos direitos das uniões homoafetivas. Na Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ainda que não tenha reconhecido nenhuma espécie de direito para casais do mesmo sexo, já indicou que os parâmetros para sua aceitação devem ser desenvolvidos nos Estados europeus.

A União Europeia também incentiva que seus Estados-membros editem normas de proteção a esses direitos. Vale mencionar ainda a Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas, a qual é apoiada pelo Brasil.

Como é sabido, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo pode receber, normativamente, a mesma proteção concedida ao casamento tradicional ou ser assemelhado ao que, no Brasil, denomina-se união estável.

No primeiro caso – equiparação ao casamento – a união pode apresentar diferentes designações, como *same-sex marriage, equal marriage, same-gender marriage* ou, simplesmente, *casamento.* Poucos países adotaram este posicionamento, como Holanda – o primeiro a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2001 –, Bélgica (2003), África do Sul (2006) e Argentina (2010) (cf. VARGAS, Fábio de Oliveira. op. cit., 2011, p. 101).

A outra forma de proteção aos direitos derivados de relações homossexuais é sua vinculação ao conceito de união estável. Nesse sentido, podem ser conhecidas como "parcerias civis" (Inglaterra), "parcerias registradas" (países da Escandinávia), "parcerias domésticas" (Estados Unidos e alguns países da Europa).

Os países escandinavos foram pioneiros em admitir alguma forma de proteção aos direitos das uniões entre parceiros do mesmo sexo.

A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união homoafetiva, em 1989, ao permitir o registro de parcerias civis. Os debates acerca desse tema iniciaram-se, porém, em 1968, com a apresentação de uma proposta de lei. Nos anos seguintes, instaurou-se uma forte discussão na sociedade sobre a extensão dos direitos que deveriam ser reconhecidos aos casais de mesmo sexo.

Ressalto que se passaram 21 anos desde a apresentação da primeira proposta de reconhecimento da união homoafetiva até sua efetiva aprovação pelo Parlamento dinamarquês. Nesse período, foram travados diversos debates e realizadas pesquisas de opinião pública.

O mesmo ocorreu na Holanda, primeiro país a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que os movimentos a favor de seu reconhecimento

começaram a ter maior intensidade em 1991. Em 1994, foi apresentada a primeira proposta de formalização das uniões, que, aprovada, entrou em vigor em 1998. Uma nova legislação, estabelecendo o direito de os homossexuais usufruírem do mesmo instituto matrimonial reservado aos heterossexuais, passou a valer em 2001 (cf. VARGAS, Fábio de Oliveira. op. cit., 2011. p. 101).

A legislação holandesa apresenta diversos detalhes, frutos de anos de discussões e avaliação de situações práticas. A Holanda possibilita, *v.g.*, a adoção de crianças por casais homossexuais, desde que passados três anos de convivência.

A união homoafetiva também é tratada com detalhes pela legislação da Alemanha, país em que desde 2001 vigora a "parceria civil homossexual", instituída pela *Lebenspartnerschaftsgesetz* (*Gesetz* über *die Eingetragene Lebenspartnerschaft*. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de/lpartg/index.html. Acesso em: 3-5-2011).

Essa lei é resultado de uma discussão iniciada na década de oitenta e que continua em vigor após o início de sua vigência, com debates acerca da possibilidade de aumento do rol de direitos e deveres dos parceiros de mesmo sexo. A extensão do projeto de lei era bem maior do que o aprovado e acabou por ser reduzido após algumas concessões.

A lei alemã estabelece as condições para a união civil entre casais do mesmo sexo – iguais aos impedimentos do casamento – e elenca direitos e deveres existentes entre os companheiros da união homossexual, como a possibilidade de adotarem o mesmo sobrenome, o direito à herança e a assistência ao filho do companheiro morto.

Prevê, também, que parceiros homossexuais não podem adotar, mas institui que, caso um companheiro adote uma criança, o outro deverá consentir. Ainda faz referência ao casamento tradicional, indicando que, em algumas questões, é válido o estabelecido pelo Código Civil Alemão na parte referente ao matrimônio – por exemplo, no tocante ao regime de bens.

A análise exemplificativa do direito estrangeiro, que aqui sintetizei em três casos, evidencia que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países em que o adotaram. Não apenas antes da edição da norma regulamentadora, que costuma demandar prazo considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor.

A extensão das leis que a define e o estabelecimento de algumas restrições indicam que não se trata de assunto simples, mas, sim, de matéria que deve ser bastante deliberada e discutida.

Evidencia-se, ainda, haver um papel relevante do Estado em todas as suas esferas (legislativa, executiva, jurisdicional) para concretizar adequada normatização dessa questão.

3.3 – O reconhecimento da união homoafetiva como afirmação de direitos de minorias

Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, como já explicitado neste voto, de excesso de intervenção judicial, dizer-se que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Destaquei acima, inclusive, a contribuição do direito comparado neste tema, o que demonstra a complexidade e relevância deste debate. Mas é verdade, ainda, que o quadro que se tem no Brasil, como já foi aqui descrito, é de inércia, de dificuldades e de não decisão por razões políticas várias.

É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. **Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.**

A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG – *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt).*

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, § 2º).

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em

se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Ocorre que a falta de um modelo institucional que abrigue essa opção e sua proteção, que permita a institucionalização dessa relação social, acaba contribuindo para restrições indevidas e para um quadro de discriminação. Não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou aos direitos aqui elencados.

Nesse ponto, é importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o art. 226, § 3º, multicitado:

> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição.

É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre

homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado.

Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.

Daí decorre, então, um **dever de proteção**. Mas é preciso mais uma vez dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

Quanto à concretização desse dever de proteção, o que se percebe é o seu contínuo esvaziamento, dada a ausência de um modelo legalmente institucionalizado e estabelecido pelo Poder Legislativo, o que também desestimula uma ação efetiva do Poder Executivo e, por vezes, serve de fundamento para a negativa de inúmeras demandas administrativas.

O reconhecimento de alguns aspectos dessa questão até tem ocorrido na seara administrativa, embora na maioria dos casos isto tenha ocorrido no plano infralegal, com enorme dificuldade e com elevado grau de litigância, inclusive com desdobramentos nas vias judiciais. É interessante notar, nesse ponto, tratar-se de fenômeno gradual e que tem se constituído de forma segmentada e descontínua, a exemplo de sua aceitação para fins previdenciários e estatutários.

Vale destacar aqui algumas importantes ocorrências, que, como se poderá perceber, são estanques e não garantem – diante da precariedade dos atos regulamentares – um grau adequado de segurança jurídica.

3.4 – A insuficiente proteção decorrente da atuação administrativa regulamentar

No Brasil, sobretudo no âmbito federal, é recente a manifestação mais explícita do Poder Executivo de fomentar a regulamentação e proteção de direitos que, de alguma forma, poderiam estar relacionados ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. De certa maneira, isso permite evidenciar a dificuldade da extensão de efeitos jurídicos ao reconhecimento da união homoafetiva, o que, de fato, tem se dado de forma gradual e segmentada.

No âmbito da administração pública federal, por exemplo, na área da Previdência Oficial a cargo do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), foi editada inicialmente a Instrução Normativa/INSS/DC 25, de 7 de junho de 2000, posteriormente reformulada pela Instrução Normativa 50/2001, a qual estabeleceu procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários a parceiros homossexuais (pensão por morte e auxílio reclusão).

Em sentido semelhante, destaca-se a Portaria 513, de 9 de dezembro de 2010 do Ministério da Previdência Social, que estabelece que "no âmbito do Regime Geral da Previdência Social – RGPS os dispositivos da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991, que tratam dos dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo".

Ressalte-se, contudo, que tal normatização decorreu de condenação da autarquia previdenciária em anterior ação civil pública que tramitou na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. A despeito desse avanço, há dificuldades de ordem prática, inclusive para efeitos de comprovação de dependência econômica, o que acaba por acrescer o número de negativas de concessão de benefícios.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, por seu turno, editou recentemente a Súmula Normativa 12, de 4 de maio de 2010, com o seguinte teor: "1. Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde **pessoa** do sexo oposto ou **do mesmo sexo**". (grifo nosso). Assim, faculta-se ao cidadão a possibilidade de inclusão de parceiro homoafetivo como beneficiário em planos privados de saúde, cabendo às operadoras definirem a forma como deverá se dar a comprovação da convivência mútua.

O Ministro da Fazenda aprovou, no ano de 2010, o Parecer PGFN/CAT/1.503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para permitir a inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Eis a ementa do referido parecer:

> Requerimento administrativo de servidora pública federal para inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Legitimidade do pleito. Falta de vedação legal ou constitucional. Princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.
> (Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc. Acesso em: 3-5-2011.)

Ademais, ressalte-se que, no ano de 2011, foi divulgado na imprensa nacional o ato do Ministro da Fazenda, Guido Mantega, que autorizou a inclusão de companheiros como dependentes, na união homoafetiva, para obter dedução fiscal na declaração do Imposto de Renda. Entretanto, o referido ato foi impugnado por meio de ação popular pelo Deputado Federal Ronaldo Fonseca, ao argumento de que tal possibilidade se restringiria à união estável entre homem e mulher (http://economia.uol.com.br/impostoderenda/ultimas-noticias/infomoney/2011/03/04/ao-fazer-a-declaracao-de-ir-casais-homoafetivos-devem-atentar-a-documentacao.jhtm. Acesso em: 3-5-2011.)

Em sentido semelhante, foi regulamentada a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração – CNI 77, de 29 de janeiro de 2008 –, vinculado ao Ministério da Justiça, que dispõe, entre outros assuntos, sobre critérios para a concessão de visto, temporário ou permanente, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo (art. 1º).

A Lei Maria da Penha – Lei federal 11.340, de 7 de agosto de 2006 – expressamente estabelece que toda mulher, **independentemente da orientação sexual**, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (art. 2º), bem como que a definição de entidade familiar, para efeitos de proteção desta lei, **independe de orientação sexual** (art. 5º, parágrafo único). Entretanto, há controvérsia sobre sua plena aplicabilidade a casais homoafetivos.

Também o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 39/2007, reconhecendo a possibilidade de inclusão de companheiro homossexual para fins de dependência econômica.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do Ato Deliberativo 27/2009, admitiu a inclusão de companheiro homoafetivo como beneficiário do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do Tribunal.

Cite-se também o Provimento 6/2004 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual institui o registro, no Cartório de Títulos e Documentos, de qualquer documentação relativa a uniões afetivas entre pessoas plenamente capazes, independentemente do gênero. Da mesma forma, destaca-se o Provimento 36/2010 da Secretaria da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e o Provimento 174/2010 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas.

Em semelhante sentido, destaca-se o Provimento 7/2010 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, em seu art. 1º, determinou nova redação ao art. 775 do Provimento 20/2009, para nele incluir parágrafo único com o seguinte teor:

> Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que convivam afetivamente ou mantenham sociedade de fato, de forma contínua, pública, duradoura, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar contratos e documentos que digam respeito à referida relação jurídica ou que visem constituí-la na forma anteriormente prevista.

Em maio de 2009, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República apresentou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, em que há descrição de diversas metas, entre as quais se destaca a de n. 1.2.34, que estabelece a ação, a cargo da Secretaria de Direitos Humanos, de mobilização parlamentar para aprovação de projetos que tratem de união homoafetiva.

O Ministério da Saúde lançou em 2010 a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, para ser implementada no Sistema Único de Saúde (SUS). Sua formulação seguiu as diretrizes do Governo expressas no Programa Brasil sem Homofobia, que foi coordenado pela Secretaria

Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e que atualmente compõe o Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH 3).

O Presidente da República, por sua vez, editou o Decreto 7.388/2010, que dispõe sobre a composição, a estruturação, as competências e o funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), o qual tem diversas atribuições para organizar e fomentar políticas públicas que visem à garantia dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Além disso, por meio de Decreto de 4 de junho de 2010, o Presidente da República institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.

A Ordem dos Advogados do Brasil, ainda, mediante a Portaria 16/2011, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, criou, em 15 de abril de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB.

O caráter recente e a precariedade jurídica da maioria dessas ocorrências (característica própria dos atos infralegais decorrentes do exercício do poder regulamentar da administração), por vezes, conduzem as controvérsias administrativas para as vias judiciais.

Não há dúvida de que o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, tenha se destacado entre os três Poderes no reconhecimento de uniões homoafetivas e dos direitos que delas advêm, em decorrência da necessidade de exercer a jurisdição, ainda que sem balizas legislativas e regulamentares muito claras.

Há algumas decisões que se valeram dos princípios gerais do direito e da analogia com a legislação referente às uniões estáveis heterossexuais, para protegerem parcerias homoafetivas. Essa aproximação já foi feita, inclusive, não apenas para reconhecer direitos daí decorrentes, mas também para ressaltar deveres jurídicos.

Nesse sentido, menciono decisão do Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564, de minha relatoria, julgado em 1º-10-2004, em que se reconheceu a relação homoafetiva, a fim de declarar-se a inelegibilidade reflexa de pré-candidata ao cargo de prefeito, que mantinha relação de convivência com a prefeita reeleita do Município de Viseu/PA, *in verbis*:

> *Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal.*
>
> Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.
>
> Recurso a que se dá provimento.

Essas e outras decisões têm enfrentado problemas pontuais por parceiros homossexuais, relacionados à herança, à sucessão, ao direito previdenciário, por exemplo, e impulsionam a aceitação social e a proteção jurídica dessas relações, que já não podem ser negadas.

Certamente, essas relações não estão à margem do Direito, pois a própria Constituição estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais desta nação.

Em obra sobre a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Ingo Sarlet leciona que, "considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade". (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 109.)

Nesse contexto, além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, por exemplo, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual.

Ocorre que esse tema, como antes ressaltado, é extremamente delicado, e o reconhecimento e a proteção dessas relações perpassam uma série de concepções culturais, filosóficas, religiosas, entre outras, que demandam tempo para consolidação pela sociedade.

E, como já enfatizado, o que se constata é a ausência de uma legislação que estabeleça um modelo institucional que confira um mínimo de segurança jurídica e efetividade a esses direitos, o que inviabiliza um adequado nível de proteção exigido para a defesa de direitos fundamentais básicos, aqui já afirmados.

Essas considerações abrem espaço, ainda, para se indagar sobre o relevante problema das lacunas constitucionais e a busca de uma fórmula de resolução da controvérsia no âmbito do controle de constitucionalidade.

4 – O problema das lacunas valorativas ou axiológicas e a ideia da aplicação do pensamento do possível

A Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe textualmente sobre a união homoafetiva. De outro lado, também não a veda de forma expressa. No seu art. 226, define-se a família como base da sociedade, a qual tem especial proteção do Estado.

Em análise preliminar deste dispositivo, verifica-se no texto constitucional a indicação de que a entidade familiar pode se configurar a partir do casamento (§ 1º e § 2º), da união estável entre o homem e mulher (§ 3º) e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º) – denominada pela doutrina como família monoparental.

Como já destaquei anteriormente, a questão da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, **mas, sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos**

básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, *a priori*, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da vedação à discriminação por sexo e, em sentido mais amplo, por orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo.

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta rememorar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.

Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa.

Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, em sentido semelhante ao que explicitou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação doutrinária, uma lacuna valorativa ou axiológica.

É que se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa não disciplina normativa do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo.

Eu até ressaltava, certa vez em aula ministrada aos alunos da Universidade de Brasília (UnB), não faz muito, a importância desse modelo de proteção institucional. A esse respeito, cumpre rememorar aqui um exemplo interessante.

Quando ainda estudante de direito da Universidade de Brasília, lembro-me de que acompanhei aquela movimentação toda que se fez, à época, em torno da chamada **emenda do divórcio**.

Era fato notório naquela época que muitas pessoas tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional. A repercussão sobre a situação dos filhos era evidente. Até por uma dessas ironias da história, o movimento político era tão forte, liderado pelo Senador Nelson Carneiro, que já havia a maioria no Congresso Nacional para a aprovação, mas não havia ainda a maioria constitucional.

Como veio o denominado Pacote de Abril (1977), o Presidente Geisel cuidou de reduzir o *quorum* para aprovação de emenda constitucional. Acabou assim, por ironia, viabilizando a aprovação da emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquela situação de fato, há muito tempo consolidada.

Por isso, essa questão da proteção por um modelo institucional de garantia de direitos fundamentais básicos é aqui extremamente relevante, à semelhança do que foi esse exemplo da regulamentação do divórcio.

É claro que não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo.

Sabemos que toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve como foco uma situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham sempre esse caráter tópico.

A decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564 (julgado em 1º-10-2004), de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do mesmo sexo que viviam em condição de união estável. Transcrevo, mais uma vez, a ementa do referido julgado:

> *Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal.*
>
> Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.
>
> Recurso a que se dá provimento.

Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.

Então, citei naquela oportunidade um voto do notável Ministro Ruy Rosado, do STJ, no julgamento do REsp 148.897. Ele dizia:

> A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.
>
> Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação interssubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: "*Oui, monsieur, I'amour*". E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.

Então, com base nesses fundamentos, naquela situação eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos, tendo em vista que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Passo a analisar outro aspecto que me parece importante de ser mencionado para a solução deste caso – e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões.

É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico.

Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

A propósito da questão ora debatida, avivou-me a memória a reflexão de Gustavo Zagrebelsky, ao tratar sobre o *ethos* da Constituição na sociedade moderna, em seu célebre trabalho sobre "*O Direito Dúctil – il diritto mitte*", no qual ele diz o seguinte:

> As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto

> é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.
> (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*. *Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta S.A., 1999. p. 13.)

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

> No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudentia* de intentar realizar positivamente a "concordância prática" das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. "Positivamente": não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto.
> (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 16.)

Por isso, concluí que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o "pensamento do possível".

É o que nós temos no caso deste julgamento. O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.

Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:

> Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do *aut-aut*, do "ou dentro ou fora". A coerência "simples" que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do *et-et* e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um "modo de pensar do possível" (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental "possibilista" representa para o pensamento o que a "concordância prática" representa para a ação.
> (Zagrebelsky*, El Derecho Dúctil*, cit., p. 17.)

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o "pensamento jurídico do possível" expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische*

Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken. In: *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein*/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, "uma teoria constitucional das alternativas" pode converter-se numa "teoria constitucional da tolerância" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que "alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

A propósito, anota Häberle de forma muito clara:

> O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para "novas" realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.
> (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3.)

Ainda nessa linha, observa Häberle que, "para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas". Daí ensinar que "não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

Lembro-me de já ter destacado essa questão do pensamento do possível para resolver, à época, dois casos importantes, um aqui no Supremo Tribunal Federal e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Primeiramente, no âmbito do STF, tratava-se de um caso muito mais técnico, aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos Tribunais Regionais do Trabalho. Ressaltei à época que a Constituição era muito clara. Dizia que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho Superior do Ministério Público editou uma

resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas e foram compostas listas sêxtuplas da seguinte maneira: o Presidente da República escolheu os juízes do trabalho – hoje denominados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil contra essa norma do Conselho Superior do Ministério Público.

E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral da República à época – o Dr. Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes. Coube a mim, então, fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes, que foram admitidos porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno vigente e antes do advento da Lei 9.868/1999.

Eu trouxe, então, essas considerações para dizer que, naquele caso, era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros. Até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas: ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida, ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de *checks and balances* que está no texto constitucional.

Assim, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível" e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação.

E, para isso, então, à época, eu citei também uma passagem da obra de Perelman naquele julgado, a chamada Lógica Jurídica, na qual narra um caso interessantíssimo e chega, então, à seguinte conclusão:

> Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.
>
> "A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o art. 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O art. 25 enuncia o princípio de que os poderes 'são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição', e o art. 130 diz expressamente que 'a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em

parte'" (A. Vanwelkenhuyzen, *De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit*, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao art. 26 que precisa como se exerce o poder legislativo.

(PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 105.)

Ressaltei que Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

> Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental.

E, aí, Perelman reproduz, então, a citação do parecer do mencionado Procurador-Geral:

> Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível, pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.
>
> Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.
>
> Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.
>
> Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos (*Vanwelkenhuysen, Le problème des lacunes en droit, cit*., p. 348-349).
>
> (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p.106.)

Nessa linha, destaco a conclusão de Perelman:

> Se devêssemos interpretar ao pé da letra o art. 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas "pela força dos acontecimentos", "por força maior", "pela necessidade".
>
> (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p. 107.)

Ainda no julgamento daquele caso no STF, eu destaquei outros aspectos, inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o Recurso Extraordinário Criminal 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos o Ministério Público – art. 68 do CPP – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o art. 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que ali havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

Já em outro momento, em julgamento ocorrido no TSE, eu me lembro, também, de que tivemos um caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. Cuidava-se de pedido formulado por várias pessoas para que, naqueles casos da chamada deficiência grave, houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. Eram, sobretudo, familiares que reclamavam que determinadas pessoas estavam tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral a cada dois anos, desincumbindo-se, assim, da obrigação de comparecer à votação ou de fazer a justificação eleitoral.

A leitura do art. 14 da Constituição – diziam muitos dos colegas na Justiça Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de 70 anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Esses dois exemplos ilustram bem a importância da possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível para casos como o da união homoafetiva.

A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do art. 226, § 3º, **poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber:** os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação

atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, § 2º).

Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

5 – Conclusão do voto

Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Eminente Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, **embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicitações em relação à divergência de minha fundamentação**.

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, § 3º)**, mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, **evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.**

Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a

nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas.

Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da **aplicação das regras de vedação ao nepotismo**, por exemplo. Em relação à legislação eleitoral, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos os efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria, ainda, a reflexão de sua **repercussão no âmbito penal**.

Caberia aqui também indagar sobre a exigência de observância do princípio da reserva legal e a aplicabilidade de determinados tipos penais ao se reconhecer, desde logo, a equiparação acrítica e irrestrita da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável entre homem e mulher. Relembro, ainda, a discussão em torno da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.343/2006) para esses casos.

Essas questões, *mutatis mutandis*, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma, é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

Destaco que a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a nossa decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, como decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a

essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.

Ainda em relação a esse diálogo institucional entre os Poderes, é interessante ressaltar mais uma vez os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. Por vezes, afirma-se que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e alega-se, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária.

Recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, há até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se alguém compulsar os debates no Congresso Nacional, verá que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional. Mas o prognóstico político não se confirmou e, gerou, então, nova controvérsia, pois o Supremo não confirmou aquela expectativa.

Contudo, no presente julgamento, nós temos outra singularidade: há um tipo de inércia legislativa relacionada a um dever de proteção de direitos fundamentais básicos, de direitos de minoria. Isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma a ser editada pelo Congresso Nacional como única condição possível. Nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção, por exemplo.

Neste caso, isto me parece muito claro, estamos a tratar de proteção dos direitos fundamentais. Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também foi destacado no voto do Ministro Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação. Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem.

Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Destaco, por fim, a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de falta de proteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados.

Neste ponto, ressalto uma passagem muito expressiva à qual já fiz menção quando discutimos o caso das células-tronco, a respeito do ensinamento de Robert Alexy, quando diz que "o parlamento representa o cidadão politicamente, **o tribunal constitucional o representa argumentativamente**". Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

> O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.
>
> (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.)

Então, com essas considerações, assentando, portanto, minhas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a distinta perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado e, também, o de todos os votos aqui proferidos.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, devo uma explicação, uma satisfação ao Plenário, porque, quando atuo no Colegiado como vogal, costumo fazê-lo de improviso, deixando fluir o espírito, a alma, a partir de formação técnica e humanística. Mas a envergadura do tema, o interesse em um esclarecimento, em uma elucidação da sociedade como um grande todo, consideradas maiorias e minorias, levou-me, no caso, a redigir voto.

Acompanho o Relator quanto ao recebimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade. O recebimento é parcial porque, em parte, o pedido ficou prejudicado.

Passo, então, a exteriorizar o convencimento a respeito desse momentoso e importantíssimo tema, ligado à extensão do instituto da união estável à relação homoafetiva.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na assentada de ontem, proclamou-se o prejuízo parcial da ADPF 132, levando-se em conta a edição de lei estadual que implicou a extensão dos benefícios previstos nos arts. 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei 220, de 18 de julho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, aos servidores públicos civis que tenham constituído uniões homoafetivas. O pedido residual de reconhecimento de incompatibilidade entre as decisões administrativas e judiciais mencionadas na petição inicial e a Constituição Federal foi recebido como ação direta de inconstitucionalidade com mesmo objeto da ADI 4.277. Considerada a identidade de pedidos, articulo um único voto sobre o tema.

O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no art. 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas.

Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no art. 1.723 do Código Civil de 2002?

A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do art. 226 da Carta da República remete tão somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à

união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o art. 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo ("União entre pessoas do mesmo sexo", *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo.

Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado "A igualdade é colorida", publicado na *Folha de São Paulo*, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são dezoito milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

No fecho do artigo, fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social.

No campo da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Pet. 1.984, embora por vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada.

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero (os pontos de vista estão expressos

nas obras seguintes: H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963, e Patrick Devlin, *The enforcemente of morals*, 1966).

Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa normal (*right-minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum?

Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.

Ao longo do tempo, os argumentos de Hart acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia.

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã (In: *Enciclopédia do Holocausto, United States Holocaust Museum*, disponível em http://www.ushmm.org/). A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o "pecado nefando" que resultou, para

alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação.

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados "crimes contra os costumes", os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no art. 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do art. 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado,

é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.

As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em que ainda há a proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas áreas da Índia.

Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões pouco elogiosas – lembrem-se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas.

A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei 4.121/1962 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional 9/1977 e pela Lei 6.515/1977, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias.

O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Segundo Gustavo Tepedino: "A Constituição da República traduziu a nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família" ("A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo",

Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que "agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação" (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão.

O § 5º do art. 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família.

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito "das famílias", isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto "instituição-fim em si mesmo", para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2010, p. 43).

Consoante Pietro Pierlingieri, a "família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função" (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos arts. 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.

Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado "constitucionalização do Direito", na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil.

Esse ramo do Direito voltou-se à tutela das situações jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. O Direito Civil

é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como "a Constituição do homem comum".

O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao "ter". O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Bevilácqua concernia a questões patrimoniais.

O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma "virada de Copérnico", foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do "ser", da personalidade, da existência.

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo art. 987 e seguintes do Código Civil**,** de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, "convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias" (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial.

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexiste consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmento ("Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais". In: *Igualdade, diferenças e direitos humanos*, 2008, p. 644), estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.

Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos heterossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum.

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no art. 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos arts. 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do "valor dos valores", do "ponto de Arquimedes no Estado constitucional" (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão "dignidade humana" conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma "zona de certeza positiva" no tocante aos elementos essenciais do conceito.

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler* versus *Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

> Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um

> valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um.
> (Tradução livre.)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manieta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.

Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do art. 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do art. 226, § 3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do RE 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da "Lei da Ficha Limpa" às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no art. 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na ADI 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso "Cláusula de Barreira".

Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo,* 1980, p. 104, ressalta:

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do art. 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do art. 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Quero destacar**, *antes de mais nada*, Senhor Presidente, o *magnífico* voto **proferido** pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator **da presente** causa, *bem assim* **registrar** a *excelência* dos pronunciamentos

dos eminentes Juízes desta Suprema Corte **que me precederam** neste julgamento, **além de ressaltar** as *valiosíssimas* sustentações orais aqui produzidas, *seja* pelas partes, *seja* pelos terceiros que intervieram como "*amici curiae*".

Também não posso deixar de aludir à *primorosa peça processual*, **da lavra** da eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, que, **agindo** na condição de Procuradora-Geral da República, *em exercício*, **propiciou** o exame, **por parte** deste Tribunal, de uma *relevantíssima* questão de índole constitucional.

I. A intervenção do "*amicus curiae*": fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal

Com a efetiva atuação das partes **e**, *ainda*, **com a intervenção** *de diversas* entidades e instituições *representativas* da sociedade civil, **pluralizou-se** o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento (**ADI 2.321-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) **e permitiu-se** que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, **viabilizando-se**, *com tal abertura procedimental*, **a superação** da grave questão **pertinente** à *legitimidade democrática* das decisões **emanadas** desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, "**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**", 2. ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**", p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, "**Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**", p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, "**Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?**", 2010, Saraiva, *v.g.*), **quando no exercício** de seu *extraordinário poder* de efetuar, *em abstrato*, o controle concentrado de constitucionalidade.

Este Supremo Tribunal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **qualifica-se** – *tal como salienta* o eminente Ministro GILMAR MENDES ("**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**", p. 503/504, 2. ed., 1999, Celso Bastos Editor) – **como** "*mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional*", *em ordem a pluralizar*, **em abordagem** que deriva *da abertura material* da Constituição, **o próprio debate** em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, "**As Ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro**", "*in*" **RDA** 211/125-134, **133**), **conferindo-se**, *desse modo*, **expressão** real **e** efetiva ao princípio democrático, **tudo** para que **não** se instaure, **no âmbito** do controle normativo abstrato, **um indesejável** *deficit* de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal **profere** no exercício, *em abstrato*, dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.

É, *portanto*, **nesse papel** de intermediário **entre** as *diferentes* forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal **atua** neste julgamento, **considerando**, *de um lado*, **a transcendência** da questão constitucional suscitada neste processo (*bem assim* os valores essenciais **e** relevantes ora em exame), **e tendo em vista**, *de outro*, **o sentido legitimador** da intervenção

de representantes da sociedade civil, *a quem se ensejou*, **com especial destaque** para grupos minoritários, **a possibilidade** de, *eles próprios*, oferecerem *alternativas* para a interpretação constitucional **no que se refere** aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.

Feitas tais considerações, **passo a examinar**, Senhor Presidente, a *relevantíssima* questão constitucional ora em julgamento, **pedindo licença**, *no entanto*, para breve digressão histórica **em torno** do tema **subjacente** à presente causa.

II. A repressão ao "*pecado nefando*": do "*Liber Terribilis*" das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar

Se *revisitarmos* a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, **e** *analisarmos* as punições cominadas no *Livro V* das Ordenações do Reino, **conhecido** como "*liber terribilis*", **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio *prodigalizava* a pena de morte, **iremos constatar** *a maneira cruel* (**e terrivelmente impiedosa**) com que as autoridades da Coroa perseguiram **e** reprimiram os homossexuais.

É interessante observar *que as Ordenações do Reino* – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) **e** as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas** por *evidente hostilidade* aos atos de sodomia, **também** qualificada como "*pecado nefando*" (**ou**, *na expressão literal* daqueles textos legislativos, **como** "*cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*", **cominaram** *sanções gravíssimas* que viabilizavam, *até mesmo*, a imposição do "*supplicium extremum*" **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por "*desviantes*", **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, **em Dissertação** de Mestrado ("**Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**", Niterói, UFF, 2010):

> ***As "Ordenações" do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas****, incluindo a morte,* ***como já assinalavam****, no século XV,* ***as "Ordenações Afonsinas"****.* ***A pena capital*** *foi confirmada pelas leis posteriores,* ***quando houve*** *melhor sistematização e recrudescimento das regras penais.* ***As "Ordenações Manuelinas"*** *(1514/1521)* ***mantiveram a fogueira*** *para os transgressores,* ***equipararam o crime de sodomia*** *ao de lesa-majestade,* ***ou seja****,* ***quem cometesse um ato sodomítico*** *sofreria* ***as mesmas*** *sanções* ***de quem traísse*** *a pessoa do rei* ***ou*** *o seu real estado,* ***declarando*** *que "todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos (...), assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor".*
>
> ***Além disso****,* ***condenou seus filhos e descendentes à infâmia****,* ***proibindo-lhes*** *a ocupação de cargos públicos,* ***além de incitar*** *a delação,* ***prometendo*** *um terço da fazenda dos acusados* ***aos que apontassem culpados****, "em segredo* ***ou*** *em público". Aquele que soubesse de algum "desviante" e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.*
>
> ***Quanto aos parceiros dos sodomitas****,* ***o Código Manuelino*** *previa que,* ***em caso*** *de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, "e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)".* ***As disposições*** *ali*

*registradas **valiam tanto** para os que pecaram **antes** de sua promulgação **quanto** para os que, porventura, cometessem o dito crime **dali** em diante.*

***As regras valiam também para a sodomia feminina**, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...)*

***As Ordenações Filipinas** (1603) **confirmaram a pena capital aos sodomitas** de qualquer qualidade, **incluídas** as mulheres, **mantendo o confisco** de bens **e a infâmia** de seus descendentes, **da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade**. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. **Em caso** de delatados despossuídos, **a Coroa pagaria cem cruzados** ao "descobridor", **quantia** que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. **Da mesma forma** que as Manuelinas, **condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo** os que não colaborassem com a justiça **e reafirmavam** a indulgência perante os que delatassem os parceiros.*

(...)

***Esse código legislativo apresentou inovações** que merecem ser destacadas. **O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer**. A molície entre pessoas **do mesmo** sexo, que **não** constava nas duas primeiras ordenações, **passou a ser punida** gravemente com a pena do degredo para as galés "e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia **do pecado**":*

(...)

***Duas testemunhas** de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. **Até então**, **não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia**. **As "Ordenações Afonsinas" observaram apenas os atos sodomíticos em si e as "Ordenações Manuelinas" incluíram as mulheres**, a bestialidade (praticada por ambos), **além do uso** de roupas de homens por mulheres e vice-versa. **Nos Códigos Filipinos, ainda que os "tocamentos desonestos"** não fossem o bastante para comprovar o delito, **passaram a ser gravemente punidos** com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.*

***Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia**. **Sempre** que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, **conforme** o Direito, **bastassem**, **o sujeito era enviado para o tormento**, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas **que tivessem cometido sodomia ou soubessem** de sua prática. **A tortura de réus** negativos **ou** "vacilantes" **foi um procedimento judiciário comum** nos códigos legislativos europeus. (...)*

***Em Portugal**, **a preocupação** com a utilização da técnica **como forma de arrancar** as confissões **era tamanha** que as "Ordenações Manuelinas" **aconselhavam** que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com "medo da dor", ratificasse uma falsa confissão. (...)*

***As três "Ordenações" não foram os únicos códigos legislativos portugueses** que censuraram e penalizaram sodomitas **e** praticantes de molície. **As chamadas "Leis Extravagantes" também tiveram o mesmo objetivo**. **Em 09 de março de 1571**, uma "Lei Extravagante", **promulgada** por D. Sebastião, **ditava** que "as Pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverança do pecado". **Em 1606**, o rei Felipe II **ratificou** a lei de D. Sebastião **contra** a molície, **em que se determinava** que os culpados fossem*

presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com baraço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de "melhor qualidade", seriam degredadas para Angola, sem remissão. ***Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos*** *poderiam ser condenados à morte, "****perdendo*** *as famílias nobres sua dignidade e privilégios".*
(**Grifei.**)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa **promoveu** contra os homossexuais, em Portugal **e** em seus domínios ultramarinos, **intensificou-se**, *ainda mais*, **com o processo** de expansão colonial lusitana, **a ponto** de el-Rei D. Sebastião, **preocupado** com as relações homossexuais **entre** portugueses **e** os povos por estes conquistados, **haver editado** *a Lei sobre o Pecado de Sodomia*, **como assinala** o ilustre Antropólogo **e** Professor LUIZ MOTT ("**Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial**").

Naquela fase de nosso processo histórico, *no entanto*, **não foram apenas** as autoridades *seculares* que dispensaram esse *duríssimo* tratamento aos homossexuais. *Também a Igreja*, **a partir** de 1553 (**como informa** RONALDO VAINFAS, **em sua obra** "*Confissões da Bahia*"), **reprimiu-os e puniu-os**, *severamente*, em nosso País, **como se vê** dos documentos que registram a atuação *do Santo Ofício* no Brasil, **como aqueles que se referem**, *por exemplo*, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) **e que teve**, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, **consoante relata** MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ("*A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil*"):

> ***As punições previstas em tais leis tinham****, sobretudo,* ***a finalidade*** *de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados,* ***fossem humilhações*** *perante todo o público,* ***fosse*** *a flagelação do seu corpo* ***ou****, até mesmo,* ***a morte na fogueira****, chamada de pena capital.* ***Essas punições*** *possuíam menos o intuito de punir os culpados* ***do que espalhar*** *o terror, a coerção, o receio.* ***Elas espalhavam*** *um verdadeiro temor,* ***fazendo*** *com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos.* ***O ritual punitivo era uma cerimônia política*** *de reativação do poder* ***e*** *da lei do monarca.*
>
> ***A sodomia*** *propriamente dita,* ***segundo o livro Quinto*** das Ordenações Filipinas, ***se equiparava ao de lesa-majestade*** *e se estendia* ***tanto*** *aos homens* ***quanto*** *às mulheres* ***que cometessem*** *o pecado contra a natureza.* ***Todos*** *os culpados* ***seriam queimados e feitos por fogo em pó****,* ***seus bens confiscados*** *para a coroa* ***e seus filhos e netos*** *seriam tidos como infames e inábeis.*
> (**Grifei.**)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício **somente** tenha ocorrido **no final** do Século XVI, *com a sua Primeira Visitação* à Bahia (1591), **o fato** é que, *culminando* um processo de negociações diplomáticas **iniciadas**, *ainda*, sob D. Manuel I, *o Venturoso*, **a Inquisição** *foi instituída*, em Portugal, **no reinado** de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, **que promulgou** a Bula "*Cum ad nihil magis*", de 23-5-1536, **que restaurou** *anterior* documento pontifício, **com igual** denominação **e** finalidade, **editado**, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, *analisado* por diversos autores (PEDRO CARDIM, "**Religião e Ordem Social**", "*in*" Revista de História das Ideias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, "**Os Equilíbrios Sociais do Poder**", "*in*" História de Portugal, **organizada** por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, *v.g.*), **refletiu**, *naquele momento histórico*, **a forte influência** resultante do Concílio de Trento (1545-1563), **cujas deliberações** – as denominadas *resoluções tridentinas* – **exacerbaram**, *ainda mais*, **a reação hostil** *ao comportamento homossexual*, **valendo rememorar**, *por oportuno*, **o registro** feito por VERONICA DE JESUS GOMES (*op. cit.*):

> ***Marcado por "um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se", o Estado português,*** *ao buscar a ortodoxia religiosa* ***e*** *moral de seus súditos,* ***criou a Inquisição****, uma instituição de caráter híbrido, já que,* ***mesmo*** *se constituindo como "tribunal eclesiástico,* ***não deixa*** *de se afirmar como tribunal régio".*
>
> *(...)*
>
> ***Ainda no século XVI, o Santo Oficio lusitano, certamente influenciado*** *pelas ideias de reforma propostas pelo "Concílio de Trento",* ***não se voltou apenas*** *contra os erros de fé,* ***tendo recebido a incumbência*** *de julgar certos "desvios morais",* ***isto é, pecados/crimes*** *que, até então,* ***estavam*** *sob jurisdição civil* ***e*** *eclesiástica.* ***As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas****.* ***Ao atentar para os perigos da perda*** *da graça da justificação, que, uma vez recebida,* ***podia ser despojada*** não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguia a própria fé, ***mas também através de qualquer outro pecado mortal****, mesmo quando a fé não acabava,* ***as determinações do concílio lembraram*** *as afirmações do apóstolo Paulo* ***que assinalou*** *a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus.*
>
> (**Grifei.**)

Vê-se, *daí*, que a questão da homossexualidade, *desde* os pródromos de nossa História, **foi inicialmente tratada** sob o signo *da mais cruel* das repressões (LUIZ MOTT, "**Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome**"), **experimentando**, *desde então*, em sua abordagem pelo poder público, tratamentos normativos *que jamais se despojaram* da eiva do preconceito **e** da discriminação, **como resulta claro** da punição (**pena** de prisão) imposta, *ainda hoje*, por legislação especial, **que tipifica**, *como crime militar*, **a prática** *de relações homossexuais* **no âmbito** das organizações castrenses (**CPM**, art. 235), **o que tem levado** *alguns* autores (MARIANA BARROS BARREIRAS, "**Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM**", "*in*" "Boletim IBCCRIM, ano 16, n. 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, "**Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?**", *v.g.*) **a sustentar** *a inconstitucionalidade material* de referida cláusula de tipificação penal, *não obstante* precedente desta Corte em sentido contrário (**HC** 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

III. **O reconhecimento**, *por imperativo constitucional*, **da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar**

Os exemplos de nosso passado colonial **e o registro** de práticas sociais **menos** antigas **revelam** o tratamento preconceituoso, excludente **e** discriminatório **que tem sido dispensado** à vivência homoerótica em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, **é que se impõe proclamar**, *agora mais do que nunca*, **que ninguém**, *absolutamente ninguém*, **pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** de sua orientação sexual.

Isso significa *que também os homossexuais* **têm** o direito de receber **a igual** proteção das leis **e** do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário **e** inaceitável **qualquer** estatuto *que puna*, *que exclua*, *que discrimine*, *que fomente* a intolerância, *que estimule* o desrespeito **e** *que desiguale* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual.

Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos, *minoritários ou não*, **que integram** a comunhão nacional.

Incumbe, *por isso mesmo*, **a esta** Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminentemente* constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois**, *em assim agindo*, **o Supremo Tribunal Federal**, ao proferir este julgamento – que já se mostra **impregnado** de densa significação histórica –, **estará viabilizando** *a plena realização* **dos valores** da liberdade, da igualdade **e** da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais **à configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.

Na realidade, Senhor Presidente, **o julgamento** que hoje se realiza **certamente** marcará a vida deste País **e imprimirá** novos rumos à causa da comunidade homossexual.

Busca-se, *com o acolhimento* da postulação deduzida pelo autor, **a consecução** de um fim revestido **de plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos **e** instituições, **estimula** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – *como esta que ora é proferida* pelo Supremo Tribunal Federal – **que põem termo** *a injustas divisões*, fundadas em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo, **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância **e** da liberdade.

Esta decisão – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal **e** à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que**, *rompendo* paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que, *até agora*, **inviabilizavam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns.

Com este julgamento, o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, *o que torna imperioso acolher* novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

É por tal razão **que o magistério da doutrina** – **apoiando-se** em valiosa hermenêutica construtiva **e invocando** princípios fundamentais (**como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação **e** da busca da felicidade) – *tem revelado admirável percepção* quanto ao significado de que se revestem *tanto o reconhecimento* do direito personalíssimo à orientação sexual *quanto a proclamação* da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, *em ordem a permitir* que se extraiam, *em favor* **de parceiros homossexuais**, *relevantes consequências* **no plano** do Direito, *notadamente* no campo previdenciário, **e**, *também*, **na esfera** das relações sociais e familiares.

Essa visão do tema, *que tem a virtude de superar*, **neste início** da segunda década do terceiro milênio, **incompreensíveis** resistências sociais **e** institucionais **fundadas** em inadmissíveis fórmulas preconceituosas, **vem sendo externada**, *como anteriormente enfatizado*, **por eminentes autores**, **cuja análise** de tão significativas questões **tem colocado em evidência**, *com absoluta correção*, **a necessidade** de se atribuir *verdadeiro estatuto de cidadania* às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "**Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "**Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo**", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "**A Homossexualidade no Direito**", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "**União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais**", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "**Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais"**, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "**Uniões Homossexuais: efeitos jurídicos**", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "**A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica**", "*in*" "**Revista da AJURIS**" n. 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, *v.g.*).

Cumpre rememorar, *neste ponto*, **tal como eu já o fizera** em decisão **por mim proferida na ADI 3.300-MC/DF**, *de que fui Relator*, **a notável lição** ministrada pela eminente Desembargadora, **hoje** ilustre Advogada, MARIA BERENICE DIAS ("**União Homossexual: O Preconceito & a Justiça**", p. 71/83 **e** p. 85/99, **97**, 3. ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), *cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque*:

A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente *da celebração do casamento,* ***bem como*** *às famílias monoparentais. Mas a família* ***não se define*** *exclusivamente em razão do vínculo* ***entre*** *um homem* ***e*** *uma mulher* ***ou*** *da convivência dos ascendentes com seus descendentes.* ***Também o convívio de pessoas do mesmo sexo*** *ou de sexos diferentes,* ***ligadas*** *por laços afetivos,* ***sem*** *conotação sexual,* ***cabe ser reconhecido como entidade familiar****. A prole* ***ou*** *a capacidade procriativa* ***não são essenciais*** *para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal,* ***descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas****.* ***Presentes os requisitos*** *de vida em comum, coabitação, mútua assistência,* é de se concederem *os mesmos direitos* ***e se imporem*** *iguais obrigações* ***a todos os vínculos de afeto*** *que tenham idênticas características.*

Enquanto a lei *não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade,* ***ninguém****, muito menos os juízes,* ***pode fechar os olhos*** *a essas novas realidades. Posturas preconceituosas* ***ou*** *discriminatórias geram grandes injustiças.* ***Descabe confundir*** *questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.*

Essa responsabilidade de ver o novo *assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais.* ***Deve****, agora,* ***mostrar*** *igual independência e coragem* ***quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo****.* ***Ambas são relações afetivas****, vínculos em que há comprometimento amoroso.* ***Assim****,* ***impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável*** *que comporta mais de uma espécie:* ***união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva****.* ***Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar****.* ***Havendo*** *convivência duradoura, pública e contínua* ***entre duas pessoas****, estabelecida com o objetivo de constituição de família,* ***mister reconhecer*** *a existência de uma união estável.* ***Independente*** *do sexo dos parceiros,* ***fazem jus*** *à mesma proteção.*

Ao menos *até que o legislador regulamente* ***as uniões homoafetivas*** *– como já fez a maioria dos países do mundo civilizado –,* ***incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos*** *que merecem as demais relações afetivas.* ***Essa é a missão fundamental da jurisprudência****, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).*

(**Grifei.**)

Vale destacar, *ainda*, **em face do caráter seminal** de que se acham impregnados, **notáveis** julgamentos **emanados** do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul **e** do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **consubstanciados** em acórdãos assim ementados:

Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares *– Regras de inclusão (...) –* ***Inteligência*** *dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 –* ***Precedentes jurisprudenciais****.* ***Constitui união estável*** *a relação fática* ***entre*** *duas mulheres,* ***configurada*** *na convivência pública, contínua, duradoura* ***e estabelecida com o objetivo*** *de constituir verdadeira família,* ***observados*** *os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência.* ***Superados os preconceitos*** *que afetam ditas realidades,* ***aplicam-se****, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade,* ***além*** *da analogia e dos princípios gerais do direito,* ***além*** *da contemporânea*

*modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. **Assim**, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.*
(**Apelação Cível 70005488812**, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil – **Grifei.**)

*(...) **6. A exclusão** dos benefícios previdenciários, **em razão da orientação sexual**, **além** de discriminatória, **retira** da proteção estatal **pessoas que**, por imperativo constitucional, **deveriam encontrar-se** por ela abrangidas. **7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém**, **em função de sua orientação sexual**, **seria dispensar tratamento indigno** ao ser humano. **Não se pode**, simplesmente, **ignorar** a condição pessoal do indivíduo, **legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal** (**na qual**, sem sombra de dúvida, **se inclui a orientação sexual**), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. **8. As noções de casamento e amor** vêm mudando ao longo da história ocidental, **assumindo** contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. **9. A aceitação das uniões homossexuais** é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – **com o alargamento da compreensão do conceito de família** dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. **10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais**, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. **11. Uma vez reconhecida**, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, **a união entre homossexuais como passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar** e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, **deve a relação da Previdência** para com os casais **de mesmo** sexo dar-se **nos mesmos** moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte **e** auxílio-reclusão.*
(**Revista do TRF/4ª Região**, vol. 57/309-348, **310**, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA – **Grifei.**)

IV. **O art. 226**, § **3º**, **da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação** *da união estável homoafetiva* **como entidade familiar**

De outro lado, Senhor Presidente, **convencem-me**, *inteiramente*, **as razões** *excelentemente* expostas pelo eminente Relator, **no ponto** *em que supera* a alegação de que o **§ 3º** do art. 226 da Constituição Federal *impediria* o acolhimento do pedido.

Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, **no que concerne** ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões **entre** pessoas do mesmo sexo, **a existência** *de lacuna voluntária* **ou** *consciente* (NORBERTO BOBBIO, "**Teoria do Ordenamento Jurídico**", p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), **de caráter** axiológico, cuja constatação *evidenciaria* a existência de

"*silêncio eloquente*", *capaz de comprometer* a interpretação exposta neste voto, **no sentido** de que a união estável homoafetiva **qualifica-se**, *constitucionalmente*, "*como entidade familiar*" (**CF**, art. 226, § 3º).

Extremamente precisa, *quanto a esse aspecto*, **a autorizada observação** de DANIEL SARMENTO ("**Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**", "*in*" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 619/659, **649/652**, 2008, Lumen Juris), **cuja lição**, *apoiando-se em consistente interpretação sistemática e teleológica* do art. 226, **§ 3º**, da Constituição, **corretamente enuncia** *o exato sentido* da norma constitucional em referência:

> ***Um obstáculo bastante invocado*** *contra a possibilidade de reconhecimento da união estável* ***entre*** *pessoas* ***do mesmo*** *sexo* é a redação *do art. 226,* **§ 3º**, *da Constituição,* ***segundo o qual*** *"para o efeito de proteção do Estado,* **é reconhecida** *a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".*
>
> ***Os adversários da medida*** *alegam que o preceito em questão* ***teria barrado a possibilidade*** *do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil,* ***pelo menos*** *enquanto* ***não fosse*** *aprovada emenda* ***alterando*** *o texto constitucional.* ***Contudo****, o argumento, que se apega* ***exclusivamente na literalidade*** *do texto,* ***não*** *procede.*
>
> ***Com efeito****, sabe-se que a Constituição,* ***em que pese*** *o seu caráter compromissório,* ***não é apenas*** *um amontado de normas isoladas.* ***Pelo contrário****,* ***trata-se*** *de um sistema aberto de princípios* ***e*** *regras,* ***em que cada um*** *dos elementos* ***deve ser compreendido*** *à luz dos demais.* ***A noção de sistema*** *traduz-se num importantíssimo* ***princípio*** *de hermenêutica constitucional,* ***que é o da unidade da Constituição****. (...)*
>
> ***No sistema constitucional****,* ***existem*** *princípios fundamentais* ***que desempenham*** *um valor mais destacado no sistema,* ***compondo*** *a sua estrutura básica. (...)* ***No caso brasileiro****, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los.* ***O constituinte já tratou de fazê-lo*** *no Título I da Carta,* ***que se intitula exatamente*** *"Dos Princípios Fundamentais".* ***E é lá que vão ser recolhidas*** *as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica:* ***princípios*** *da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações,* ***dentre outros****.*
>
> ***Estes vetores apontam firmemente no sentido*** *de que a exegese das normas setoriais da Constituição –* ***como o nosso*** § 3º *do art. 226 –,* ***deve buscar a inclusão e não a exclusão*** *dos estigmatizados;* ***a emancipação*** *dos grupos vulneráveis* ***e não a perenização*** *do preconceito e da desigualdade.*
>
> *(...)* ***Da leitura do enunciado normativo*** *reproduzido,* ***verifica-se*** *que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher,* ***mas nada disse*** *sobre a união civil dos homossexuais.*
>
> ***Esta ausência*** *de referência* ***não significa****, porém,* ***silêncio eloquente*** *da Constituição.* ***O fato*** *de que o texto* ***omitiu*** *qualquer alusão à união entre pessoas* ***do mesmo*** *sexo* ***não implica****, necessariamente, que a Constituição* ***não assegure*** *o seu reconhecimento.*
>
> *(...)*
>
> ***Não bastasse****,* ***o elemento teleológico*** *da interpretação constitucional* ***também não é compatível*** *com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição,* ***segundo a***

***qual** do referido preceito **decorreria**, "a contrario sensu", **o banimento constitucional** da união entre pessoas do mesmo sexo.*

***Com efeito**, o referido preceito **foi inserido** no texto constitucional **no afã de proteger** os companheiros das uniões **não** matrimonializadas, **coroando um processo histórico** que teve início na jurisprudência cível, **e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito**. Por isso, é **um contrassenso interpretar** este dispositivo constitucional, **que se destina a** "**inclusão**", como uma cláusula de exclusão social, **que tenha** como efeito discriminar os homossexuais.*

(**Grifei.**)

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, *por sua vez*, **expondo** esse *mesmo* entendimento **e ao também afastar** a objeção **fundada** *na estrita literalidade* do texto normativo inscrito **no § 3º** do art. 226 da Constituição (**que se refere** à união estável "*entre o homem e a mulher*"), **expendeu**, *a meu juízo*, **considerações** *que corretamente enfatizam* que essa alusão à **diversidade** de gênero "***não** traduz uma vedação de extensão **do mesmo** regime às relações homoafetivas*", **pois** – *segundo assinala* esse ilustre jurista –, "***Extrair** desse preceito tal consequência **seria desvirtuar** a sua natureza: **a de uma norma de inclusão**. De fato, **ela foi introduzida** na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher **que não decorressem** do casamento*" (**grifei**).

E aduz, *ainda*, em seu douto magistério:

***Insista-se**, para que não haja margem a dúvida: **não tem pertinência** a invocação do argumento **de que o emprego da expressão** "união estável entre o homem e a mulhe" **importa**, "a contrario sensu", **em proibição** à extensão **do mesmo** regime **a uma outra** hipótese. **Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução** que levou à equiparação entre companheira **e** esposa. **Nela não se pode vislumbrar uma restrição** – e uma restrição preconceituosa – **de direito**. **Seria como condenar alguém** com base na lei de anistia. **O Código Civil**, por sua vez, **contém apenas uma norma de reprodução**, na parte em que se refere a homem e mulher, **e não uma norma de exclusão**. **Exclusão que**, de resto, **seria inconstitucional**.*

(**Grifei.**)

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, **entendo que a extensão**, às uniões homoafetivas, **do mesmo** regime jurídico aplicável à união estável **entre** pessoas de gênero distinto *justifica-se e legitima-se* **pela direta incidência**, *dentre outros*, **dos princípios constitucionais** da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica **e do postulado constitucional implícito que consagra** *o direito à busca da felicidade*, **os quais configuram**, numa *estrita* dimensão que privilegia *o sentido de inclusão* decorrente **da própria** Constituição da República (art. 1º, III, **e** art. 3º, IV), **fundamentos autônomos e suficientes** aptos a conferir *suporte legitimador* à qualificação das conjugalidades entre pessoas **do mesmo** sexo **como espécie** do gênero *entidade familiar*.

V. *A função contramajoritária* **do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito:** *a proteção das minorias* **analisada na perspectiva** *de uma concepção material* **de democracia constitucional**

Examino, *agora*, Senhor Presidente, **tema** que, *intimamente associado* ao presente debate constitucional, **concerne** ao *relevantíssimo* papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder **e** da responsabilidade institucional **de proteger** *as minorias* **contra** *eventuais* excessos *da maioria* **ou**, *ainda*, **contra** omissões que, **imputáveis** *aos grupos majoritários*, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem** *os efeitos perversos* do preconceito, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (**e**, aqui, **refiro-me**, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas **que mantêm** relações homoafetivas **representam** "*parcela minoritária (...) da população*", **como esclarecem** dados que a Fundação IBGE **coligiu** no Censo/2010 **e que registram** *a existência declarada*, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

Esse aspecto da questão *talvez explique* a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema** de direito positivo, **de inovações** fundadas nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea.

O Poder Legislativo, *certamente influenciado* por valores **e** sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **infenso**, *no que se refere* à qualificação da união estável homoafetiva **como** entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro *de submissão* de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete**, *gravemente*, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois**, *ninguém o ignora*, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o *princípio majoritário* **desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão**, **a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade **e** da liberdade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado Democrático de Direito.

É por isso que tenho *por inteiramente procedentes* **as observações** que fez, **em precisa abordagem** do tema, **o Grupo** Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

O papel *desempenhado pelos direitos fundamentais* ***na restrição*** *da soberania popular* ***decorre da limitação*** *imposta pelo princípio do Estado de direito,* ***que não admite*** *a existência de poderes absolutos,* ***nem mesmo*** *o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia* ***não está habilitada*** *para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.*

Portanto*, da mesma forma* ***que se veda à maioria*** *que faça determinadas escolhas –* ***suprimindo*** *direitos necessários à participação pol*ítica de determinados cidadãos *–* ***é igualmente vedado*** *a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.*

Ao não estabelecer *regras jurídicas* ***que regulem*** *a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais,* ***o Poder Legislativo*** *– representando a maioria da população brasileira –* ***exclui****,* ***marginaliza*** ***e*** ***diminui*** *o papel social dos indivíduos* ***que mantêm*** *relações homoafetivas.* ***Retira-lhes*** *a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.*

Para salvaguardar *os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático,* ***o Judiciário*** *é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda,* ***garantindo*** *o livre exercício da liberdade e igualdade,* ***atributos*** *da cidadania,* ***e principalmente a dignidade humana****.* É preciso atuar ***onde*** ***não*** ***há*** *certeza* ***e*** *efetividade do sistema nas relações privadas,* ***em prol*** *dessas garantias.*

Com efeito*,* ***não pode o Estado democrático*** *de direito* ***conviver*** *com o estabelecimento de uma diferença* ***entre*** *pessoas* ***e*** *cidadãos* ***com base*** *em sua sexualidade.* ***Assim como é inconstitucional*** *punir, perseguir* ***ou*** *impedir o acesso dos homossexuais a bens socioculturais* ***e é igualmente inconstitucional*** *excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.*

São irrelevantes*, do ponto de vista jurídico,* ***as opiniões morais ou religiosas*** *que condenam as relações homossexuais.* ***Ainda*** *que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...),* ***nem a maioria****, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões,* ***está acima*** *da Constituição.*

Nesse passo*, o Poder Judiciário* ***assume sua mais importante função****: a de atuar* ***como poder contramajoritário****; de proteger as minorias* ***contra*** *imposições desarrazoadas* ***ou*** *indignas das maiorias.* ***Ao assegurar*** *à parcela* ***minoritária*** *da população o direito* ***de não se submeter*** *à maioria, o Poder Judiciário* ***revela*** *sua verdadeira força* ***no equilíbrio*** *entre os poderes* ***e*** *na função como garante dos direitos fundamentais.*

(**Grifei.**)

Cabe enfatizar, *presentes tais razões*, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, *muitas vezes*, **decisões** *de caráter nitidamente contramajoritário*, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses **e** valores **que identificam** *os grupos minoritários* expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, *por efeito de tal condição*, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

Na realidade, **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto

relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, *por efeito* de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e** *aos grupos vulneráveis* **qualifica-se**, *na verdade*, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido** *tutela efetiva*, **por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, *por organizações minoritárias*, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Lapidar, *sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional*, **a lúcida advertência** do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA ("**Judiciário e Minorias**", "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

> *A Constituição* ***verdadeiramente*** *democrática* ***há de garantir*** *todos os direitos* ***das minorias e impedir toda prepotência****, todo arbítrio, toda opressão* ***contra elas****.* ***Mais que isso*** *– por mecanismos que assegurem representação proporcional –,* ***deve atribuir*** *um relevante papel institucional* **às correntes minoritárias** *mais expressivas.*
>
> *(...)*
>
> ***Na democracia****, governa a maioria,* ***mas*** *– em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo,* ***não pode oprimir a minoria****.* ***Esta exerce também função política importante****, decisiva mesmo:* ***a de oposição institucional****, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.*
>
> ***O principal papel da oposição*** *é o de formular propostas alternativas às ideias e ações* ***do governo da maioria*** *que o sustenta.* ***Correlatamente****, critica,* ***fiscaliza****, aponta falhas e censura a maioria,* ***propondo-se****, à opinião pública, como alternativa.* ***Se*** *a maioria governa, entretanto,* ***não é dona do poder****, mas age* ***sob os princípios*** *da relação de administração.*
>
> *(...)*
>
> ***Daí a necessidade*** *de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência,* ***liberdade de ação*** *e influência* ***da minoria****, para que se tenha verdadeira república.*
>
> *(...)*
>
> ***Pela proteção e resguardo das minorias*** *e sua necessária participação no processo político,* ***a república faz da oposição instrumento institucional de governo****.*
>
> *(...)*
>
> **É imperioso** *que a Constituição* ***não só garanta a minoria*** *(a oposição),* ***como ainda lhe reconheça direitos e até funções****.*
>
> *(...)*

> ***Se a maioria souber que*** *–* ***por obstáculo constitucional*** *–* ***não pode prevalecer-se*** *da força,* ***nem*** *ser arbitrária* ***nem*** *prepotente,* ***mas deve respeitar a minoria****, então os compromissos* ***passam*** *a ser meios* ***de convivência*** *política. (...)*
> (**Grifei.**)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA ("**Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**", tomo I/195-196, item n. 8, 5. ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema **ao enfatizar** – *com fundamento em irrepreensíveis considerações* de ordem doutrinária – **que a essência democrática** *de qualquer* regime de governo **apoia-se** na existência *de uma imprescindível harmonia* **entre** a "*Majority rule*" **e** os "*Minority rights*":

> *A* ***verdadeira*** *ideia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e* ***dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas****, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.*
>
> *A* ***dominação majoritária*** *em si, como o centro de gravidade da democracia,* ***exige esse respeito às minorias políticas*** *vencidas nas eleições.* ***O princípio majoritário*** *é o polo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu polo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.*
>
> ***O princípio democrático não é****, pois,* ***a tirania do número****,* ***nem a ditadura*** *da opinião pública,* ***nem tampouco a opressão das minorias****, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas* ***com o devido respeito aos direitos das minorias políticas****, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.*
>
> *A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: "Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro". Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas "Considerations on Representative Government", quando fala da verdadeira e da falsa democracia ("****of true and false Democracy****"): "A falsa democracia é só representação da maioria,* ***a verdadeira é representação de todos****,* ***inclusive das minorias****. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante* ***entre*** *maioria* ***e*** *minoria".*
> (**Grifei.**)

O Estado de Direito, *concebido e estruturado* em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A opção do legislador constituinte *pela concepção democrática* do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado Democrático de Direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria

das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra**: **ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, **e para que** o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou** *simplesmente* formal, **torna-se necessário assegurar**, **às minorias**, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, *sem distinção*, são assegurados.

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística*, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (**CF**, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades **e** garantias fundamentais *em favor das minorias*, **quaisquer** que sejam, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "**Fundamentos de Direito Constitucional**", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário** *coeficiente de legitimidade jurídico-democrática* ao regime político vigente em nosso País.

Daí a inteira procedência da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **na petição inicial** que subscreveu **na condição** de Procuradora-Geral da República:

> ***Sem embargo**, em um Estado Democrático de Direito, **a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas**, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes **a minorias estigmatizadas** pelo preconceito – **como os homossexuais – que não são** devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. **Afinal**, uma das funções básicas do constitucionalismo **é a proteção** dos direitos das minorias **diante** do arbítrio ou do descaso das maiorias.*
>
> ***13. Diante deste quadro**, **torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira**, **visando a garantir aos homossexuais** a possibilidade, que resulta da própria Constituição, **de verem reconhecidas** oficialmente **as uniões afetivas**, com **todas** as consequ*ências jurídicas patrimoniais ***e** extrapatrimoniais disso decorrentes.*
>
> *(...)*
>
> ***88. É exatamente essa liberdade** que se denega ao homossexual, **quando não se permite** que ele forme a sua família, **sob o amparo** da lei, com pessoas do sexo **para o qual** se orienta a sua afetividade. **Ao não conhecer** a união entre pessoas **do mesmo** sexo, o Estado **compromete** a capacidade do homossexual **de viver a plenitude** da sua orientação sexual, **enclausurando** as suas relações afetivas no "armário". **Esta negativa**, como salientou Luis Roberto Barroso, **embaraça** "o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, **depreciando** a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.*
>
> ***89. É certo** que as liberdades individuais, **mesmo** as de natureza existencial, **não são** de natureza absoluta. **Como os demais** direitos fundamentais, **elas podem***

__ser restringidas__, de forma proporcional __e__ razoável, __em face__ de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

__90. Contudo__, como foi ressaltado em item precedente, __não há qualquer interesse legítimo__ que justifique o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. __O reconhecimento__ em questão __não afeta__ qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. __A sua recusa consubstancia__ medida autoritária, __que busca impor__ uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, __vitimizando__ os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. __Daí a grave ofensa__ ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

(**Grifei.**)

VI. *O direito à busca da felicidade*, **verdadeiro postulado constitucional implícito**, **como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana**

Enfatizo, *na linha do que acentuei* **em passagem anterior** deste voto, **que a proposta** ora veiculada nesta sede de controle abstrato **encontra** *suporte legitimador* em princípios fundamentais, **como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade **e** *da busca da felicidade*.

Assume papel relevante, *nesse contexto*, **o postulado** da dignidade da pessoa humana, **que representa** – considerada a **centralidade** desse princípio essencial (**CF**, art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, *verdadeiro valor-fonte* que conforma **e** inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e que traduz**, *de modo expressivo*, **um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte, **cujas decisões**, *no ponto*, **refletem**, *com precisão*, **o próprio** magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Poder Constituinte e Poder Popular**", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "**Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, "**Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "**Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "**O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, "**Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**", 2008, Renovar, *v.g.*).

Reconheço *que o direito à busca da felicidade* – que se mostra **gravemente** comprometido, **quando** o Congresso Nacional, **influenciado** *por correntes majoritárias*, **omite-se** na formulação de medidas **destinadas** a assegurar, *a grupos minoritários*, a fruição de direitos fundamentais – **representa** derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como **um dos mais** significativos *postulados constitucionais implícitos* **cujas raízes**

mergulham, *historicamente*, **na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776.

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas ideias iluministas, **precedidas**, *no ponto*, **pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, *seu principal autor*, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston **e** Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL ("**Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana**", p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que "*Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros,* ***inclusive*** *o de George Mason,* ***que acabara*** *de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia*" (**grifei**).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("**A Declaração de Independência dos Estados Unidos**", p. 32/35, **tradução** de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América** *como típica manifestação* do Iluminismo, **qualificou** *o direito à busca da felicidade* como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

> ***Em uma ordem social racional****, de acordo com a teoria iluminista,* ***o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca*** *da sua mais alta aspiração,* ***que é****, essencialmente,* ***a felicidade ou o bem-estar****. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.*
> (**Grifei.**)

A força normativa *de que se acham impregnados* os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos *de alto relevo* **que delineiam** *alguns* dos elementos **que compõem** o marco doutrinário **que confere** suporte teórico *ao neoconstitucionalismo*, **em ordem a permitir**, *numa perspectiva* de implementação concretizadora, **a plena realização**, *em sua dimensão global*, **do próprio** texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, *o postulado constitucional da busca da felicidade*, **que decorre**, *por implicitude*, **do núcleo** de que se irradia **o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**, em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar **ou**, *até mesmo*, esterilizar direitos **e** franquias individuais.

Registre-se, *por oportuno*, que o Supremo Tribunal Federal, *por mais de uma vez* (**ADI 3.300-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **STA 223-AgR/**

PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade**, **um** "*importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais*", **como anota o ilustre** Advogado SAUL TOURINHO LEAL, *em precioso trabalho* ("**O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal**").

Desnecessário referir a circunstância **de que a Suprema Corte** dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio *em alguns* precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 **U.S.** 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 **U.S.** 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 **U.S.** 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 **U.S.** 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 **U.S.** 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 **U.S.** 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 **U.S.** 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 **U.S.** 374, 1978), *v.g.* –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus "*rulings*" **no conceito** *de busca da felicidade* ("*pursuit of happiness*"), **imprimiu-lhe** *significativa expansão*, **para**, *a partir* da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia* dos filhos menores, *de aprender* **línguas estrangeiras,** *de casar-se novamente*, *de exercer* atividade empresarial **e** *de utilizar* anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que *a busca da felicidade* **foi também positivada**, *no plano normativo*, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Art. 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, *no qual se faz remissão* à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e** da *recente* Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

Parece-me irrecusável, *desse modo*, **considerado** o objetivo fundamental da República de "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (**CF**, art. 3º, IV), **que o reconhecimento** *do direito à busca da felicidade*, *enquanto ideia-força* que emana, *diretamente*, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza**, *presente o contexto em exame*, **o rompimento dos obstáculos** que impedem **a pretendida qualificação** da união civil homossexual como entidade familiar.

VII. **O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização** *desse novo paradigma* **como núcleo conformador do conceito de família**

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas *do mesmo* sexo **como entidade familiar**, **desde** que presentes, *quanto a ela*, **os mesmos** requisitos **inerentes à união estável constituída** por pessoas de gêneros distintos, **representará** o reconhecimento de que as *conjugalidades homoafetivas*, **por repousarem** a sua existência **nos vínculos** de solidariedade, de amor **e** de projetos de vida em comum, **hão de merecer** *o integral amparo* do Estado, **que**

lhes deve dispensar, *por tal razão*, o **mesmo** tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

Incensurável, *quanto a tal aspecto*, **a observação** feita pela douta Procuradoria-Geral da República (fl. 20):

> ***Desta forma**, conclui-se **que não existem razões** de peso suficiente **que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais**, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.*
>
> *69. **Pelo contrário**, **se a nota essencial** das entidades familiares **no novo** paradigma **introduzido** pela Constituição de 88 **é a valorização do afeto**, **não há razão alguma** para exclusão das parcerias homossexuais, **que podem caracterizar-se** pela **mesma** comunhão **e** profundidade de sentimentos **presentes** nas relações estáveis **entre** pessoas de sexos opostos, que são, hoje, amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica.*
>
> (**Grifei.**)

Com efeito, **torna-se indiscutível** reconhecer **que o novo paradigma**, *no plano das relações familiares*, **após** o advento da Constituição Federal de 1988, **para fins** de estabelecimento de direitos/deveres **decorrentes** do vínculo familiar, **consolidou-se** na existência **e** no reconhecimento *do afeto*.

Nesse sentido, **oportuno** o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS ("**A Homoafetividade Como Direito**", "*in*" "**Novos Direitos**", coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), **de cuja lição extraio** o seguinte fragmento:

> ***O Direito das Famílias**, ao receber **o influxo** do Direito Constitucional, **foi alvo** de uma profunda transformação. **O princípio da igualdade** ocasionou uma verdadeira revolução **ao banir** as discriminações **que existiam** no campo das relações familiares. **Num único dispositivo**, o constituinte **espancou** séculos de hipocrisia e preconceito. **Além de alargar** o conceito de família **para além** do casamento, **foi derrogada** toda a legislação que hierarquizava homens **e** mulheres, **bem como** a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.*
>
> ***A Constituição Federal**, ao outorgar a proteção à família, **independentemente** da celebração do casamento, **vincou um novo conceito**, o de entidade familiar, **albergando vínculos afetivos outros**.*
>
> (**Grifei.**)

Cabe referir, *por necessário*, **que esse entendimento** – **no sentido** *de que o afeto* **representa** um dos fundamentos **mais significativos** da família moderna, **qualificando-se**, *para além* de sua dimensão ética, **como valor** jurídico **impregnado** de *perfil constitucional* – **tem o beneplácito** de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "**Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey – GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "**Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**", p. 126/130, item n. 3.2.1,

2008, Atlas – MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "**Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**", p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, *v.g.*), **valendo destacar**, *em razão de sua extrema pertinência*, **a ênfase** que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("**Manual da Homoafetividade**", p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método) **atribui** ao afeto, *nele divisando* **verdadeiro** "*princípio jurídico-constitucional*":

> *(...)* ***mudou-se o paradigma da família****:* ***de uma entidade fechada*** *dentro de si, válida por si mesma,* ***passou a existir somente em função do amor*** *entre os cônjuges/companheiros,* ***tendo em vista*** *que a sociedade passou a dar* ***mais relevância*** *à felicidade,* ***portanto*** *à afetividade amorosa,* ***do que à mera formalidade*** *do casamento civil* ***ou*** *a qualquer outra forma preconcebida de família.*
>
> *Nesse sentido,* ***o reconhecimento*** *do "status" jurídico-familiar da união estável, por si,* ***alçou o afeto à condição*** *de princípio jurídico implícito,* ***na medida em que é ele****,* ***afeto*** *(amor romântico, no caso),* ***o motivo que faz com que duas pessoas*** *decidam manter uma união estável.* ***O elemento formador*** *da família contemporânea é o "****amor familiar****",* ***mas é o amor romântico*** *que dá o passo inicial para a constituição da união estável, embora haja outros argumentos a corroborar a afirmação de que o afeto é um princípio jurídico.*
>
> *(...)*
>
> *(...)* ***Com efeito****,* ***a partir do momento*** *em que a Constituição Federal* ***reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não matrimonializada****,* ***alçou a afetividade amorosa*** *à condição de princípio constitucional implícito,* ***que pode ser extraído*** *em função do art. 5º, § 2º, da CF/1988,* ***que permite*** *o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).*
>
> ***Essa evolução social*** *quanto à compreensão da família* ***elevou o afeto*** *à condição de princípio jurídico* ***oriundo*** *da dignidade da pessoa humana* ***no que tange*** *às relações familiares,* ***visto que estas****, para garantirem o direito à felicidade* ***e*** *a uma vida digna (****inerentes*** *à dignidade humana),* ***precisam ser pautadas pelo afeto*** *e não por meras formalidades* ***como*** *a do casamento civil.* ***Assim****, "****o princípio do afeto*** *é um princípio constitucional implícito,* ***decorrente*** *da dignidade da pessoa humana e, ainda,* ***da própria*** *união estável",* ***que tem****,* ***nele****,* ***o principal elemento*** *para reconhecimento do "status" jurídico-familiar de uniões não matrimonializadas.*
>
> (**Grifei.**)

Também o eminente Professor (**e ilustre** membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (*op. cit.*, p. 643) *revela igual percepção* em torno dessa particular questão, **reconhecendo**, *no afeto*, **enquanto** valor jurídico-constitucional, **um elemento fundamental** (*e preponderante*) **na esfera** das relações do direito de família, **inclusive** no âmbito das uniões **entre** pessoas *do mesmo* sexo:

> ***Enfim****,* ***se*** ***a nota essencial*** *das entidades familiares* ***no novo*** *paradigma introduzido pela Constituição de 88* ***é a valorização do afeto****,* ***não há razão alguma para exclusão*** *das parcerias homossexuais,* ***que podem caracterizar-se*** *pela* ***mesma*** *comunhão* ***e*** *profundidade de sentimentos* ***presentes*** *no casamento* ***ou*** *na*

união estável entre pessoas de sexos opostos, ***não existindo****, portanto,* ***qualquer*** *justificativa legítima* ***para a discriminação*** *praticada contra os homossexuais.*
(**Grifei.**)

VIII. **Princípios de Yogyakarta**: **o direito de constituir família**, **independente de orientação sexual ou identidade de gênero**

Torna-se importante assinalar, *por relevante*, que a postulação ora em exame **ajusta-se** aos *Princípios de Yogyakarta*, **que traduzem** recomendações **dirigidas** aos Estados nacionais, **fruto de conferência** realizada, *na Indonésia*, em novembro de 2006, **sob a coordenação** da Comissão Internacional de Juristas **e** do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa **Carta de Princípios** sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação à orientação sexual e** *identidade de gênero* **fez consignar**, *em seu texto*, **o Princípio n. 24**, *cujo teor assim dispõe*:

> ***DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA***
>
> ***Toda pessoa tem o direito*** *de constituir uma família,* ***independente*** *de sua orientação sexual* ***ou*** *identidade de gênero.* ***As famílias existem em diversas formas****.* ***Nenhuma família*** *pode ser sujeita à discriminação* ***com base*** *na orientação sexual* ***ou*** *identidade de gênero* ***de qualquer*** *de seus membros.*
>
> ***Os Estados deverão****:*
>
> ***a)*** ***Tomar todas as medidas legislativas****, administrativas* ***e*** *outras medidas necessárias* ***para assegurar*** *o direito de constituir família,* ***inclusive*** *pelo acesso à adoção* ***ou*** *procriação assistida (****incluindo*** *inseminação de doador),* ***sem discriminação*** *por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;*
>
> ***b)*** ***Assegurar*** *que leis e políticas* ***reconheçam a diversidade de formas de família****,* ***incluindo*** *aquelas não definidas por descendência ou casamento* ***e tomar*** *todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias* ***para garantir que nenhuma família*** *possa ser sujeita à discriminação* ***com base*** *na orientação sexual* ***ou*** *identidade de gênero* ***de qualquer*** *de seus membros,* ***inclusive*** *no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;*
>
> *(...)*
>
> ***f)*** ***Tomar todas as medidas legislativas****, administrativas* ***e outras*** *medidas necessárias* ***para assegurar*** *que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício* ***disponível*** *para parceiros não casados de sexo diferente* ***esteja igualmente disponível*** *para parceiros não casados* ***do mesmo*** *sexo; (...).*
>
> (**Grifei.**)

IX. **A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República**

Nem se alegue, *finalmente*, no caso ora em exame, **a ocorrência** *de eventual ativismo judicial* exercido pelo Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam** *esse comportamento afirmativo* do Poder Judiciário, **de que resulta** *uma positiva criação jurisprudencial do direito*, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição

da República, **muitas vezes** transgredida **e** desrespeitada, *como na espécie*, *por pura e simples omissão* dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão constitucional **e demonstrar**, com esse gesto, **o respeito incondicional** que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema *em momentos excepcionais*, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do poder público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se tiver presente* que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado – **que deixa de cumprir**, *em maior* **ou** *em menor extensão*, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, *mediante inércia*, o poder público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental, **tal como tem advertido** o Supremo Tribunal Federal:

> ***DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO***.
>
> *– **O desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um "**facere**" (atuação positiva), **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.*
>
> *– **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse "**non facer**" ou "**non praestare**", resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público. (...).*
>
> (**ADI 1.458-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

A percepção *da gravidade* **e** *das consequências lesivas* **derivadas** *do gesto infiel* do poder público, **que transgride**, *por omissão* **ou** *por insatisfatória concretização*, **os encargos** de que se tornou depositário, **por efeito** de expressa determinação constitucional, **foi revelada**, entre nós, ***já*** *no período monárquico*, em lúcido magistério, por Pimenta Bueno ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, **reedição** do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos (José Afonso da Silva, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item n. 4, 3.

ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, "**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**", tomo I/15-16, 2. ed., 1970, RT, *v.g.*), **em lições que acentuam** *o desvalor jurídico* **do comportamento estatal omissivo**.

O desprestígio da Constituição – *por inércia* de órgãos meramente constituídos – **representa** *um dos mais graves aspectos da patologia constitucional*, **pois** reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado, que **não** tolera, *porque inadmissível*, o desrespeito, *pela maioria*, dos direitos e interesses **de grupos minoritários**.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, **fortalecido** pelo *monopólio da última palavra* **de que dispõe** o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (**MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), *nada mais representa* **senão** o resultado **da expressiva** ampliação das funções institucionais **conferidas** ao próprio Judiciário **pela vigente** Constituição, *que converteu* os juízes **e** os Tribunais **em árbitros** dos conflitos **que se registram** no domínio social **e** na arena política, **considerado** *o relevantíssimo papel* que se lhes cometeu, *notadamente* a esta Suprema Corte, **em tema** de jurisdição constitucional.

Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal *está a proferir* **neste** julgamento, **que representa** *verdadeiro marco histórico* no processo de afirmação **e** de consolidação dos direitos *da minoria homossexual* em nosso País.

Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal** – *que é o guardião* da Constituição, por expressa **delegação** do poder constituinte – **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois**, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **o amparo** das liberdades públicas (**com** a consequente proteção *dos direitos das minorias*), **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, **a segurança** das relações jurídicas **e a legitimidade** das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, *ao fazê-lo*, **julgo procedente** a presente ação constitucional, **para**, *com efeito vinculante*, **declarar a obrigatoriedade** do reconhecimento, *como entidade familiar*, da união **entre** pessoas **do mesmo** sexo, **desde** que atendidos **os mesmos** requisitos **exigidos** para a constituição da união estável **entre** homem **e** mulher, **além de também reconhecer**, *com idêntica eficácia vinculante*, que os **mesmos** direitos **e** deveres dos companheiros nas uniões estáveis **estendem-se** aos companheiros na união entre pessoas **do mesmo** sexo.

É o meu voto.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Uma autodeclaração de sessenta mil casais. Dá para supor que o número é bem maior do que esse.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Bem, depois de votos tão brilhantes, exaustivos, a começar pelo voto realmente iluminado do Ministro Relator e de todos os demais Ministros que o seguiram, seria imperdoável que eu tentasse acrescentar alguma coisa, sobretudo em relação a essa postura consensual da Corte em relação à condenação a todas as formas de discriminação, contrária não apenas ao nosso Direito Constitucional, mas à própria compreensão da raça humana a que todos pertencemos com igual dignidade.

A mim resta-me apenas justificar a adesão às conclusões – sobretudo aos resultados, aos dispositivos de ambas as ações –, de maneira breve.

Começo por dizer que teria alguma dificuldade de ordem teórica para conhecer das demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, não fosse o fato de que o disposto no art. 1.723 do Código Civil não é reprodução estrita do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Porque, se o fosse, obstáculo teórico e, a meu ver, constitucional, estaria em que não seria possível cogitar-se de interpretação conforme à Constituição de norma infraconstitucional que se limitaria, nessa hipótese, a reproduzir texto constitucional. Estaríamos, sim, diante de um caso de pura interpretação constitucional, que não poderia ser objeto de ação de inconstitucionalidade sob pretexto de que teríamos que interpretar a própria Constituição de acordo com a Constituição.

Mas a diversidade de redação das normas permite, e acho que isto é, de modo muito consistente, a sua racionalidade, a decisão da Corte de conhecer das demandas, exatamente com base na não coincidência semântica entre as duas normas, de tal modo que é possível enxergar o disposto no art. 1.723 como preceito susceptível de revisão à luz do art. 226, § 3º, e de outras normas constitucionais, que constam, aliás, como causa de pedir de ambas as demandas.

Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do art. 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de *numerus clausus*. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso. Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo – não mais que isso –,

na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.

E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar recognocível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer – e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênia para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo – que há uma lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas?

O Ministro Marco Aurélio fez largo apanhado da necessidade de aplicação, às relações afetivas, das normas próprias do campo do Direito de Família. Não por questão de vaidade, mas por registro histórico, eu fui um dos primeiros – há mais de vinte anos, numa conferência pronunciada na Associação dos Advogados de São Paulo e, depois, estampada na Revista dos Advogados, da mesma Associação – a sustentar, contra a então jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça de São Paulo, àquela altura em que não havia normas diretas de regulamentação da união estável, que não podiam ser aplicadas as soluções que a jurisprudência, para atender as exigências próprias do fato social, vinham invocando, sobretudo de normas de Direito não familiar, como sociedade de fato, sociedades de ordem econômica etc. E fui o primeiro a aplicar, no Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso de união estável, as normas de Direito de Família. Por quê? Porque realmente essas uniões, ou essas associações, ou essas relações marcadas sobretudo por afetividade, evidentemente não podem ser submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou de ordem econômica.

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual.

Donde, também julgando procedente a ação, estamos, como bem relevou o Ministro Gilmar Mendes, diante de um campo que eu diria hipotético, que, em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, não podemos examinar exaustivamente por diversos motivos. Primeiro, porque os pedidos não o comportariam, e, segundo, porque sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte.

Isto por quê? Porque também, como acentuou o Ministro Gilmar Mendes, carecemos de um modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer e definir de maneira clara e com capacidade de responder a todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebíveis.

O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia – pensamento estritamente pessoal –, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

Isto é um ponto de vista estritamente...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, essa observação de Vossa Excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Retira qualquer óbice à atuação do Legislativo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Qualquer óbice, mostrando, pelo contrário, que o que se entende é um imperativo, a regulação do que estamos a reconhecer de direitos fundamentais decorrentes dessa situação específica.

Portanto, isso é mais um convite, mais uma justificativa para que, de fato, eventuais dúvidas, situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Exatamente. Ao contrário.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ao contrário, exige que esses espaços sejam ocupados.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Se me permite, Excelência, a nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência – espero traduzir bem –, é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nada, ao contrário. Estamos todos de acordo, portanto, também nisso. E não me estendendo mais, mas cumprimentando Vossa Excelência, em primeiro lugar, depois a todos os demais Ministros pelas brilhantes argumentações e justificações, também me congratulo com a Corte pela posição hoje tomada, e tomada por unanimidade.

Encerrando a sessão, vou proclamar o resultado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, se vossa Excelência me permitir, eu só gostaria de fazer um apelo ao eminente Relator para que contemplasse, na ementa, como nós vínhamos até estabelecendo, a diversidade de fundamentos trazidos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): De fundamentos. Perfeito, sem dúvida.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O que ficou muito claro é que foram vários os fundamentos, convergentes, todos, mas vários.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Exatamente.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, só uma questão final. Como nós temos, em nossos gabinetes, alguns casos baseados nesta matéria, indago de Vossa Excelência se poderia delegar aos Ministros para decidir, monocraticamente, quando for a mesma questão?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Finalmente, Vossas Excelências estão de acordo em autorizar que os Ministros decidam, monocraticamente, a mesma questão nos processos que lhes estão submetidos?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, fica delegado aos Ministros.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ou melhor, independentemente da redação do acórdão, porque publicação da decisão, acabamos de fazê-la.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.277/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessados: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União), Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT (Advogados: Marcela Cristina Fogaça Vieira e outros), Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo (Advogados: Fernando Quaresma de Azevedo e outros), Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (Advogado: Rodrigo da Cunha Pereira), Associação Eduardo Banks (Advogado: Reinaldo José Gallo Júnior), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (Advogados: João Paulo Amaral Rodrigues e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado

o primeiro pedido originariamente formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

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

Brasília, 5 de maio de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 9.460 — BA

Relator: Ministro Presidente

Agravantes: Thales Nunes Sarmento e outro — Agravados: Hélio Nemen Pinto e Engenharia e Participações Ltda. – ENGEPAR — Interessado: Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

Recurso. Agravo regimental. Reclamação. Despacho que não reconhece a existência de prevenção. Ato de mero expediente. Falta de lesividade. Ato processual insuscetível de causar gravame às partes. Incidência do art. 504 do CPC. Agravo regimental não conhecido. É inadmissível agravo regimental contra despacho que não reconhece a existência de prevenção.

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, não conhecer do recurso de agravo, contra o voto do Ministro Marco Aurélio. Ausente o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

Brasília, 1º de agosto de 2011 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão da Presidência que indeferiu pedido de redistribuição do feito, ante a inexistência de prevenção ao **RE 230.861**:

> **Decisão**: O Ministro Dias Toffoli encaminhou esta reclamação à Presidência com o seguinte despacho (fl. 259):
>
> "Alega o reclamante, após regularizada a representação processual, em atendimento ao despacho de fl. 223, que existe prevenção do presente feito com recurso sob cognição do Ministro **Marco Aurélio**.
>
> Determino o encaminhamento dos autos à Presidência, a fim de que submeta a alegação de prevenção ao competente exame (art. 13, inciso VII, RISTF)"
>
> (Fl. 259.)
>
> Sobre a questão, a Secretaria Judiciária informou (fl. 261):
>
> "Pedimos vênia para, em atenção ao despacho de fl. 259, informar a Vossa Excelência que deixou de ser apontada a prevenção do presente feito para o RE 230.681, em razão de os feitos possuírem origens distintas.
>
> A presente reclamação tem origem no Recurso de Revista 467.878/1998.7 do Tribunal Superior do Trabalho, que por sua vez tem origem no Agravo de Petição 137.1991-000-05-00-0, do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

O RE 230.681, por sua vez, tem origem nos Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 199357953, do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, informamos que o RE 230.681 foi julgado prejudicado em 20-6-2000, decidindo a Turma pela extinção do mandado de segurança, sem julgamento do mérito, sendo designado redator para o acórdão o Excelentíssimo Senhor Ministro Nelson Jobim. A referida decisão transitou em julgado em 13-8-2004 e os autos baixaram definitivamente em 15-9-2004"

(Fl. 261.)

A Segunda Turma do STF julgou prejudicado o RE 230.681/BA (*DJ* de 6-8-2004).

A presente reclamação só foi distribuída em 24-11-2009, quando a decisão de não conhecimento do RE 230.681/BA já havia transitado em julgado (13-8-2004).

Não tendo sido conhecido o RE 230.681/BA, ele não gera prevenção para o conhecimento desta reclamação (art. 69, § 2º, do RISTF).

Ademais, considerando as origens distintas dos feitos, reconheço a inexistência de prevenção e determino a devolução deste feito ao Ministro Dias Toffoli.

Alega o agravante que, no julgamento do RE 230.681, houve efetiva análise do mérito e que o objeto e a causa de pedir são idênticos aos da presente reclamação. Requer a redistribuição do feito, por prevenção, ao Ministro **Marco Aurélio**.

VOTO

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

A fixação da competência de um dentre todos os Ministros igualmente competentes desta Corte, para relatar causas e recursos, é assunto atinente à organização interna do Tribunal e, portanto, estranho ao interesse das partes.

A decisão que, reconhecendo ou não prevenção, atribui a relatoria das causas a determinado Ministro, em respeito às normas regimentais de organização interna e à legislação processual, não contém operação valorativa capaz de lesar direito da parte.

Cuida-se de ato privativo da Presidência como órgão supervisor da distribuição, e, como tal, de mero expediente, que atrai a incidência do art. 504 do Código de Processo Civil.

2. Ante o exposto, **não conheço do recurso**, por ser manifestamente inadmissível (art. 21, § 1º, do RISTF, e 38 da Lei 8.038, de 28-5-1990).

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, entendo cabível o agravo regimental toda vez que se articule, na peça que o apresente, ato a contrariar os interesses da parte. É o que se diz. No caso, a distribuição por prevenção não procederia. Se o inconformismo procede, ou não, é questão alusiva ao mérito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente e Relator): Eu reconheci a prevenção de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A minha prevenção? E, pelo jeito, a parte não quer que atue no caso.

Peço vênia para conhecer do agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

Rcl 9.460-AgR/BA — Relator: Ministro Presidente. Agravantes: Thales Nunes Sarmento e outro (Advogados: José Leite Saraiva Filho e outro). Agravados: Hélio Nemen Pinto (Advogado: Pablo de Araújo Oliveira) e Engenharia e Participações Ltda. – ENGEPAR. Interessado: Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), não conheceu do recurso de agravo, contra o voto do Ministro Marco Aurélio. Ausente o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

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, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau.

Brasília, 1º de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 9.468 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Wilson França Alves — Agravado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis — Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravo regimental em reclamação. Penal. Uso de algemas durante audiência de instrução e julgamento. Suposta afronta à Súmula Vinculante 11 desta Suprema Corte. Inexistência. Decisão reclamada devidamente fundamentada. Demonstração de necessidade para garantia da segurança do ato. Agravo improvido.

I – O uso de algemas durante audiência de instrução e julgamento pode ser determinado pelo magistrado quando presentes, de maneira concreta, riscos a segurança do acusado ou das pessoas ao ato presentes. Precedentes.

II – No caso em análise, a decisão reclamada apresentou fundamentação idônea justificando a necessidade do uso de algemas, o que não afronta a Súmula Vinculante 11.

III – "Não é possível admitir-se, em reclamação, qualquer dúvida a respeito das questões de fato apontadas pelo magistrado para determinar o uso das algemas durante a realização das audiências" (Rcl 6.870/GO, Rel. Min. Ellen Gracie).

IV – Agravo 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, 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. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

Brasília, 24 de março de 2011 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental contra a decisão em que neguei seguimento a esta reclamação.

A reclamação foi proposta contra decisão do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis/RJ, que teria contrariado a Súmula Vinculante 11 desta Suprema Corte.

O reclamante afirmou, inicialmente, que responde ação penal pela suposta prática do crime de furto tentado, previsto no art. 155, combinado com o art. 14, ambos do Código Penal.

Alegou, em suma, que durante a audiência de instrução e julgamento a defesa técnica requereu a retirada das algemas para a realização do ato processual, o que foi indeferido pela autoridade ora reclamada, ao argumento de que não havia policiais suficientes para realizar a respectiva escolta.

Aduziu, desse modo, que foi obrigado a permanecer algemado durante toda a instrução processual, daí a violação à Súmula Vinculante 11.

Asseverou, mais, que a

> anulação de toda a fase instrutória realizada na audiência em que o acusado permaneceu algemado impõe-se como medida adequada na hipótese, determinando-se a sua imediata soltura, eis que a situação do caso concreto não se coaduna com o conteúdo do Enunciado da Súmula.
> (Fl. 8.)

Requereu, ao final, a procedência do pedido com a imediata soltura do réu.

Em 26-11-2009, neguei seguimento à reclamação, por entender que, no caso, não havia qualquer violação à Súmula Vinculante 11, uma vez que a autoridade reclamada apresentou fundamentação escrita e suficiente para justificar a manutenção das algemas durante o ato processual.

Inconformado, sustenta o agravante, que seus direitos não podem ser "postergados em nome de eventuais deficiências dos milhares de Órgãos judiciais espalhados pelo Brasil" (fl. 30).

Argumenta, também, que compete ao Poder Judiciário prover as comarcas de funcionários e policiais em número suficiente de forma a possibilitar uma adequada prestação jurisdicional à população.

Diz, mais, que a decisão reclamada contrariou frontalmente a Súmula Vinculante 11, pois teria sido mantido algemado durante a audiência, porque o policial incumbido de sua custódia estava realizando o pregão das audiências, ou seja, exercendo atividade estranha as suas funções.

Pede, ao final, a reforma da decisão agravada para que seja julgada procedente a reclamação ajuizada.

Em 2-2-2010, determinei a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, manifestou-se pelo desprovimento do regimental (fls. 35-39).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, entendo que o agravante não traz fatos novos capazes de ensejar uma mudança de entendimento quanto ao decidido.

A tese sustentada é a de que o Juiz de Direito da Comarca de Petrópolis/RJ violou a Súmula Vinculante 11, pois indeferiu o pedido da defesa para que o reclamante ficasse sem algemas durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Não lhe assiste razão, contudo.

Eis o teor da decisão ora agravada:

> Bem examinados os autos, tenho que esta reclamação não merece prosperar.
>
> O reclamante pretende o reconhecimento de desrespeito à Súmula Vinculante 11, haja vista que, durante a audiência de instrução e julgamento, teria permanecido algemado, não obstante requerimento da Defensoria Pública para que as algemas fossem retiradas.
>
> Com efeito, o teor da referida Súmula é claro no sentido de somente ser 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.
>
> No caso concreto, a análise dos autos evidencia a existência de fundamentação escrita e suficiente a justificar a manutenção das algemas durante o ato processual.
>
> Da ata da audiência de instrução e julgamento destaco o que se segue:
>
> > "Pelo MM. Juiz de Direito, foi dada a seguinte decisão: No que se refere ao requerimento da Defensoria Pública, este juízo manteve a ordem no sentido de que o réu permanecesse de algemas, eis que a escolta de policiais militares dentro deste fórum é em pequeno número, sendo que no dia de hoje há apenas um policial realizando a segurança de custódia do réu, havendo um outro que lhe presta auxílio em caráter eventual, pois também encontra-se na função de trânsito de presos da carceragem para as salas de audiência do fórum, contribuindo, também eventualmente, com o pregão e outros atos envolvendo testemunhas, de modo que o réu, sem algemas, poderá ensejar quebra da segurança indispensável para a realização dos trabalhos"
>
> (Fl. 14.)
>
> Percebe-se, pois, que a autoridade reclamada, de forma consistente, bem justificou o ato, razão pela qual não há de ser acolhida a alegação de ofensa à Súmula Vinculante 11.
>
> É de se considerar, ainda, que o acusado estava em cumprimento de liberdade condicional em razão de sentença condenatória pela prática do crime de roubo, defluindo, daí, a preocupação do magistrado, haja vista a natureza deste crime e de outros antecedentes penais.
>
> Isso posto, nego seguimento a esta reclamação (art. 21, § 1º, do RISTF).
>
> (Fls. 22-24.)

Com efeito, a redação do verbete indicado como desrespeitado possui a seguinte redação:

> *Súmula Vinculante* 11. 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.

Conforme ressaltei na decisão reclamada o ilustre magistrado de primeiro grau manteve o agravante algemado visando garantir à integridade física dos presentes, bem como evitar o risco de fuga existente, em razão da falta de segurança na sala de audiências.

Destaca-se, ainda, que a autoridade reclamada fundamentou a decisão explicitando que no dia da audiência havia somente dois policiais responsáveis pela escolta, sendo que um deles ainda era responsável pelo trânsito de presos da carceragem para sala de audiências, o que representaria risco concreto à segurança dos presentes.

Desse modo, entendo que não há falar em violação à Súmula Vinculante 11, uma vez que a decisão foi fundamentada por escrito e apresentou argumentos idôneos para o uso das algemas.

Nesse sentido, é o entendimento da maioria dos Ministros desta Corte que analisaram situações idênticas ao caso sob exame, conforme trechos de decisões monocráticas a seguir transcritos:

> O enunciado em questão cuida do uso não fundamentado de algemas.
> Ocorre que a decisão impugnada (fl. 13) apresenta **fundamentos escritos para que o réu permanecesse com algemas**, salientando a existência de apenas **um policial** fazendo a segurança do preso, que poderia, sem algemas, ensejar a **quebra da segurança indispensável para a realização dos trabalhos**.
> (Rcl 9.470/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa – grifos no original.)

> ***Impende observar***, ***considerados*** *os elementos contidos nestes autos,* ***que o ato*** *objeto da presente reclamação* ***não desrespeitou*** *a autoridade da Súmula Vinculante 11/STF.*
> *É que as razões* ***invocadas*** *no ato em questão* ***revelam-se*** *em conformidade* ***com aquelas que deram suporte*** *à Súmula Vinculante 11/STF (****que permite****,* ***excepcionalmente****, o uso de algemas,* ***desde que justificada****, por escrito, sua necessidade),* ***o que basta para afastar****, por inocorrente,* ***a alegação de desrespeito*** *à autoridade daquele pronunciamento sumular do Supremo Tribunal Federal,* ***inviabilizando-se****, desse modo,* ***o acesso*** *à via reclamatória.*
> ***Com efeito****, a autoridade judiciária reclamada indicou,* ***de maneira clara e objetiva****, as razões justificadoras* ***da necessidade****, no caso,* ***da utilização*** *de algemas (fl. 18),* ***inexistindo****, desse modo,* ***desrespeito*** *ao referido enunciado vinculante.*
> (Rcl 9.420/RJ, Rel. Min. Celso de Mello – grifos no original.)

> Na presente hipótese, não há que se falar em desrespeito ao enunciado da Súmula Vinculante 11, já que o ato reclamado retrata situação fática diversa.

Por ocasião do interrogatório, o magistrado de primeiro grau determinou que o reclamante permanecesse algemado, excepcionalmente, para evitar a fuga e para resguardar a integridade física dos presentes, como se constata do teor da ata de audiência do interrogatório.

Verifico, portanto, não haver, nos autos da presente reclamação, substrato fático ou jurídico capaz de atrair a incidência do enunciado da Súmula Vinculante 11, visto que há, *in casu*, justificativa idônea para o uso das algemas durante a realização da audiência.

(Rcl 9.877/DF, Rel. Min. Ellen Gracie.)

A leitura da decisão reclamada evidencia que a excepcionalidade da medida foi determinada em razão do perigo que o reclamante representaria à integridade física daqueles que participaram da audiência se estivesse sem as algemas. Pautou-se o magistrado na evidente periculosidade do agente, atestada pelas condenações anteriores por crimes cometidos mediante emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, nos termos do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

(Rcl 6.565/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.)

(...) anoto que o uso das algemas está plenamente motivado pelos fatos constantes dos autos, nos quais foram narradas a gravidade dos crimes atribuídos ao reclamante (diversos atos de estupro e de atentado violento ao pudor contra menores) e a periculosidade do acusado (ameaças às vítimas e propriedade ilegal de pistola semiautomática calibre 280 – a exemplo das fls. 19 e 27). De outra, a autoridade reclamada motivou o uso das algemas nas três audiências de instrução.

(...)

Ademais, o fato de o Juízo reclamado seguidamente justificar de maneira idêntica o uso de algemas durante as audiências de instrução não demonstra, por si, atos contrários à Súmula Vinculante 11. Tais motivações do Juízo processante indicam, ao contrário, a manutenção do contexto fático justificador do uso de algemas.

(...)

Em casos como o vertente, nos **quais o uso das algemas decorre de fundamentação escrita e consistente de autoridade reclamada**, os Ministros deste Supremo Tribunal Federal não têm acolhido a alegação de afronta à Súmula Vinculante 11.

(Rcl 9.632/SP, Rel. Min. Ayres Britto – grifos no original.)

Verifico que a decisão impugnada não afronta a autoridade da Súmula Vinculante 11, tendo em vista a existência de fundamentação escrita que justifica, no caso vertente, a excepcionalidade do uso de algemas. (...)

Conforme se verifica, houve a justificativa expressa do magistrado para o uso das algemas durante aquele ato processual, que tomou por base, entre outros argumentos, a declaração feita pela escolta do reclamante, que afirmou não poder garantir a segurança dos presentes à audiência se o acusado permanecesse sem as algemas.

(Rcl 7.268/DF, Rel. Min. Menezes Direito.)

Tenho que a decisão impugnada não afronta a autoridade da Súmula Vinculante 11, tendo em vista a existência de fundamentação que justifica, no caso vertente, a excepcionalidade do uso de algemas.

(...)

Conforme se verifica, houve a justificativa expressa do magistrado para o uso das algemas durante aquele ato processual, que tomou por base garantir a segurança e a integridade física dos presentes à audiência, em razão da presença de um único policial ao pregão.

(Rcl 9.419/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli.)

A decisão impugnada não afronta a autoridade da Súmula Vinculante 11 na medida em que justifica, por escrito, a excepcionalidade do uso de algemas, sobretudo pelas circunstâncias em que realizada a audiência de instrução e julgamento.

Acrescente-se que a licitude do uso de algemas, na hipótese, é lastreada por recomendação expressa subscrita pela autoridade responsável pela unidade prisional, em cujas dependências se realizou o ato processual.

(Rcl 6.963/SP, Rel. Min. Cezar Peluso.)

No mesmo sentido, cito, ainda, as seguintes decisões entre outras: Rcl 9.692/SP, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 9.469/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli; Rcl 9.880/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl 7.926/MG, Rel. Min. Eros Grau; Rcl 7.591/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 6.493/SP, de minha relatoria; Rcl 6.797/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

Nessa linha, foi a manifestação da Procuradoria-Geral da República, a qual ressaltou as hipóteses de aplicação da Súmula Vinculante 11:

12. Durante os debates que precederam a aprovação da Súmula Vinculante n. 11, ressaltou-se que compete ao Estado, como garante da segurança e da atividade persecução penal, reconhecer se a situação fática exige ou não a quebra da excepcionalidade do uso das algemas. Ou seja, a prudente ponderação do caso é dever do agente público, cabendo unicamente a este.

13. Isso porque, mesmo sendo o uso das algemas excepcional, por razão de segurança jurídica ou de interesse público poderá a Autoridade, por decisão fundamentada, utilizar-se do emprego das algemas tendo em vista a possibilidade de fuga e a periculosidade do preso.

14. No julgamento do *habeas corpus* n. 89.249/RO, citado como um dos precedentes nos debates para a aprovação da Súmula Vinculante n. 11, entendeu-se que o uso das algemas restringir-se-ia a duas hipóteses:

I. para impedir, prevenir, dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que isso venha a ocorrer e

II. para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.

15. Na hipótese dos autos, o Juízo reclamado acertadamente justificou a manutenção das algemas durante a audiência de instrução e julgamento.

16. Primeiro porque o Reclamante não está sendo julgado perante o Tribunal do Júri, composto por pessoas leigas e que podem, em tese, ser influenciadas negativamente pela permanência das algemas. Ao contrário, está sendo processado e julgado por Juízo singular, que irá apreciar o caso de modo imparcial e objetivo, não

> presumindo a culpabilidade do ora Reclamante. Desse modo, inviável a declaração de nulidade da audiência, eis que não se comprovou prejuízo fático para a defesa (art. 563, CPP).
>
> 17. Depois porque ficou demonstrado que a existência de fundado perigo à integridade física dos presentes à audiência de instrução e julgamento baseia-se na circunstância em que a audiência se realizou, isto é, com um diminuto número de policiais disponíveis para realizar a escolta e garantir a ordem do local – "apenas um policial realizando a segurança de custódia do réu", segundo consta da ata de Audiência de Instrução e Julgamento (fl. 14).
>
> (Fls. 37-38.)

Dessa maneira, a decisão de manter ou não o uso de algemas, resultou de uma avaliação da autoridade responsável pelo ato praticado sobre a conveniência da medida adotada.

É certo, ainda, que esta Corte também já entendeu que "não é possível admitir-se, em reclamação, qualquer dúvida a respeito das questões de fato apontadas pelo magistrado para determinar o uso das algemas durante a realização das audiências" (Rcl 6.870/GO, Rel. Min. Ellen Gracie).

Convém, ainda, lembrar nos termos do parecer da Procuradoria-Geral da República, que

> cabe ao Juízo criminal, como o responsável pela segurança dos presentes à audiência, "determinar o que for conveniente à manutenção da ordem", conforme disposto no art. 794, primeira parte, do Código de Processo Penal. E, no caso, é nítido que este se o fez dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade.
>
> (Fl. 38.)

Cumpre ressaltar, por fim, que, na espécie, tratava-se de acusado que estava cumprindo liberdade condicional em razão de sentença condenatória pela prática do crime de roubo, e havia praticado, no curso do benefício, outro delito, justificando-se a preocupação do magistrado, haja vista a natureza deste crime e de outros antecedentes penais.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

Rcl 9.468-AgR/RJ — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski — Agravante: Wilson França Alves (Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro). Agravado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis. Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Procurador: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e 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, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 24 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 21.053 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Reclamante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas de São Paulo, Embu, Embu-Guaçu e Taboão da Serra — Reclamado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos de Limpeza do Estado de São Paulo

Organização sindical – Liberdade – Base territorial. Uma vez respeitada a unicidade quanto a certa base territorial, descabe impor exigências incompatíveis com a liberdade de associação. Óptica prevalecente, a uma só voz, considerado o voto do Relator, lastreado no parecer da Procuradoria-Geral da República. Redação do acórdão por vogal ante a aposentadoria do Relator, Ministro Carlos Velloso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 24 de novembro de 2010 — Marco Aurélio, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de mandado de segurança impetrado perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas de São Paulo, Embu, Embu-Guaçu e Taboão da Serra e outros contra ato do Ministro de Estado do Trabalho que, através da decisão proferida no processo MTB-24440-022.810/88, reconheceu como sindicato a Associação dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos de Limpeza do Estado de São Paulo, nestes autos como litisconsorte.

A Egrégia 1ª Seção do STJ negou, por unanimidade, a segurança, em acórdão assim ementado:

> *Sindicato – Criação – Unidade* – É livre a associação profissional ou sindical, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial. O Direito brasileiro adota o critério da unidade, conferindo, assim, autonomia a grupos especializados de trabalhadores. Não se confunde com univocidade, que afetaria a liberdade de iniciativa, impedindo a autodeterminação da classe trabalhadora.

Manifestam, então, os impetrantes recurso ordinário para esta Corte, com fundamento no art. 102, II, *a*, da Constituição, sustentando que o aresto

questionado contrariou norma constitucional, sem especificar qual, e a alínea *a* do art. 515 da Consolidação das Leis do Trabalho. Salientam que a nova Carta possibilita, é certo, com menores restrições, o "livre impulso associativo" no tocante à organização sindical, mas deve ser ressaltado que "referida liberdade está adstrita à 'manifestação de vontade dos trabalhadores', que no caso em tela, como os autos sobejamente demonstram, não houve. Ao contrário, os trabalhadores, cuja base territorial foi solapada pelo novel Sindicato, tiveram seu direito ao livre impulso associativo cassado, vez que não foram, em momento algum, consultados quanto à sua preferência por esta ou aquela representação sindical".

Requerem os recorrentes, por derradeiro, a reforma do acórdão, "para se determinar ao Exmo. Ministro de Estado do Trabalho que realize consulta aos trabalhadores interessados, no mínimo de um terço, como exige a lei e a boa prática democrática (...)."

Contrarrazões às fls. 262/263.

A Procuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 268/273, opina no sentido de que o recurso seja conhecido, mas que a ele seja negado provimento, aos argumentos de que os recorrentes não chegaram a imputar ao ato ministerial a pecha de inconstitucionalidade, limitando-se, de fato, à alegação de contrariedade ao estatuído pelo art. 515, *a*, e seu parágrafo único, da CLT, e de que esse texto legal não contém as exigências que querem ver satisfeitas: "manifestação de vontade dos trabalhadores" e aplicação do parágrafo único do mencionado dispositivo de lei. Pelo contrário, parece ter sido dado ao Ministério do Trabalho o poder discricionário de "(...) reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço" referido pela alínea *a* do art. 515 da CLT. Além disso, "afigura-se inafastável o entendimento de que o controvertido art. 515 do texto consolidado há de ser interpretado, na vigência da Constituição de 1988, à luz dos novos contornos que a mesma Carta conferiu às entidade sindicais".

O parecer, que é da lavra da Subprocuradora-Geral Anadyr de Mendonça Rodrigues, foi assim ementado:

> *Ementa*: Organização de sindicato: sendo em princípio livre (art. 8º, *caput*, da CF), atenta contra essa liberdade a exigência do implemento de condições outras que não aquelas taxativamente arroladas pelo próprio texto constitucional. Parágrafo único do art. 515 da CLT: atribui poder discricionário, ao Ministro do Trabalho, para, segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, excepcionalmente, reconhecer, como sindicato, a associação cujo número de associados seja inferior ao limite fixado na alínea *a* da mesma disposição. Recurso Ordinário suscetível de conhecimento, mas desmerecedor de provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): A Dra. Anadyr Rodrigues, Subprocuradora-Geral, no parecer de fls. 268/273, aprovado pelo Procurador-Geral Aristides Alvarenga, colocou assim a questão:

> 4. Como se observa, os recorrentes não chegam a imputar, ao reconhecimento, pelo Ministério do Trabalho, do novel Sindicato, a pecha de inconstitucionalidade: cinge-se a inconformação, na verdade, à alegação de contrariedade ao disposto no art. 515, *a*, e seu parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.
>
> 5. Estabelece a norma dita desacatada:
>
> "Art. 515. As associações profissionais deverão satisfazer os seguintes requisitos para serem reconhecidas como sindicatos;
>
> a) 'reunião' de um terço, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, sob a forma individual ou de sociedade; ou 'de um terço dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão liberal, se se tratar de associação de empregados' ou de trabalhadores ou agentes autônomos ou de profissão liberal;
>
> (...)
>
> Parágrafo único. O Ministério do Trabalho poderá, 'excepcionalmente', reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja 'inferior ao terço' a que se refere a alínea *a*."
>
> 6. Bem se vê, pois, que o texto legal não contém as exigências que os recorrentes querem ver satisfeitas: "manifestação de vontade dos trabalhadores" e aplicação do parágrafo único retrotranscrito limitada ao caso de se tratar de "categoria profissional inorganizada".
>
> 7. Ao contrário, parece estar inequivocamente conferido poder discricionário ao Ministro do Trabalho, para, a seu exclusivo critério, nos casos em que julgar conveniente e oportuno, "(...) reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço" a que se refere a alínea *a* do art. 515 da Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente da presença de tais requisitos.
>
> 8. De mais a mais, afigura-se inafastável o entendimento de que o controvertido art. 515 do texto consolidado há de ser interpretado, na vigência da Constituição de 1988, à luz dos novos contornos que a mesma Carta conferiu às entidades sindicais.
>
> 9. Ora, os próprios recorrentes reconhecem que:
>
> "Não há dúvida que a Nova Carta possibilita com menores restrições o livre impulso associativo, no que tange à organização sindical (...)."
>
> (Fl. 258.)
>
> 10. A consulta ao art. 8º da Lei Máxima permite verificar que tal raciocínio é correto, pois, depois de assegurar, no *caput* de tal disposição, a *livre* associação sindical, o texto constitucional, ao estabelecer regras para a sua organização, fá-la possível com obediência a requisitos mínimos – em relação ao ordenamento jurídico anterior –, dentre os quais *não* se encontram aqueles de cuja falta se ressentem os recorrentes:
>
> "Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representadora de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo de representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em Lei;

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII – o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer."

11. Assim, ainda que estivessem fixadas no art. 515 da Consolidação das Leis do Trabalho as condições que os recorrentes querem implementadas – o que não ocorre –, de qualquer sorte, em tal hipótese, seriam essas condições de duvidosa constitucionalidade, ante o advento da Constituição de 1988, pois certamente estariam limitando indevidamente a associação sindical, impondo entraves outros à sua organização, que não aqueles taxativamente arrolados pela própria Carta Magna.

12. O parecer é, por conseguinte, de que o recurso ordinário comporta conhecimento, mas não merece provimento.

(Fls. 271-273.)

Está correto o parecer.

A uma, porque a lei confere ao Ministro do Trabalho poderes para reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço a que se refere a alínea *a* do art. 515, CLT. É o que está no parágrafo único do mesmo art. 515, CLT.

A duas – e este é o argumento que me parece principal – porque a Constituição de 1988 consagrou ampla liberdade de associação profissional ou sindical, sujeita, apenas, à unicidade de representação sindical e ao registro no órgão competente (CF, art. 8º, I, II).

Julgando o MS 20.829-5/DF, Rel. Min. *Célio Borja*, a Corte Suprema, em sessão plenária, decidiu no sentido de que a Constituição de 1988 consagrou ampla liberdade de associação sindical, em acórdão assim ementado:

Ementa: Mandado de segurança.

Decreto 96.469, de 4-8-1988 – validade.

Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – reconhecimento, como órgão sindical de grau superior, compatível com a Constituição em vigor.

A lei já não pode mais obstar o surgimento de entidades sindicais de qualquer grau, senão quando ofensivo do princípio da unicidade, na mesma base territorial. A pretendida ilegalidade da criação da Confederação dos Metalúrgicos, porque não prevista no art. 535, § 1º e § 2º, da CLT, não pode subsistir em face da norma constitucional assecuratória de ampla liberdade de associação laboral, sujeita, exclusivamente, à unicidade de representação sindical.

Mandado de segurança não conhecido quanto à segunda impetrante: Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas, por falta de legitimidade, e no mérito denegada a segurança impetrada.

(*DJ* de 23-6-1989.)

Destarte, a restrição inscrita na alínea *a* do art. 515, CLT, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, motivo por que se viu revogada.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RMS 21.053/SP — Relator: Ministro Carlos Velloso. Reclamantes: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas de São Paulo, Embu, Embu-Guaçu e Taboão da Serra e outros (Advogados: Airton Fernando Faccini de Almeida, Sid H. Riedel de Figueiredo e outros). Reclamados: União Federal e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos de Limpeza do Estado de São Paulo (Advogada: Beatriz Nunes).

Decisão: Após os votos dos Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista o Ministro Sepúlveda Pertence.

Presidência do Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Célio Borja, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Paulo Brossard. Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Brasília, 1º de fevereiro de 1991 — Alberto Veronese Aguiar, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Vistos. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança que tem por objeto desconstituir decisão mediante a qual o Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho reconheceu como sindicato a Associação dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos de Limpeza do Estado de São Paulo, o que teria ocorrido em violação às normas legais e constitucionais

pertinentes ao tema, além de ter acarretado prejuízos à categoria profissional abrangida pelo novo sindicato, assim criado.

Dado o largo lapso temporal decorrido desde que iniciado o julgamento, convém fazer breve digressão sobre os votos já anteriormente proferidos.

Na sessão de 1º-2-1990, o Ministro Relator, **Carlos Velloso**, proferiu voto negando provimento ao recurso, tendo sido acompanhado, naquela oportunidade, pelos Ministros **Marco Aurélio** e **Celso de Mello**, que não teceram ulteriores considerações acerca do que restou então consignado pelo voto do Relator.

Esse, por seu turno, asseverou que a legislação em vigor confere poderes ao Ministro do Trabalho para reconhecer como sindicato uma associação cujo número de associados seja inferior ao terço a que se refere a alínea *a* do art. 515 da CLT, nos termos do parágrafo único desse mesmo artigo, sendo certo que a Constituição Federal de 1998 (em seu art. 8°, incisos I e II) consagrou a ampla liberdade de associação profissional ou sindical, com o consequente registro no órgão competente.

Acrescentou que a restrição inscrita na alínea *a* do art. 515 da CLT não foi recepcionada pela vigente Magna Carta, restando, portanto, revogada, fato a desautorizar o acolhimento da pretensão deduzida pelo recorrente.

Inicio minhas considerações sobre o tema destacando que a impetração em tela, dirigida inicialmente ao Superior Tribunal de Justiça, foi negada por aquela Corte, por meio de decisão que entendeu que o referido ato não se revestiria dos apontados vícios.

Conforme bem observado pelo eminente Relator do feito, nas razões do recurso ora submetido à análise desta Corte, não foi apontada específica violação de normas da Constituição Federal, mas, sim, tão somente do art. 515 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A decisão recorrida, por seu turno, reconheceu a necessidade de respeito ao princípio da unicidade sindical, destacando não se poder confundi-la com univocidade, a qual "afetaria a liberdade de iniciativa, impedindo a autodeterminação da classe trabalhadora" (fl. 253).

Quanto à apontada violação da referida norma legal, destacou o acórdão recorrido que seu comando teria sido observado quando da prolação da decisão então atacada, dada a excepcionalidade do tema, a permitir o reconhecimento como sindicato de associação cujo número de associados seja inferior ao terço a que se refere a alínea *a* do art. 515 da CLT (fl. 246).

Ora, para divergir desse entendimento, mister a realização de instrução probatória, de insuscetível realização na via estreita de um *mandamus* como o presente, destacando-se o seguinte precedente específico sobre o tema, proferido pela Segunda Turma desta Corte, em autos que cuidavam do mesmo tema ora em análise:

> Mandado de segurança. 2. Sindicato. 3. Alegado deferimento de pedido de registro sem a observância do princípio da unidade sindical e da Instrução Normativa 9/1990, do Ministério do Trabalho. 4. Caráter controvertido dos fatos. 5. O mandado de segurança não se mostra instrumento hábil para solver questões que necessitam de dilação probatória. 6. Recurso desprovido.
> (RMS 22.186/SP, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 27-6-2003.)

Quanto à violação do princípio da unicidade sindical, tem esta Corte entendido ser perfeitamente constitucional a criação de novos sindicatos com o desmembramento de anteriores que englobassem diversas categorias profissionais e que tivessem por base de atuação inúmeros municípios, como se cuida do caso ora em análise.

Representativo desse posicionamento, cite-se a ementa do precedente proferido quando do julgamento, pela Primeira Turma desta Corte, dos autos do RMS 24.069/DF, Rel. Min. **Marco Aurélio**:

> *Unicidade sindical mitigada – Categoria – Segmentos agrupados – Desmembramento – Viabilidade – Arts.* 5º, *inciso XVII, 8º, inciso II, da Constituição Federal, 570, parágrafo único, e 571 da Consolidação das Leis do Trabalho – Recepção*. A liberdade de associação, observada, relativamente às entidades sindicais, a base territorial mínima – a área de um município –, é predicado do Estado Democrático de Direito. Recepção da Consolidação das Leis do Trabalho pela Carta da República de 1988, no que viabilizados o agrupamento de atividades profissionais e a dissociação, visando a formar sindicato específico.
> (*DJ* de 24-6-2005.)

Tal foi o que ocorreu na hipótese retratada nestes autos, em que se reconheceu como sindicatos associações de trabalhadores cujo número de associados não alcançava um terço das entidades sindicais de que se tinham desmembrado; dada a diversidade das categorias profissionais envolvidas, não houve ofensa ao princípio da unicidade sindical.

Assim agindo, a autoridade apontada como impetrada não cometeu qualquer ilegalidade, tampouco violou eventual direito líquido e certo dos impetrantes que pudesse ser amparado pela presente impetração.

Correta, pois, a denegação da alvitrada segurança como efetuada na origem e aqui prestigiada pelo voto do eminente Relator, que ora subscrevo, negando provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RMS 21.053/SP — Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Reclamante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas de São Paulo, Embu, Embu-Guaçu e Taboão da Serra. Reclamado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos de Limpeza do Estado de São Paulo.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 1º-7-1991.

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: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Não votou o Ministro Ricardo Lewandowski, por suceder ao Ministro Carlos Velloso (Relator). Redigirá o acórdão o Ministro Marco Aurélio.

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

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

———

MANDADO DE SEGURANÇA 26.595 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Impetrante: Marcos Henrique Machado — Impetrado: Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

Mandado de segurança. Resolução 5/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público: exercício de cargo de diretor de planejamento, administração e logística do Ibama por promotor de justiça. Impossibilidade de membro do Ministério Público que ingressou na instituição após a promulgação da Constituição de 1988 exercer cargo ou função pública em órgão diverso da organização do Ministério Público. Vedação do art. 128, § 5º, II, alínea *d*, da Constituição da República. Precedentes. Segurança denegada.

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 denegar a segurança, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

Brasília, 7 de abril de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Marcos Henrique Machado, em 2-5-2007, contra ato do Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), consubstanciado na Resolução 5/2006, que disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público.

O caso

2. O impetrante, Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso desde 1994, afirma ter sido convidado, em 30-4-2007, pela então Ministra de Estado do Meio Ambiente, Marina Silva, a assumir o cargo de Diretor de Planejamento, Administração e Logística do Ibama (fls. 29-30).

Informou que a "urgência de assumir o cargo (...) [seria] justificada pela Medida Provisória 366, de *26 de abril de 2007*, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade" (fl. 4).

Sustenta que seu direito líquido e certo basear-se-ia nos seguintes argumentos:

1) o Conselho Nacional do Ministério Público não teria competência para vedar atividade pública a ser exercida por promotores e procuradores de justiça ou da

República, por meio de Resolução, *"quando não há dispositivo legal* que proíba esse direito, desde que haja prévia licença do cargo" (fl. 6, grifos no original);

2) não se poderia "falar que o Promotor de Justiça que está afastado de suas funções típicas (...) esteja sempre desempenhando funções alheias ao Ministério Público ou esteja fora da carreira", pelo disposto nos arts. 52, inc. VIII, e 53, inc. I, da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/1993) e no art. 83, inc. X, da Lei Complementar estadual 27/1993;

3) "O exercício de outras funções s[eria] lícit[o] e possíve[l], desde que compatíve[l] com a finalidade institucional do Ministério Público, ou, por óbvio, se o membro estiver licenciado do cargo" (fl. 14);

4) "Negar o direito/faculdade do membro do Ministério Público, mediante licença autorizada por órgão competente, [seria] violar não apenas direito funcional de agente público, mas direito subjetivo do cidadão que ocupa cargo público" (fl. 17).

Afirmou que o cargo para o qual fora convidado "exig[iria]e provimento imediato, sob pena de prejuízo ao processo de reestruturação do Ibama, que deve ser de 30 (trinta) dias, contados de 03 de maio de 2007, por força do Decreto Federal 6.100, de 26 de abril de 2007, art. 3º, que fixa prazo para que o Instituto Chico Mendes, criado a partir da cisão administrativa do Ibama, organize seu quadro de pessoal e a relação nominal dos documentos de cargos de direção" (fl. 18).

Requereu, por isso, seja deferida medida liminar para suspender "a Resolução n. 05/06 em relação ao impetrante, para lhe permitir o exercício de função administrativa no Ibama, mediante licença, uma vez autorizado pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do seu respectivo Regimento Interno" (fl. 18).

No mérito, pediu a concessão definitiva da segurança.

3. Em 13-5-2007, indeferi a medida liminar pleiteada, pela ausência dos requisitos exigidos no art. 7º, inc. II, da Lei 1.533/1951, então vigente, e no art. 203, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não estariam presentes na espécie (fls. 109-122).

4. Em 28-5-2007, o Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público prestou as informações solicitadas (fls. 129-136).

5. Em 30-6-2008, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 138-142).

6. Em 3-6-2009, determinei que o impetrante se manifestasse sobre seu interesse processual no seguimento do feito, que se deu, em 15-6-2009, em sentido afirmativo, sob o argumento de que "fora convidado para assumir uma secretaria executiva em ministério e aguarda assim final posicionamento deste E. Supremo Tribunal Federal" (fl. 152).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Conforme relatado, o impetrante insurge-se contra ato do Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público consubstanciado na Resolução 5/2006, que disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público.

2. Cumpre registrar, inicialmente, o cabimento do presente mandado de segurança, cujo objeto é a Resolução 5/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público.

O Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a medida liminar nos autos do MS 26.325/DF, impetrado por promotor de justiça amapaense contra a Resolução 5/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, caso análogo ao vertente, acentuou:

> Impõe-se (...) num primeiro momento, tecer algumas considerações a respeito do cabimento do presente mandado de segurança, impetrado contra resolução que possui, indiscutivelmente, natureza eminentemente normativa, por ser dotado dos atributos de generalidade, abstração e impessoalidade.
>
> Não se desconhece a orientação do Supremo Tribunal Federal, cristalizada na Súmula 266, no sentido do não cabimento de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, uma vez que ineptos para provocar lesão a direito líquido e certo. Segundo esse entendimento, a concretização de ato administrativo com base na lei poderá viabilizar a impugnação, com pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma questionada.
>
> Embora seja uma medida compreensível no contexto do sistema difuso, é certo que o sistema de proteção jurídica sofreu profunda alteração com o advento da Constituição de 1988. Assim, é de se indagar se ainda subsistem razões para a mantença dessa orientação restritiva, pelo menos em relação àquelas leis das quais decorrem efeitos diretos e imediatos para as diversas posições jurídicas.
>
> No âmbito da Corte Constitucional alemã tem-se mitigado o significado do princípio da subsidiariedade aplicável ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para admitir a impugnação de leis que afetem posições jurídicas de forma direta, desde que não se afigure razoável aguardar a exaustão das instâncias. Reconhece-se, por outro lado, que leis que alteram a denominação de cargos ou proíbem o exercício de uma profissão no futuro são dotadas de eficácia imediata e mostram-se aptas para afetar direito subjetivo e, por isso, podem ser impugnadas diretamente. Assim, em tais casos, afigura-se razoável a superação da súmula referida ou, pelo menos, que se adote um *distinguishing* para afirmar que as leis que afetam posições jurídicas de forma imediata poderão ser impugnadas em mandado de segurança.
>
> Entendo ser exatamente o caso dos presentes autos. Nele, tem-se um ato normativo que, ao dirigir expressa proibição aos membros do *Parquet*, alcançou, de maneira direta e imediata, a posição jurídica do impetrante, promotor de justiça e ocupante do cargo de Secretário de Estado do Poder Executivo amapaense. Mostra-se inteiramente supérfluo o aguardo de novo ato administrativo para que a impugnação se viabilize, uma vez que a resolução contestada, por si só, tem força suficiente para impor ao impetrante as vedações nela contidas.
>
> (*DJ* de 1º-2-2007.)

No mesmo sentido: RMS 25.500/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 18-1-2005.

3. Assim, **conheço do presente mandado de segurança** e passo ao julgamento do mérito.

4. O art. 130-A, § 2º, inc. II, da Constituição da República dispõe:

> Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (...)
>
> § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:
>
> I – *zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.*
>
> (Grifos nossos.)

Foi no exercício dessa competência constitucional que o Conselho Nacional do Ministério Público aprovou a Resolução 5/2006, nos termos seguintes:

> *Resolução n. 5, de 20 de março de 2006*.
>
> Disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional.
>
> (...)
>
> *Considerando* a necessidade de estabelecer parâmetros definitivos para o exercício de atividade político-partidária e de qualquer outro cargo público por membro do Ministério Público Nacional.
>
> *Resolve*:
>
> Art. 1º Estão proibidos de exercer atividade político-partidária os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda n. 45/2004.
>
> *Art. 2º Os membros do Ministério Público estão proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.*
>
> *Parágrafo único. A vedação não alcança os que integravam o Parquet em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.*
>
> Art. 3º *O inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública*, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os arts. 10, inciso IX, *c*, da Lei n. 8.625/93, e 6º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 75/93.
>
> Art. 4º O artigo 44, parágrafo único, da Lei n. 8.625/93 não autoriza o afastamento para o exercício de outra função, vedado constitucionalmente.
>
> Parágrafo único. As leis orgânicas estaduais que autorizam o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º Os membros do Ministério Público afastados para exercício de cargo público que não se enquadrem na hipótese do parágrafo único do art. 2º deverão retornar aos órgãos de origem, no prazo de 90 dias.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

(Grifos nossos.)

E o fez levando em conta o que taxativamente determinado no art. 128, § 5º, inciso II, alínea *d,* da Constituição da República, que prevê:

Art. 128. O Ministério Público abrange:

(...)

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...)

(...)

II – *as seguintes vedações*:

(...)

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

5. Ainda nos autos do MS 26.325/DF, o Ministro Gilmar Mendes consignou:

O tema em discussão foi objeto de análise do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento cautelar da *ADI 2.084*, Rel. Min. Ilmar Galvão, na qual se impugnava, dentre outros dispositivos, o art. 170, paragráfo único, da Lei Complementar estadual 734, de 26-1-1993, que instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo.

O referido preceito enunciava que não obstante fosse vedado aos membros do Ministério Público o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, não constituía acumulação "as atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público, em entidades de representação de classe e *o exercício de cargo ou função de confiança da Administração Superior* e junto aos órgãos de Administração ou Auxiliares do Ministério Público".

Na sessão plenária de 16-2-2000, o eminente Relator, Ministro Ilmar Galvão, asseverou que o contestado art. 170, parágrafo único, da LC 734/1993 deveria ser entendido como mera reprodução explícita do que contido no art. 44, paragráfo único, da Lei federal 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que exclui do rol de atividades vedadas aos membros do Ministério Público "o exercício de cargos de confiança *na sua administração* e nos órgãos auxiliares". Assim, concluiu o relator que ao dispositivo sob análise deveria ser dada interpretação conforme à Constituição, "no sentido de somente ser permitido aos promotores e procuradores de Justiça de São Paulo o exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior do próprio Ministério Público". A solução proposta naquela assentada, seguida à unanimidade, veio depois a ser confirmada *in totum* no julgamento de mérito da mesma ADI 2.084, ocorrido da sessão plenária de 2-8-2001.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se de maneira mais veemente quanto à impossibilidade do exercício, por membros do Ministério Público, de cargos em comissão no primeiro escalão da estrutura administrativa do Poder Executivo, tanto no âmbito federal como no estadual. No

julgamento do pedido de medida cautelar formulado na *ADI 2.534*, impugnava-se as alterações introduzidas pela Lei Complementar estadual 61, de 12-7-2001, à Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar estadual 34, de 12-9-1994). A redação combatida do art. 142 deste último diploma proclamava a possibilidade do afastamento do membro do Ministério Público, mediante aprovação do Conselho Superior, para o exercício do cargo de ministro, secretário de Estado ou seu substituto imediato. Na linha do precedente já citado, assim consignou em seu voto o Relator, Ministro Maurício Corrêa, na sessão plenária de 15-8-2002, acompanhado, quanto a este ponto, à unanimidade, *verbis*:

> "De fato, a Carta de 1988 veda ao membro do *Parquet* o exercício de qualquer outra função pública, ainda que em disponibilidade, salvo uma de magistério. A abrangência da vedação torna induvidosa sua aplicação a todo e qualquer cargo público, por mais relevantes que se afigurem os de Ministro e Secretário de Estado.
>
> De registrar-se que, em face das sensíveis alterações na função institucional reservada ao *Parquet*, a partir da Constituição vigente foram conferidas inúmeras prerrogativas aos seus membros e ao mesmo passo impostas várias vedações, tudo com o objetivo de garantir isenção e independência à sua atuação, tal como ocorre com a magistratura. Tão profundas foram as modificações que o § 3º do art. 29 do ADCT-CF/1988 facultou aos então procuradores e promotores a possibilidade de optar pelo regime anterior ou o que estava se implantando.
>
> Este Tribunal, ainda na *ADI 2084*, analisando questão análoga, decidiu que o 'exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior' pelos membros do MP deve ser entendida como exercício na administração superior do próprio Ministério Público apenas, e não na administração pública como um todo, o que exclui a possibilidade de ocupação dos cargos em apreço.
>
> Dessa forma, impõe-se o deferimento do pedido cautelar quanto ao preceito do inciso II do art. 142 em causa, pois os cargos ali enumerados não dizem respeito à administração superior do próprio Ministério Público e sim do Poder Executivo federal e estadual, daí decorrendo clara violação aos arts. 128, § 5º, inciso II, letra *d* e 127, § 2º, *in fine*, c/c o parágrafo único do art. 44 da Lei 8.625/1993."

Recentemente, já depois da Criação do Conselho Nacional do Ministério Público pela Emenda Constitucional 45, de 8-12-2004, esta Corte se deparou mais uma vez com o tema em debate no julgamento da *ADI 2.836*, Rel. Min. Eros Grau, que tinha como objeto os arts. 9º, § 1º, *c*, e 165 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar 106, de 3-1-2003). Sustentou o autor da ação que o primeiro dispositivo citado, ao enunciar a inelegibilidade, para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, dos procuradores e promotores que "ocuparem qualquer outro cargo ou função de confiança", estaria a permitir o exercício, por membros do Ministério Público, de atividades vedadas pelo art. 128, II, *d*, da Constituição Federal.

Quanto a esse tópico, relevante destacar a manifestação da Procuradoria-Geral da República, transcrita no voto do relator, Ministro Eros Grau, *verbis*:

> "Como se pode perceber, o dispositivo normativo atacado não permite, como afirma o requerente, que o membro do Ministério Público exerça qualquer outro cargo ou função de confiança no âmbito da Administração

Pública, como as de Secretário de Estado. A norma prescreve que, para os casos em que os membros do Ministério Público estejam ocupando qualquer outro cargo ou função de confiança e desejem se eleger ao cargo de Procurador-Geral de Justiça, é obrigatória a desincompatibilização, mediante afastamento, pelo menos sessenta dias antes da data da eleição. Essa norma é aplicável àqueles membros que já ocupem cargo ou função de confiança, no caso, aqueles que estão ocupando cargos ou funções de confiança na administração do próprio Ministério Público e em seus órgãos auxiliares ou em órgãos estatais afetos à área de atuação da Instituição."

Concluiu, assim, o Tribunal naquela assentada, ocorrida em 17-11-2005, que o comando impugnado, ao tratar de requisito para a disputa do cargo eletivo de procurador-geral de Justiça, não permitia o exercício de cargos ou funções de confiança fora do âmbito do Ministério Público fluminense, sendo expressa, na própria Lei Orgânica estadual, a vedação ao exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, salvo a de magistério (LC 106/2003, art. 119, IV).

Além da confirmação da jurisprudência anteriormente consolidada, em hipótese, como visto, de não enquadramento da vedação constitucional, o julgamento da *ADI 2.836* ainda alcançou importante conclusão na apreciação da constitucionalidade do art. 165 do mesmo diploma legal atacado, no sentido de que aos integrantes do Ministério Público admitidos antes da Constituição Federal de 1988 aplicam-se as mesmas vedações presentes no ordenamento constitucional vigente. Julgados, pelo relator, improcedentes os pedidos formulados, foi S. Exa. acompanhado por unanimidade, em acórdão que possui a seguinte ementa (*DJ* de 9-12-2005):

"*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar 106/2003. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Art. 9º, § 1º, alínea c, e art. 165. Desincompatibilização dos candidatos ao cargo de procurador-geral de justiça.*

1. O art. 9º da lei exige a desincompatibilização dos candidatos ao cargo de procurador-geral de Justiça que estejam ocupando qualquer outro cargo ou função de confiança.

2. A argumentação do requerente, de que o aludido preceito permitiria o exercício de cargos e funções não afetos à área de atuação do Ministério Público, não merece acolhida.

3. O art. 165 da Lei Orgânica do MP do Estado do Rio de Janeiro é mera reprodução do art. 29, § 3º, do ADCT da Constituição do Brasil. Aos integrantes do *Parquet* admitidos antes da CB/1988 aplicam-se as vedações do texto constitucional.

4. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente."

Diante do significativo quadro jurisprudencial acima apontado, que extraiu da própria Carta Federal a vedação agora fielmente ecoada na resolução impugnada, fica difícil sustentar que o ato ora atacado tenha tratado de matéria inovadora e destituída de substrato normativo primário. Se esta Corte, no julgamento cautelar da ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 1º-9-2006, concluiu pela constitucionalidade da aplicação, a toda estrutura do Poder Judiciário, de Resolução do Conselho Nacional de Justiça impeditiva de nepotismo escorada em norma constitucional principiológica sobre moralidade na administração pública (CF, art. 37, *caput*), haverá maior legitimidade, ao que me parece nesse exame preliminar, na aplicação administrativa, pelo Conselho Nacional do Ministério Público e no âmbito de todo o *Parquet*, de expressa

regra proibitiva prevista no art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição Federal, dispositivo que, ressalte-se, não foi alterado pela Emenda Constitucional 45/2004.

Apesar de discutível a qualidade da técnica de elaboração normativa empregada na resolução impugnada, não se está a falar em opção, eleita pelo CNMP, de uma dentre várias interpretações possíveis dos arts. 128, § 5º, II, *d*, e 129, IX, da Constituição Federal, mas do pleno exercício regulamentar do Conselho no controle administrativo da observância, por todo o Ministério Público, dos citados comandos constitucionais, tal como delineados no exercício de jurisdição constitucional levada a efeito nesta Corte Suprema.

É frágil, por outro lado, a leitura que pretende dar o impetrante ao art. 129, IX, da Carta Magna, uma vez que se trata de previsão de cláusula aberta para a atuação da Instituição, e não de seus membros isoladamente, em funções outras – compatíveis com sua finalidade – que não aquelas já previstas no mesmo art. 129 da Constituição.

Além de todas essas circunstâncias que demonstram a inexistência de plausibilidade jurídica do pedido liminar, vislumbro *periculum in mora* inverso na sua concessão consubstanciado na alta probabilidade de que as novas nomeações ou a permanência de membros do Ministério Público para o exercício de relevantes cargos da estrutura dos Poderes Executivos estaduais venham a ser judicialmente contestadas no controle difuso, causando instabilidade e descrédito aos atos de administração que viessem a ser praticados pelos titulares das pastas de governo.

Por todo o exposto, *indefiro* o pedido de liminar, por estarem ausentes os requisitos necessários para a sua concessão.

(*DJ* de 1º-2-2007, grifos nossos.)

Além dos precedentes citados, de se registrar que, na assentada de 29-6-2007, no julgamento da ADI 3.298/ES, Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da norma da Constituição capixaba que permitia o exercício de função pública fora dos quadros do Ministério Público, além de um cargo de magistério – única hipótese constitucionalmente prevista:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 105, VII, da Lei Complementar 95, de 28 de janeiro de 1997, do Estado do Espírito Santo. 3. Exercício de cargo comissionado estadual ou federal fora da instituição por membros do Ministério Público. 4. Violação ao art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição. 5. Os membros do Ministério Público somente podem exercer função comissionada no âmbito da administração da própria instituição. 6. Precedentes. 7. Procedência da ação.

(*DJ* de 29-6-2007.)

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes consignou:

Na espécie, não parece haver dúvida de que a norma impugnada padece de inconstitucionalidade, visto que o texto constitucional é claro ao determinar que os membros do Ministério Público não poderão exercer qualquer outra função pública, com exceção de uma função de magistério, além da hipótese prevista no art. 29, § 3º, do ADCT.

Destarte, o art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição, prescreve que as leis complementares dos Estados-Membros, ao estabelecerem os estatutos dos Ministérios

> Públicos estaduais, devem prever a vedação constitucional do exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública pelo membro do órgão ministerial. A referida regra constitucional é excepcionada apenas no caso do exercício de uma função de magistério ou na hipótese de que o membro do Ministério Público, admitido antes da promulgação da Constituição de 1988, tenha feito a opção pelo regime jurídico anterior, conforme o art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).
>
> Portanto, fora das exceções previstas pelo texto constitucional, a regra inscrita no art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição, é absoluta, na medida em que abrange toda e qualquer função pública, como o exercício de cargos em Ministérios e Secretarias de Estado, de assessorias das mais variadas espécies e mesmo nos casos de participação em conselhos estaduais, federais ou municipais. (...)
>
> Nesse sentido, com base na jurisprudência da Corte, e levando-se em conta a própria característica institucional do Ministério Público, órgão lastreado pelos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, não há como afastar a inconstitucionalidade do dispositivo normativo impugnado.
>
> (*DJ* de 29-6-2007.)

Não foi outro o entendimento esposado pelo Ministro Celso de Mello, que, ao julgar prejudicado o MS 26.584/DF, no qual se discutia a legalidade de decisão monocrática proferida pelo Conselheiro Relator da Rcl 41/2007 e outras que lhe foram apensadas, fundamentada na Resolução 5/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, posteriormente substituída por decisão colegiada, asseverou:

> *Na realidade*, esta Suprema Corte, em *diversos* precedentes (*ADI 2.084/SP*, Rel. Min. *Ilmar Galvão – ADI 2.836/RJ*, Rel. Min. *Eros Grau – ADI 3.298/ES*, Rel. Min. *Gilmar Mendes – ADI 3.838-MC/DF*, Rel. Min. *Carlos Britto – ADI 3.839-MC/MT*, Rel. Min. *Carlos Britto – MS 26.325-MC/DF*, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, *v.g.*), *estabeleceu* orientação *no sentido* de que membros do Ministério Público, *especialmente* aqueles que ingressaram na Instituição *após* a promulgação da vigente Constituição, *não podem exercer* cargos ou funções *em órgãos estranhos* à organização do Ministério Público, *somente* podendo titularizá-los, *se* e *quando* se tratar de cargos em comissão ou de funções de confiança em órgãos situados *na própria* estrutura administrativa *do Ministério Público*.
>
> (*DJ* de 1º-8-2007, grifos no original.)

6. Na mesma linha a manifestação do Representante do Ministério Público Federal:

> 9. A Resolução 5/2006, elaborada com o propósito de estabelecer parâmetros definitivos para o exercício de atividade político-partidária e de qualquer outro cargo público por membro do Ministério Público Nacional, foi editada dentro das prerrogativas constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional do Ministério Público.
>
> 10. Além disso, a proibição do exercício de outras funções por membros do Ministério Público é regra constitucional expressa no art. 128, § 5º, II, *d*, da Carta Magna, que dispõe: (...)
>
> 11. Existem, assim, somente duas exceções à regra geral da vedação do exercício de qualquer outra função pública, a saber, (i) o exercício de uma função de magistério e (II) na hipótese do art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando o membro do Ministério Público, admitido

antes da promulgação da Constituição de 1988, houver feito a opção pelo regime jurídico anterior.

12. Portanto, fora das exceções constitucionais, a regra do art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição é absoluta, abrangendo toda e qualquer função pública fora do próprio Ministério Público, como o exercício de cargos em Ministérios e Secretarias de Estado, assessorias e diretorias de órgãos e conselhos federais, estaduais e municipais.

13. Frise-se que a inserção da referida vedação nas leis complementares reguladoras dos Ministérios Públicos dos Estados e da União não é facultativa e foi repetida pelo art. 44, IV, da Lei Orgânica do Ministério Público Nacional.

14. Como se vê, a proibição de afastamento dos membros do Ministério Público da carreira para o exercício de outras funções públicas tem amparo não só legal, como também constitucional. O que já era constitucional e legalmente proibido assim permanece com a Resolução 5/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público.

7. De se ver, pois, que o impetrante, Promotor de Justiça desde 28-1-1994 (fl. 3), não tem direito de assumir o cargo de Diretor de Planejamento, Administração e Logística do Ibama, ou qualquer outro cargo público fora da administração do próprio Ministério Público.

8. Pelo exposto, voto no sentido de **denegar a segurança.**

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, estou de acordo, mas fico vencido na preliminar. Acho que não caberia o mandado de segurança.

No mérito, acompanho a Relatora.

DEBATE

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, a preliminar é com relação ao mandado de segurança contra ato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ele é em tese.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Contra, em tese. Eu também tenho decidido nesse sentido quando se trata de ato contra o CNJ e contra o CNNP, porque, na verdade, o mandado de segurança insurge-se contra resolução e não contra um ato concreto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Porque como ela é proibitiva.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ela é restritiva, não é?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ela é proibitiva.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ela tem efeitos concretos?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ela tem efeitos concretos, não há outra forma. Aliás, já na esteira da Lei 1.551, que tratava do mandado de segurança, antes da Lei 12.016, tinha-se afirmado a jurisprudência, tanto deste

Supremo Tribunal como a própria doutrina, no sentido de que – o Hely Lopes Meirelles diz isso expressamente –, quando se tratasse de ato proibitivo, ato contra o qual ato de efeitos concretos e ato contra o qual não pudesse autoridade alguma adotar qualquer medida, se não houvesse mandado de segurança, haveria uma impossibilidade de se chegar ao Judiciário.

O exemplo que vem desde Francisco Campos e que foi adotado pelo Hely Lopes Meirelles é esse, e é este caso. Digamos que se vede um determinado comportamento de alguém, o administrador público sujeito à lei não pode fazer nada: aquele que fica proibido, portanto, não tem como atuar.

Por isso, ao iniciar o voto, citei o enfrentamento dessa questão pelo Ministro Gilmar Mendes, que, ao analisar a medida liminar nos autos no MS 26.325, impetrado por promotor de justiça amapaense contra essa mesma resolução, o Ministro acentuou e vou ler só para esclarecimento, porque eu passei.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Acho que não há necessidade, eu estou esclarecido, mas, de qualquer maneira...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): De toda a sorte, estou apenas justificando porque me parece que, nos casos em que haja situações como essa, o ato infralegal, proibitivo e que produz efeitos concretos, realmente não há como se obter um cometimento contra o qual se insurgiram.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Com o devido respeito, isso me parece que é demasia, porque tipicamente proibitivas são as leis que tipificam ilícitos, desde os administrativos até os criminais. Nem por isso cabe mandado de segurança contra tais leis em tese.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Mas Ministro, estou dizendo ato normativo infralegal dirigido ao administrador.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Neste caso, tem aplicação direta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Neste caso, aqui, é um ato normativo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pode até ter efeitos concretos, mas me preocupo um pouco com a repercussão disso e com o precedente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente. É criar um precedente. Há várias resoluções aí.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Tenho recebido vários e vários mandados de segurança contra resoluções do CNJ.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Até porque é susceptível de interpretação diversa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E de pessoas que nem estariam sujeitas à jurisdição do Supremo. Então, isso tem um efeito multiplicador muito grande.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas tem a vantagem de resolver desde logo a polêmica.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas nós atraímos, para a jurisdição do Supremo, pessoas que jamais seriam jurisdicionadas do Supremo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então o mandado de segurança passa a ser uma ação declaratória, Presidente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É uma ação revogatória.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Talvez não seja o melhor caso, mas é o tipo de tema que nós deveríamos discutir, porque hoje, por exemplo, se discute muito o cabimento de recurso constitucional contra lei ou o chamado recurso de amparo contra lei. E é mais ou menos pacífico na doutrina, na linha do que disse a Ministra Cármen Lúcia, que, quando se trata de lei proibitiva, é a própria lei que a fere. Vamos imaginar uma situação tal, por exemplo, como uma proibição do exercício de uma profissão que vinha sendo regularmente exercida. Não é qualquer outro ato que faz essa mediação, mas é a própria lei que proíbe.

Por outro lado, tenho a impressão – e acho que até fiz uma anotação sobre isso em algum lugar e também já vi anotações a propósito – de que, com o advento do mandado de segurança coletivo – o Ministro Sepúlveda Pertence também elucubrou um pouco sobre isso –, a nossa jurisprudência quanto ao mandado de segurança, quanto à lei em tese, precisa ganhar uma outra abrangência, um outro âmbito de proteção, porque muitas vezes o mandado de segurança coletivo nada mais é do que essa proteção geral em face desse tipo de situação.

Sei que vamos ter a oportunidade de discutir isso em outra ocasião, mas aqui se trata de fato de uma proibição que afetou o exercício de uma atividade.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ele havia recebido um convite para assumir um cargo de Secretário Executivo no Ministério do Meio Ambiente. Então, é um caso com efeito concreto, de aplicação.

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

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Efeito concreto. E havia uma proibição do CNMP.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas uma proibição em tese, para todos os procuradores e promotores que exerceram cargo político.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em tese. O caso dele poderia ser discutido na esfera administrativa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não era tese, era concreto, ele não podia assumir; se ele assumisse, ele perdia o cargo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não perderia; dependeria de um ato para dar-se a perda do cargo. Aí sim seria um ato concreto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Perderia em ilícito explícito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Porque, neste caso, como eu disse, a Constituição é taxativa, proibindo – a Lei Orgânica do Ministério Público –, e o que a resolução fez foi apenas acentuar de novo que não poderia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A esta altura, o mandado de segurança estaria até prejudicado, se se potencializar o convite realizado, porque a Ministra Marina é ex-Ministra, já não é titular de Ministério.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Perguntei – por isso eu disse antes – quando foi pautado, fiz um questionamento se não estaria prejudicado. E ele disse que não tinha sido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele revelou o convite de forma concreta, ou não? Ou seria apenas verbalmente?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Sim, revelou. E o próprio Ministério, na época, entrou...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ele era Secretário do Meio Ambiente no Mato Grosso e foi chamado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Penso que o efeito concreto está patente na própria redação do dispositivo, da resolução.

Assim estabelece o *art. 5º da Resolução 5/2006:*

> Art. 5º Os membros do Ministério Público afastados para exercício de cargo público que não se enquadrem na hipótese do parágrafo único do art. 2º deverão retornar aos órgãos de origem, no prazo de 90 dias.

Eu acho que foi feito.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Efeito concreto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não é o caso, Ministro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas ele nem tinha ocupado nada.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É o ato de efeito concreto típico.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Efeito concreto típico: deverão retornar os que não se enquadrem.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Interessante. Então ele impetrou mandado de segurança preventivo?

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

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ele estava num cargo no Estado e houve o convite.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ele estava no cargo de promotor e foi convidado. Então ele impetrou mandado de segurança preventivo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ele, antes, estava no cargo de secretário e recebeu um convite para ir para o Ministério.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ele exercia o cargo de Secretário do Meio Ambiente.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Então essa resolução nem se aplica a ele teoricamente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, aplica-se, sim.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Foi preventivo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Só se foi em termos preventivos muito genéricos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se houvesse um ato, a partir da resolução, do órgão ao qual vinculado, muito bem. Estar-se-ia cumprindo a resolução. Mas não existiu a prática desse ato.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Mas o órgão não pode cometer ato nenhum.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mesmo assim, ter-se-ia até que discutir a competência, porque o mandado de segurança seria contra o próprio órgão, muito embora assentado o ato na resolução.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Inclusive, em caso como esse, Ministro, estou citando o entendimento esposado pelo Ministro Celso de Mello:

> (...) que, ao julgar prejudicado o MS 26.584/DF, no qual se discutia a legalidade de decisão monocrática proferida pelo Conselheiro Relator da Rcl 41/2007 e outras que lhe foram apensadas, fundamentada na Resolução 5/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, posteriormente substituída por decisão colegiada, asseverou:
>
> > "Na realidade, esta Suprema Corte, em diversos precedentes [e aí são citados pelo Ministro Celso de Mello, tanto ações diretas quanto mandados de segurança] (...) estabeleceu orientação no sentido de que membros do Ministério Público, especialmente aqueles que ingressaram na Instituição após a promulgação da vigente Constituição, não podem exercer cargos ou funções em órgãos estranhos à organização do Ministério Público, somente podendo titularizá-los, se e quando se tratar de cargos em comissão ou de funções de confiança em órgãos situados *na própria* estrutura administrativa *do Ministério Público* (...)"

E nesse caso, o Ministro Celso de Mello citou o MS 26.325, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que tinha exatamente esse objeto.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: No mérito, estou de acordo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Com o devido respeito, na minha cabeça aparece assim: é como uma espécie de antropomorfização da lei, isto é, como se a lei fosse uma manifestação humana, quando, na verdade, é apenas um enunciado susceptível de várias interpretações. O que acontecia com a norma constitucional que proíbe aos magistrados exercer outra função, salvo a do magistério? Gerou várias discussões a respeito de saber se o magistrado podia ou não exercer, por exemplo, a presidência de uma associação de classe; se podia ou não ser diretor

de uma faculdade. Noutras palavras, a norma em si é incapaz de atingir direito líquido e certo. O que atinge um direito subjetivo é sempre ato concreto numa situação concreta. A própria resolução é susceptível de interpretação. O próprio Conselho Nacional do Ministério Público poderia dizer que: tal seja a natureza da função etc é, possível...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): A norma diz que é vedada.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas aqui, à luz dessa redação, art. 5º da resolução, o retorno do membro do Ministério Público afastado do seu cargo não depende de nenhum outro ato; essa resolução opera por si mesma; ela é que faz o servidor retornar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, ele nem saiu; nem entrou.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É exatamente isto que impressiona: ele não saiu do cargo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Porque ele impetrou mandado de segurança preventivo para não ser sancionado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas é porque foi preventivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ele já exerceu outra função, foi convidado para exercer uma nova e entrou com mandado de segurança preventivo, tendo em vista a norma atual que tem concretude evidente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Opera por si. O retorno se dá por efeito desse comando e não de outro. Esse comando é suficiente para operar o retorno do membro do Ministério Público afastado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Como diz o Ministro Peluso, eventualmente o Presidente do CNMP poderia entender que não; nesse caso particular, seria legítimo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Dependendo da função que vai ser exercida, é possível; não se enquadra – vamos dizer – na hipótese da resolução.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não é uma função política; é uma função técnica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não se pode dizer que é a própria resolução em si que está atingindo direito subjetivo dele.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, se me cabe votar agora, pedindo vênias, eu não supero a preliminar.

Entendo que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese. Trata-se de uma resolução.

Mantenho coerência com o que tenho decidido em inúmeros casos. Mas, superada a preliminar, acompanho integralmente o voto da eminente Relatora, porque, para mim, a matéria está pacificada no Plenário desta Corte.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Presidente, eu acompanho a Ministra Relatora quanto à preliminar. Eu supero, eu afasto. Entendo que esse ato tem natureza concreta. É um ato administrativo por natureza.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, muitas são as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, e as categorias têm integrantes quase que indefinidos.

Indago: a edição de uma resolução de caráter abstrato gera ofensa a direito líquido e certo de integrante de uma dessas categorias – Magistratura ou Ministério Público? A meu ver, não. O mandado de segurança pressupõe direito líquido e certo de um integrante, não a mera potencialidade de vir a exercer um direito. Não houve uma recusa deste ou daquele órgão, a partir da resolução do Conselho Nacional do Ministério Público quanto à aceitação do cargo ou à impossibilidade de aceitar-se. E, de qualquer forma, o Ministério Público, a que integrado o impetrante, deveria manifestar-se a respeito, até mesmo interpretando a resolução do Conselho.

O que estamos aqui a apreciar é a resolução do Conselho em tese, e o processo não é um processo objetivo. É um processo subjetivo a pressupor – repito, segundo o texto da Carta da República – direito líquido e certo e ilegalidade praticada ou a ser praticada, se for preventivo o mandado de segurança.

Peço vênia, Presidente, até mesmo, a meu ver, numa salutar política judiciária, para não abrir a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra resolução, quer do Conselho Nacional do Ministério Público, quer do Conselho Nacional de Justiça, a partir de simples potencialidade quanto a certo direito de integrante de uma dessas duas categorias.

Agora, quanto ao mérito, todos estamos de acordo em relação à improcedência do pedido formulado, traga à vista os precedentes.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também acompanho a eminente Relatora e conheço da ação.

Acho que, neste caso, a proibição é inequívoca. Até entendo a ponderação trazida pelos Ministros Peluso e Marco Aurélio, quando houver espaço para um outro entendimento, como surgiu a propósito dessa – vamos chamar – norma de proibição ou de restrição da Loman. Cuidava-se, no caso, de saber se

eventualmente – são várias as perguntas – o juiz pode, enquanto professor, ser coordenador de curso; se ele pode ser eventualmente diretor de uma escola. São essas perguntas típicas que nós vemos também no Conselho, por conta do conteúdo restritivo, portanto, havia espaço para a discussão.

Mas, neste caso específico – como mostrou, inclusive, o Ministro Britto –, é inequívoco que a proibição se trata de reiteração de um entendimento, é uma norma até de interpretação que o CNMP certamente editou, tendo em vista o desatendimento sistêmico ou sistemático que vinha ocorrendo aqui ou acolá. Nós temos notícias de ilustres integrantes do Ministério Público que estavam a exercer funções de Secretário de Estado, mesmo diante da proibição clara do texto de 1988.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, não quero interromper o raciocínio de Vossa Excelência, mas só para ponderar que essa resolução nada mais faz do que repetir o que o 128, § 5º, II, *d*, diz mais claramente. É vedado:

> Art. 128. (...)
> (...)
> § 5º (...)
> (...)
> d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

Noutras palavras, quando foi editada a Constituição, ele já poderia, se tivesse tido o convite, ter entrado com mandado de segurança contra a Constituição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Neste caso ela não só proibiu. Ela determinou o retorno, inclusive, de forma muito clara, daqueles que eventualmente estivessem afastados. Isso porque havia, certamente, naquele momento, vários casos. Portanto, essas pessoas que foram apanhadas pelo âmbito de aplicação desta norma certamente dispõem de legitimidade para questionar, ainda que nós cheguemos ao juízo de improcedência.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E o retorno no prazo de noventa dias.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. Portanto, com concretude específica e inclusive com prazo.

Mas eu só vou fazer este registro à guisa de processo mnemônico mesmo, para que, em algum momento, possamos discutir esse tema do mandado de segurança contra lei em tese. Tem que realmente ser de fato uma lei genérica. Agora, quando se tratar da proibição de uma atividade – acontece muito, por exemplo, a proibição do exercício de uma profissão: doravante não se exerce mais essa profissão por conta de requisitos que passam a ser exigidos –, ora, neste caso, de fato, é a própria lei que impõe.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Opera por si.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): São os casos raros em que se admite o recurso constitucional contra a própria lei ou contra o recurso de amparo. Nesses casos a impugnação é direta.

E de fato essa contradição fica evidente quando pensamos que agora se aceita o mandado de segurança coletivo, portanto com uma abrangência que beneficia a todos. Mas ele terá de atingir apenas um ato concreto? Não, muitas vezes terá como objeto uma disciplina mais ampla do que um ato de efeito concreto.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Na linha do pensamento de Vossa Excelência, todos os autores que trabalham com a classificação das normas constitucionais – eu não conheço exceção – dizem que as normas proibitivas são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, desde José Afonso da Silva.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): O exemplo que o Francisco Campos dá, e que Hely Lopes Meirelles depois repete, quando escreve sobre a súmula do Supremo, ele diz: suponha-se que viesse uma lei, dizendo que fica, a partir de hoje, proibido o casamento entre primos. E que dois primos iriam se casar daqui a uma semana, já estivessem até vivendo juntos. Não haveria ninguém a praticar nenhum ato porque o ato que viesse a ser praticado está obstado.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A lei opera por si.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Então, ele, pessoalmente, não poderia. É o exemplo que ele dá. Só estou citando para dizer que o Francisco Campos, quando dá um exemplo bem adiante, é para mostrar até onde você pode chegar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas esse é um debate que certamente, no futuro, teremos.

Portanto, conheço do mandado de segurança e o indefiro na linha do voto da eminente Relatora e a saúdo pela manifestação.

EXTRATO DA ATA

MS 26.595/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Impetrante: Marcos Henrique Machado (Advogados: Nasser Rajab e outros). Impetrado: Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de segurança, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. No mérito, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, indeferiu a segurança. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

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

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

MANDADO DE SEGURANÇA 27.593 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Impetrante: Oswaldo Rodrigues de Melo — Impetrado: Presidente do Conselho Nacional de Justiça (Pedido de Providências 200710000019137)

Mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Art. 102 da Loman. Condições de elegibilidade para cargo de direção em tribunal. Inelegibilidade configurada com exercício de dois mandatos, ainda que incompletos. Segurança denegada.

I – O art. 102 da Loman ao se referir à inelegibilidade daqueles que exerceram cargos de direção "por quatro anos" deve ser entendido como "por dois mandatos".

II – Assim, o exercício de dois mandatos em cargo de direção no tribunal torna o desembargador inelegível, salvo se não houver outros desembargadores elegíveis ou que aceitem o cargo.

III – Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, indeferir a ordem, contra o voto do Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Eros Grau, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal no exterior, e o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

Brasília, 1º de julho de 2010 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Oswaldo Rodrigues de Mello, contra decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos autos do Pedido de Providências 200710000019137.

Narra o impetrante que exerceu, por duas vezes, o cargo de vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul: a primeira, quando foi eleito para exercer o mandato no biênio 1993/1994; a segunda, por ocasião da eleição para o biênio 1997/1998.

Afirma, contudo, que,

> embora tenha sido eleito, pela primeira vez, para exercer o mandato pelo prazo de dois anos, ou seja, para o biênio 1993/1994 e que se iniciaria em 1º de fevereiro

de 1993, o seu exercício não se deu integralmente durante o tempo para o qual fora eleito. Essa interrupção ocorreu em razão da suspensão de sua posse por força de provimento liminar deferido pelo Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança impetrado pelo então Desembargador *José Augusto de Souza*, que postulava o direito de ser eleito para o cargo de Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.

A liminar deferida por esta Corte no *mandamus*, autuado como AO 176/MS, Rel. Min. Carlos Velloso, foi cassada, em razão do reconhecimento da competência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para conhecer os mandados de segurança contra seus atos.

Aduz o impetrante que, em relação ao segundo mandato, não houve qualquer fato que obstasse o seu exercício. Alega, porém, que, no total, teria exercido o cargo de vice-presidente por três anos e nove meses e não para os quatro anos para o qual foi eleito.

Nessa linha, sustenta que estaria elegível para os cargos de direção do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura.[1]

Afirma, contudo, que, como sua elegibilidade era controversa, formulou consulta ao CNJ, que foi autuada como Pedido de Providências 200710000019137.

O Relator, Conselheiro Joaquim Falcão, respondeu a consulta nos seguintes termos:

> Não tem razão o requerente. A leitura do art. 102, parágrafo único, responde ao caso ao determinar que o disposto naquele artigo **não se aplica a juiz eleito para completar mandato inferior a um ano**. Nos demais casos, como do requerente, aplica-se.
>
> Apesar de o texto normativo expressar "**cargos de direção por quatro anos**", ele está se referindo a dois mandatos, cada um com dois anos. O próprio texto trata de excluir de sua incidência a hipótese de eleição "**para completar período de mandato inferior a um ano**", ou seja, mesmo que um magistrado fosse eleito para dois mandatos de 1 ano cada, somando apenas 2 anos, ele não pode mais figurar na lista de antiguidade, pois não estaria coberto pela exceção do citado parágrafo.
>
> No caso do requerente, sua posse foi suspensa por apenas 79 dias, restando 651 dias de mandato. Bem mais do que o "mandato inferior a um ano" do parágrafo único.
>
> Assim, respondo à dúvida no sentido de que o requerente, Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, não pode mais figurar na lista de antiguidade, sendo,

---

[1] "Art. 102. Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao Juiz eleito, para completar período de mandato inferior a um ano."

> portanto, inelegível para o cargo de Presidente em razão de já ter exercido cargo de direção por dois mandatos de 2 anos.
> (Grifos no original.)

Inconformado com a decisão, o impetrante interpôs recurso ao Plenário do CNJ, sob o argumento de que o parágrafo único não teria aplicação ao seu caso, uma vez não foi eleito para exercer mandato inferior a um ano.

O CNJ rejeitou o recurso em decisão que possui a seguinte ementa:

> Condições de elegibilidade para cargo de direção em Tribunal. Loman, art. 102. Inelegibilidade configurada com exercício de dois mandatos de dois anos, mesmo que incompletos, conforme entendimentos do STF e do CNJ.

O ato impugnado foi integrado ainda por pedido de esclarecimento formulado pelo impetrante, que restou rejeitado.

Aduz o impetrante, quanto ao art. 102 da Loman, que

> quando a norma da lei complementar se refere a quatro anos não cogita da hipótese – ao contrário, afasta – de dois mandatos, como entendeu equivocadamente a decisão do Egrégio Conselho impetrado.
> Assim sendo, é manifestamente ilegal o ato que considera inelegível para ocupar, por eleição secreta, cargos de direção no Tribunal de Justiça o magistrado mais antigo por ele ter exercido dois mandatos, sem, entretanto, completar quatro anos ou de ter sido Presidente.

Sustenta, ademais, que

> a inelegibilidade do impetrante, nessas condições, constituirá em dupla punição e sem possibilidades de qualquer reparação: uma, por sido impedido de exercer por ordem judicial superior depois revogada, o mandato de dois anos para o qual havia sido eleito; segunda, considerando-o inelegível para disputar, como o magistrado elegível mais antigo, o cargo de direção na Corte de Justiça.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 113-117.

Às fls. 133-136, indeferi o pedido de liminar.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 138-141).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A questão central debatida nestes autos cinge-se à interpretação do art. 102 da Loman, *in verbis*:

> Art. 102. Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de

> Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição.
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao Juiz eleito, para completar período de mandato inferior a um ano.

O CNJ, ao se debruçar sobre o dispositivo, consignou que,

> apesar de o texto normativo expressar "cargos de direção por quatro anos", ele está se referindo a dois mandatos, cada um com dois anos. O próprio texto trata de excluir de sua incidência a hipótese de eleição "para completar período de mandato inferior a um ano", ou seja, mesmo que um magistrado fosse eleito para dois mandatos de 1 ano cada, somando apenas 2 anos, ele não pode mais figurar na lista de antiguidade, pois não estaria coberto pela exceção do citado parágrafo.

Entendo que a conclusão do CNJ não merece reparo.

O impetrante foi eleito por dois biênios para o cargo de vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

No primeiro dos biênios (1993/1914) o impetrante teve sua posse suspensa por força de medida liminar deferida por esta Corte no mandado de segurança (AO 176/MS, Rel. Min. Carlos Velloso), impetrado pelo Desembargador José Augusto de Souza, que se considerava elegível para os cargos de direção do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

A liminar foi tornada sem efeito, por ocasião do julgamento de mérito, em razão de ter sido reconhecida a incompetência do STF para processar mandado de segurança contra ato de tribunal local.

Nessa linha, o impetrante sustenta que, como a Loman é expressa em afirmar que a inelegibilidade só atinge aqueles que exerceram cargos de direção por quatro anos, ele seria elegível já que só exerceu a vice-presidência por três anos e nove meses, em razão da liminar deferida pelo STF.

Essa interpretação, contudo, não pode ser acolhida.

O art. 102 da Loman ao se referir à inelegibilidade daqueles que exerceram cargos de direção "por quatro anos" deve ser entendido, sem dúvida, como "por dois mandatos".

O mandato, como consignado pelo próprio art. 102, é de dois anos. Assim, ao mencionar o lapso temporal de quatro anos, como paradigma da inelegibilidade, é nítida a intenção de estabelecer-se uma regra geral no sentido de que os desembargadores só podem exercer dois mandatos em cargos de direção.

Tudo isso com o objetivo de prestigiar-se a alternância nos cargos de direção dos Tribunais. Alternância que, de resto, decorre do próprio regime republicano.

O mesmo art. 102, é verdade, também estabelece que, se não houver outros desembargadores elegíveis ou que aceitem o cargo, poderá um desembargador exercer mais de dois mandatos em cargos de direção.

A situação, porém, é excepcional, pois a regra é a alternância.

Ademais, o parágrafo único do art. 102 é esclarecedor, abonando essa interpretação ao afirmar que não se aplica a vedação do *caput* àquele que foi eleito para completar mandato inferior a um ano.

Ora, o motivo me parece claro: primeiro porque a eleição é para "completar mandato"; segundo, porque o diminuto tempo do mandato "tampão", ou seja, menos de um ano, não tem o condão de abalar o princípio da alternância.

Além disso, a interpretação do impetrante levaria à conclusão contrária ao espírito da lei de que, se o desembargador foi eleito duas vezes para completar mandatos de um ano e meio, por exemplo, ainda seria elegível para um terceiro mandato.

Ressalto, ainda, que não merece guarida o argumento do impetrante de que estaria, com essa interpretação, recebendo dupla punição: uma por não ter exercido o primeiro mandato de Vice-Presidente por completo e outra por não poder concorrer aos cargos de direção.

Ora, não se trata de punição. O impetrante apenas deixou de exercer o mandato por alguns meses em virtude de liminar deferida por esta Corte, porque se entendeu, naquele momento, que havia dúvida sobre a elegibilidade de outros desembargadores. Não se olvide, ademais, que o impetrante exerceu dois mandatos de cargos de direção.

Concluir de forma diversa poderia levar à conclusão, por exemplo, que, se algum desembargador gozar de licença durante o período em que exerceu um dos mandatos em cargos de direção, o tempo de afastamento não seria computado como de exercício do mandato, o que o tornaria elegível para outro. Da mesma forma, se o desembargador renunciasse dias antes de findo o segundo mandato poderia concorrer a um terceiro.

Por tais razões, insisto que essa interpretação não pode prosperar, pois a expressão "por quatro anos", constante do art. 102 da Loman, deve ser entendida como significando "por dois mandatos".

Isso posto, pelo meu voto, denego a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, estamos diante de uma norma que revela inelegibilidade e, em se tratando disso, a única interpretação possível é a estrita. É o que se contém na norma e nada mais. Verificamos que há uma dualidade. O preceito da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), no art. 102, versa que aquele que já tenha exercido o cargo de Presidente não poderá concorrer a cargo de direção. Quanto aos demais cargos – corregedoria, vice-presidência –, a norma impeditiva da candidatura pressupõe exercício por quatro anos, ou seja, atividade por quatro anos. É o que está na cláusula:

> Art. 102. (...) Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos [exerceu o de presidente, pronto], ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. (...)

A existência de três cargos de direção leva-me, inclusive, a expungir da contagem do período, para saber se atingidos ou não os quatro anos, as férias. Mas a situação concreta é mais favorável.

O impetrante teve a interrupção do primeiro mandato de Vice-Presidente – aqui não se está questionando a reeleição como Vice-Presidente, mas apenas a potencialidade para concorrer ao cargo de Presidente – por força de liminar desta Corte. Vale dizer, acabou não exercendo cargos de direção por quatro anos.

Se assim o é, e essa premissa é inafastável, não posso substituir a referência no preceito legal ao exercício de cargo de direção por quatro anos, por ter-se mandatos, dois mandatos no colegiado. A exigência para que haja o afastamento do magistrado como elegível diz respeito – como está em bom vernáculo, em bom português – a exercício, e exercício é concretude, é atividade de fato.

Peço vênia, Presidente, ao Relator para divergir e penso que estamos, de qualquer forma, a adotar entendimento que reflete em todos os tribunais do País. Presente essa verdade formal e real, segundo a qual não houve exercício do cargo de Vice-Presidente por quatro anos ou de Vice-Presidente e Corregedor – poderia ser –, o impetrante detém a potencialidade para concorrer ao cargo de Presidente.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Eu tenho apenas uma questão que me parece prejudicial. Vamos supor que o Tribunal concedesse a ordem. O pedido de mandado de segurança data de 17 de setembro de 2008. Já foram realizadas duas eleições sucessivas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; aliás, o último presidente acabou de tomar posse faz poucos dias. Se a concessão do mandado de segurança for para que ele concorra a duas eleições anteriores, teríamos que chamar ao processo aqueles que foram eleitos nesse período, além de tornar impossível a retroação para dois anos atrás. Mas, pelo menos, aqueles que foram eleitos, no último período, têm que ser chamados aos autos como litisconsortes passivos necessários.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, Vossa Excelência me permite, o impetrante não pede o desfazimento das eleições ocorridas, o que ele quer é guardar a potencialidade de concorrer futuramente ao cargo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Vossa Excelência me permite, ele quer ser elegível.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Por isso é que eu estou colocando a questão prejudicial: se vamos pensar numa segurança para que o impetrante se torne elegível doravante, ou se, como ele diz, para que o impetrante, efetivamente, concorra como o mais antigo nas próximas eleições.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: As próximas já aconteceram, já se exauriram. E a outra, a primeira, já se exauriu, já exerceu.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Exatamente o que eu estou dizendo. Já aconteceram duas. Exauriu-se completamente o pedido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A questão que está em jogo não é essa. Ele se preocupa é com a impossibilidade de enquanto integrar o Tribunal e tiver alguém que ainda não foi presidente, não poder concorrer como o mais antigo. É isso. A preocupação dele é o afastamento da potencialidade para concorrer ao cargo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Exatamente, nesse aspecto estou de acordo com o eminente Ministro Marco Aurélio. O que ele pretende é tornar-se elegível, é ter o potencial de elegibilidade para as próximas eleições, desconsiderando-se o fato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Se eventualmente o Tribunal entender de conceder a segurança, é fazê-lo para que o efeito seja prospectivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seja prospectivo apenas à potencialidade; reconhecer a qualidade de elegível.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Qual é o nome do impetrante, por favor?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Sem potencializar nenhuma eleição.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Chama-se Oswaldo Rodrigues de Melo. Mas eu queria assentar dois pontos: Primeiro, que o princípio republicano caracteriza-se pela alternância; depois que nós temos nos vinte e sete tribunais de justiça no país, e muitos outros tribunais regionais, federais e do Trabalho. Existem inúmeros desembargadores aptos a assumir cargos de direção. E a intenção da Loman, que é também a intenção da própria Constituição é a da alternância republicana.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Relator, quanto à alternância, ele jamais foi presidente – jamais foi presidente –, não quer concorrer, novamente, ao cargo de vice, ele quer guardar – como disse – a potencialidade de vir a concorrer à Presidência. Sabemos que, se entendermos que não pode concorrer, ele ficará excluído.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas é que é praxe nos Tribunais, eminente Ministro Marco Aurélio que quem concorre ao cargo de corregedor ou a vice-presidente, ele se reserva para concorrer ao cargo de presidente, não concorrendo à reeleição para vice ou para corregedor.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Concordo com Vossa Excelência. A lei não é inteligente, porque, a rigor – a rigor –, se há três cargos de direção: corregedor, vice e presidente, e se alguém realmente percorre os patamares, o que terá de fazer para poder chegar ao cargo maior, o de presidente? Renunciar, numa verdadeira fraude, para chegar ao cargo de presidente.

Por isso é que, na interpretação integrativa do preceito, chego a expungir o período de férias. Considero o exercício, como está reclamado no art. 102, para ter-se, considerados os quatro anos, a inelegibilidade para presidente ou outro cargo de direção.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): O que estou ponderando aos colegas é que, se nós não interpretarmos esse período como sendo de dois mandatos, o que pode ocorrer é que alguém, até fraudulentamente, isso seria – claro – uma aberração, algo muito raro, poderia renunciar ao cargo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É que ele não renunciou. Ele foi impedido de completar os quatro anos, por força de liminar do Supremo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Por mais três meses.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Facilitaria a fraude.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Ou então ele poderia licenciar-se por razões médicas ou outras.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Admitiria.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): E aí não completaria o mandato por um mês, quinze dias...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Admitiria também as férias e não as computaria para saber o tempo de exercício. Quem está de férias não exerce.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Interromperia o lapso dos quatro anos e ficaria elegível para o cargo. Um artifício.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quem está de férias não exerce.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Ficaria elegível, mediante um artifício. No caso, ele foi colhido por uma circunstância...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O que não posso é ser mais rigoroso do que a lei que verse inelegibilidade.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas quando a lei fala em exercício por quatro anos, a lei está dizendo por dois mandatos. Como cada mandato corresponde a dois anos...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, mandato é uma coisa, exercício é outra.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Dois mandatos corresponderiam a quatro anos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: São coisas totalmente diferentes. Os institutos têm significados próprios.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, mas a lei está na suposição de que os mandatos foram exercidos por modo cheio. A lei não está pressupondo a interrupção do mandato. Quando falou de quatro anos, foi na suposição do exercício regular dos dois mandatos. Dois mandatos correspondem a quatro anos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E ele foi impossibilitado de exercer cargos de direção por quatro anos, ante ato estranho à própria vontade: uma liminar do Supremo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Houve um acidente de percurso: essa liminar concedida.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A meu ver, teria que ser interpretado conjuntamente com o parágrafo único do artigo. É que resumi meu voto, diante da escassez do tempo que temos hoje. Mas o Conselheiro Joaquim Falcão, um professor de Direito, notável, que respondeu a consulta nesse seguinte sentido:

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Letrado. Reconheço que é um letrado, um mestre.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Disse Sua Excelência, ao proferir o seu voto na consulta que não tem razão o requerente:

> A leitura do art. 102, parágrafo único, responde ao caso ao determinar que o disposto naquele artigo não se aplica a juiz eleito para complementar mandato inferior a um ano. Nos demais casos, como o do requerente, aplica-se. Apesar de o texto normativo expressar "cargo de direção por quatro anos", ele está se referindo a dois mandatos, cada um com dois anos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Olha, aí, a dois mandatos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não se tem sinonímia, Ministro. Exercício é uma coisa, mandato é outra. A lei não se refere a dois mandatos, quando bastaria o exercício em cada qual de um mês para ter-se a inelegibilidade. A lei para criar um obstáculo, para colar ao magistrado a impossibilidade de concorrer se refere a exercício. Pergunto: ele exerceu cargo de direção por quatro anos? A resposta é, desenganadamente, negativa. Posso, então, dizer que ele se mostra inelegível para o cargo de presidente? Não posso.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Exercício de dois mandatos, embora por modo incompleto.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Perdão, apenas para concluir. Eu queria justamente, porque tem de fazer uma interpretação sistemática do artigo, juntamente com o parágrafo único desse artigo. Ai diz o seguinte: o próprio texto trata de excluir...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O parágrafo não altera. Ao contrário, o parágrafo é acessório da cabeça do artigo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Sim, mas serve como elemento integrativo.

O próprio texto trata de excluir a sua incidência à hipótese de eleição para completar período de mandato inferior a um ano, ou seja, mesmo que o magistrado fosse eleito para dois mandatos de um ano, somando apenas dois anos, ele não pode mais figurar na lista de antiguidade, pois não estaria coberto pela exceção do citado parágrafo. No caso do requerente, sua posse foi suspensa por

apenas setenta e nove dias, restando seiscentos e cinquenta e um dias de mandato. Bem mais do que um mandato inferior a um ano, do parágrafo inferior.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quero saber se ele exerceu cargo de direção por quatro anos. Se não exerceu, é elegível para o cargo de presidente. É o que decorre do art. 102 em comento, fora isso é aditar a lei complementar para criar uma inelegibilidade nela não contemplada. Não podemos atuar como legisladores positivos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ministro Lewandowski, se ele exerceu o cargo por três anos e onze meses, não exerceu os quatro anos completos, ele fica elegível para o cargo seguinte?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não importa, Ministro, a exigência, para ter-se alcançada a inelegibilidade, é de quatro e não de três anos e onze meses.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Dois mandatos. A *mens legis* é no sentido de impedir-se a perpetuação de desembargadores em cargos de direção. Imagine se um Tribunal, como o de São Paulo, com trezentos e sessenta e cinco desembargadores. Então, existem desembargadores – não se existem, mas creio que pode existir, eventualmente – que querem continuar em cargo de direção. Mas é preciso que haja uma rotatividade, uma oxigenação, quer dizer, a fila tem que andar. É preciso dar oportunidade aos demais. É o princípio republicano da alternância.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas tem que andar observada a segurança jurídica, a ordem jurídica, Ministro.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Só uma questão preliminar, Presidente, porque Vossa Excelência pôs a indagação relativa pelo menos a um percalço qualquer. Considera-se superado?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Concordaria com o Presidente, porque não posso voltar no tempo e não tenho, integrando o processo como litisconsortes passivos, aqueles que foram eleitos.

E não saberia precisar a eficácia da decisão se assentássemos a insubsistência das eleições pretéritas. Claro que ele está pleiteando, como disse, uma potencialidade. Ele quer formar na clientela para chegar ao cargo de presidente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ele está pretendendo uma reserva de vaga.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio.

Com os dados apresentados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, eu o acompanho, indeferindo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também peço vênia ao abalizado ponto de vista do Ministro Marco Aurélio, porém, perfilho o entendimento esposado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

MS 27.593/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Impetrante: Oswaldo Rodrigues de Melo (Advogados: Evandro Ferreira de Viana Bandeira e outros). Impetrado: Presidente do Conselho Nacional de Justiça (Pedido de Providências 200710000019137).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, indeferiu a ordem, contra o voto do Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Eros Grau, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal no exterior, e o Ministro Joaquim Barbosa, licenciado.

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

Brasília, 1º de julho de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.056 — RS

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Dejalmo Panonceli — Recorrida: União

Certidão – Fé pública – Insubsistência. A fé pública da certidão gera presunção de veracidade, sempre sujeita a condição resolutiva – a prova da erronia subjetiva ou objetiva – que, vindo à balha, a torna, sob o ângulo jurídico, insubsistente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 26 de abril de 2011 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

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

> O Superior Tribunal de Justiça indeferiu a petição inicial do mandado de segurança e julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, ante fundamentos assim resumidos (fl. 515):
>
> "*Processo civil. Mandado de segurança. Decisão de turma ou seção. Teratologia. Inexistência. Não cabimento.*
>
> *Diário oficial eletrônico. Circulação, publicação, disponibilização. Distinções.*
>
> – Não se admite mandado de segurança contra decisão judicial de Turma ou Seção, salvo em casos excepcionais, de ilegalidade manifesta da decisão e impossibilidade de reparação do dano sofrido pela parte.
>
> – Deve-se distinguir a data em que a informação é disponibilizada no *Diário de Justiça Eletrônico*, da data em que ela é considerada publicada, sendo esta sempre o dia útil seguinte ao daquela.
>
> *– É irrelevante o horário em que seu deu a disponibilização da decisão recorrida no Diário da Justiça Eletrônico, vez que sempre é considerado o primeiro dia útil seguinte como data da efetiva publicação.*
>
> – Não obstante a publicação eletrônica tenha eliminado a existência física do *Diário Oficial*, este continua a circular, mas agora virtualmente, sendo possível consultá-lo na rede mundial de computadores (Internet). A data da circulação virtual, no entanto, não corresponde à disponibilização da informação, mas sim à da sua publicação, de modo que os prazos processuais já começam a fluir no primeiro dia útil seguinte.
>
> Petição inicial indeferida e processo extinto sem resolução de mérito.

Os embargos de declaração que se seguiram foram desprovidos (fl. 543 a 548)."

No recurso ordinário de fl. 551 a 563, o impetrante insiste no cabimento da ação mandamental e na manifesta ilegalidade do ato mediante o qual não se conheceu de agravo regimental, ante a intempestividade. Discorre sobre a oportuna protocolação do agravo, sustentando que a conclusão alusiva à extemporaneidade, além de equivocada, implicou prejuízo e impediu o exercício de direito líquido e certo.

A União, nas contrarrazões de fl. 571 a 581, aponta a ausência de impugnação aos fundamentos do acórdão recorrido e o acerto do entendimento adotado na origem.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 593 a 598, preconiza o não conhecimento ou o não provimento do recurso. Eis a síntese da peça (fl. 593):

Recurso em mandado de segurança. Inadmissibilidade de impetração de mandamus contra ato decisório de índole jurisdicional. Decisão transitada em julgado: súmulas n. 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal. Não cabimento do writ como sucedâneo de recurso ou ação rescisória.

1. Limitando-se a decisão recorrida a *indeferir liminarmente* o mandado de segurança (Lei n. 1.533/51, art. 8º), o efeito devolutivo do recurso ordinário há de se restringir à regularidade do cabimento *writ* e à presença de seus requisitos legais. *Não aplicação* do art. 515, § 3º, do CPC ao recurso ordinário em mandado de segurança (CF, art. 102, II, *a*). Precedentes .

2. Não é cabível o recurso ordinário fundado no art. 102, II, *a*, da CF, contra *decisão de relator* que indefere liminarmente mandado de segurança de competência originária do Superior Tribunal de Justiça (RMS n. 23.349, Sepúlveda Pertence, *DJ* de 3-3-2000). *Porém*, interposto o agravo regimental e mantida a decisão de indeferimento, nada impede a admissão do recurso pelo Supremo Tribunal Federal.

3. A locução se denegatória a decisão, contida na parte final do art. 102, II, *a*, da CF, alcança tanto as decisões com resolução de mérito, quanto as sem resolução de mérito. *Precedente*.

4. O recorrente não impugnou na petição do recurso ordinário constitucional todos os fundamentos da decisão recorrida. *Indispensável* a qualquer modalidade recursal a *impugnação específica* dos fundamentos da decisão atacada, mormente quando sejam suficientes à manutenção do julgado.

5. Não se admite mandado de segurança contra decisões judiciais de índole jurisdicional, *notadamente* quando transitadas em julgado. O mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso ou de ação rescisória. Incidência das Súmulas 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal. *Precedentes*.

6. Parecer pelo não conhecimento do recurso ordinário ou, caso conhecido, pelo seu desprovimento.

O processo encontra-se aparelhado para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Inicialmente, consigno que o recurso não esbarra em preliminar, dele próprio, a obstaculizar o conhecimento. A controvérsia estampada resolve-se no campo do provimento, ou não, do

recurso. Tem-se como regular a representação processual e o preparo. O acórdão impugnado foi veiculado no *Diário da Justiça* de 30 de março de 2009 – segunda-feira (fl. 549) –, ocorrendo a manifestação do inconformismo em 3 imediato – sexta-feira (fl. 551).

No mais, a questão concerne à data em que foi inserida, no denominado Diário eletrônico, a notícia do ato atacado mediante o regimental que o Superior Tribunal de Justiça não conheceu por intempestivo. O § 3º do art. 4º da Lei 11.419/2006, a dispor sobre a informatização do processo judicial, revela que se considera como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no *Diário da Justiça Eletrônico*. Consoante a "certidão de recebimento e publicação" de fl. 384, possuidora de fé pública, a decisão foi disponibilizada no *Diário da Justiça Eletrônico* em 28 de maio de 2008 – quarta-feira –, tendo-se como publicada em 29 imediato – quinta-feira.

A prevalecer essa certidão, inegavelmente o recurso com o qual se defrontou o Superior Tribunal de Justiça veio a ser protocolado a destempo – em 5 de junho de 2008, quinta-feira. Acontece que peças juntadas aos embargos declaratórios interpostos contra o acórdão relativo à intempestividade do regimental dão conta da publicação no *Diário da Justiça Eletrônico* não em 28 de maio de 2008, mas no dia seguinte. Então, há de se entender como infirmada a certidão anterior. Ainda que se pudesse dizer ambígua a matéria, haveria a definição viabilizando o direito de defesa.

Provejo o recurso interposto para que, suplantada a questão da intempestividade do regimental, o Superior Tribunal de Justiça prossiga na apreciação respectiva.

EXTRATO DA ATA

RMS 28.056/ RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Dejalmo Panonceli (Advogados: Amadeu de Almeida Weinmann e outros). Recorrida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Luiz Fux. 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. Wagner Mathias.

Brasília, 26 de abril de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 97.261 — RS

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Paciente: Luís Fernando Aliatti — Impetrante: João Augusto Moojen — Coatora: Relatora do Recurso Especial 1.068.075 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Direito penal. Alegação de ilegitimidade recursal do assistente de acusação. Improcedência. Interceptação ou receptação não autorizada de sinal de TV a cabo. Furto de energia (art. 155, § 3º, do Código Penal). Adequação típica não evidenciada. Conduta típica prevista no art. 35 da Lei 8.977/1995. Inexistência de pena privativa de liberdade. Aplicação de analogia *in malam partem* para complementar a norma. Inadmissibilidade. Obediência ao princípio constitucional da estrita legalidade penal. Precedentes.**

O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de decisão absolutória nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. Decorrência do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal.

O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo.

Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (*analogia in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes.

Ordem concedida.

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 deferir a ordem de *habeas corpus,* para afastar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.068.075, uma vez que não há previsão legal para sustentar a manutenção da pena aplicada ao paciente, uma vez que a conduta a ele imputada não encontra adequação típica no art. 155, *caput*, do Código Penal, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 12 de abril de 2011 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Luís Fernando Aliatti*, contra decisão proferida pela relatora do Recurso Especial 1.068.075, Min. Jane Silva, do Superior Tribunal de Justiça.

Extrai-se da impetração que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 155, § 3º, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, pela prática da conduta descrita na peça acusatória nos seguintes termos:

> (...) Em período que vai do início do ano de 2005, até a data de 29 de abril de 2005, de maneira contínua e permanente, na Rua Ouro Preto, 682, Bairro Vila Floresta, nesta Capital, **o denunciado, subtraiu para si, sinal de TV a cabo, energia com valor econômico equiparável a coisa alheia móvel**, pertencente à empresa NET SUL, consoante registro de ocorrência de fl. 3.
>
> Por ocasião dos fatos, técnico contratado pela empresa vítima, durante auditoria realizada nas imediações da residência do denunciado, **constatou a existência de uma ligação clandestina que levava o sinal da NET de um poste da rua até a residência do acusado**. **Ocorre que o denunciado não consta da lista de assinantes da NET**. Além disso, o aparelho apreendido no interior de sua residência consta como dado em comodato a pessoa de Paulo Eduardo Moreira Fontes. **Desta maneira, portanto, o acusado subtraía, para si, o sinal de TV a cabo da NET, furtando energia com valor econômico.**
>
> **Cumpre referir, ainda, que por três vezes consecutivas o técnico contratado pela empresa vítima esteve no local e cortou a ligação clandestina, a qual foi insistentemente religada pelo acusado, mesmo diante da colocação de um lacre e do prévio aviso ao usuário irregular de que seu ato configura crime de furto**.
> (Fls. 2-5 do apenso 1.)

A ação penal foi julgada procedente e o paciente condenado à pena de um ano e seis meses de reclusão, a qual foi substituída por prestação de serviços à comunidade (fls. 159-165 do apenso 1).

Assim decidindo, entendeu o juízo de primeira instância que os fatos imputados ao paciente se enquadram na figura típica prevista no art. 155, § 3º, do Código Penal, sustentando que os sinais de TV a cabo representam espécie de energia dotada de valor econômico, equiparando-se à coisa móvel por incidência da norma contida no aludido dispositivo legal.

Em sede de recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu pela atipicidade da conduta imputada ao paciente e o absolveu com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. O acórdão possui a seguinte ementa:

> *Furto. Sinal de televisão a cabo. Energia não é conduta penalmente atípica. Absolvição.*
>
> **O sinal de TV a cabo, diferentemente da energia elétrica, a que se refere o Código Penal, não é fonte capaz de gerar força, potência, fornecer energia para determinados equipamentos; diferentemente da energia elétrica, não**

está o sinal sujeito à apropriação, e, mensurado (medição) pelo seu valor econômico/comercial, causar desfalque patrimonial do fornecedor, nem pode ser mantida em acumuladores e, assim retida e transportada como *res furtivae*. O sinal de televisão a cabo energia não é. Apenas fornece sinal televisivo e por isso mesmo seu desvio (gato) não pode ser considerado conduta penalmente típica. Admitir que o sinal seja equiparado à energia elétrica e, assim, contemplar punitivamente o tipo penal do art. 155, § 3º, CP, é elaborar interpretação *in malam partem*, vedado no sistema penal. Recurso provido.

Contra esse acórdão, a Net Sul Comunicações Ltda., na qualidade de assistente da acusação, interpôs recurso especial, o qual foi provido para reformar o acórdão absolutório proferido pelo TJRS e restabelecer a sentença condenatória. A ementa do acórdão possui o seguinte teor:

> *Direito penal. Recurso especial. Captação de sinais de televisão a cabo. Conduta típica. Recurso provido.*
> (Fls. 283-287 do apenso 2.)

Sobreveio, então, o presente *habeas corpus*, no qual sustenta o impetrante: (a) a inconstitucionalidade da participação do assistente de acusação no processo criminal, sobretudo quando da interposição de recurso especial sem qualquer participação do Ministério Público, titular da ação penal; (b) a atipicidade da conduta de interceptar ou receptar sinal de TV a cabo, sob o argumento de que não haveria tipo penal específico para a conduta imputada ao ora paciente e que a aplicação analógica do art. 155, § 3º, do Código Penal constitui inadmissível analogia *in malam partem*.

Requer, liminarmente, a suspensão da aplicação da pena imposta ao paciente até o julgamento final do *writ*. No mérito, o pedido consiste na concessão da ordem para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente.

Indeferi o pedido de liminar às fls. 23-24.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ação e, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 27-30).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): No tocante à alegação de inconstitucionalidade da participação do assistente de acusação, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que "o assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso" (HC 102.085/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* 159, de 27-8-2010), entendimento decorrente do que fora consignado no enunciado da Súmula 210 desta Corte, segundo a qual:

> O assistente do Ministério Público **pode recorrer**, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal.

Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade da participação do assistente de acusação.

Já em relação ao questionamento acerca da tipicidade criminal da subtração, interceptação ou recepção não autorizada de sinal de TV a cabo, tanto a doutrina quanto as diversas instâncias do Poder Judiciário têm se manifestado de forma divergente, sendo de um lado: (**STJ**, HC 17.867; **TJSP**, Apecrim 917.129.3/0; **TJRJ**, Apecrim 2008.050.06356; **TJSC**, Apecrim 2008.014761-8, Apecrim 2005.016837-6), **que equiparam a interceptação de sinais ao delito de furto tipificado no art. 155, § 3º, do Código Penal, sustentando que o sinal de TV a cabo é energia com valor econômico**, e de outro: (**TJMG**, Apecrim 427.714-1, Apecrim 452.967-1, Apecrim 480.899-9, Apecrim 485.344-9, Apecrim 1.0024.01.003108-6, **Tars**, Apecrim – j. 2-4-1998 – *RT* 755/732, Apecrim 297039505), **que consideram o desvio de sinal de TV fato atípico, cuja prática configura mero ilícito civil**.

No campo doutrinário, merece destaque Cezar Roberto Bitencourt, **partidário da corrente que defende a atipicidade da conduta**, o qual afirma que **o sinal de TV a cabo não é nem se equipara a energia, e, por isso, não se enquadra no § 3º do art. 155 do Código Penal**, e também Guilherme de Souza Nucci, para quem o sinal de TV a cabo é uma forma de energia, e seu uso irregular configura o delito de furto previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal.

Esta situação de divergência acarreta indesejável insegurança jurídica, uma vez que alguns são condenados enquanto outros são absolvidos pela prática da mesma conduta.

Passo a enfrentar, pois, a matéria de direito trazida a lume no presente *habeas corpus*.

Entendo que não restam dúvidas quanto à tipicidade da conduta de interceptar ou receptar sem autorização sinais de TV a cabo. É o que dispõe expressamente o art. 35 da Lei 8.977/1995, *verbis*:

> **Constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo.**

O referido artigo prevê a conduta de **interceptar** ou **receptar**, que significa interromper no seu curso, não deixar chegar ao seu destino, pôr obstáculo a; ou **guardar ou esconder coisa furtada por outrem, o que não se confunde com o verbo subtrair**, núcleo do tipo penal do furto, previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal, cuja definição diz respeito a **tirar, retirar ou surrupiar**.

Ora, quem intercepta o sinal de televisão a cabo não o tira, nem retira e tampouco dele se apossa. Logo, não há que se falar em **subtração**, que, aliás, acarreta prejuízo patrimonial, o que certamente não se verificou na hipótese dos autos. Nesse sentido, sustenta João Eduardo Grimaldi da Fonseca, em artigo específico sobre o tema:

> Não há desfalque no patrimônio, o prejuízo decorre do que a empresa – em virtude da utilização indevida do sinal que retransmite – deixa de receber, **não do que desta se subtrai**.
> (FONSECA, João Eduardo Grimaldi. O "furto" de sinal de televisão a cabo. *Boletim do IBCCrim*, n. 103:18 jun. 2001.)

Assim, ao contrário da forma capitulada na denúncia, verifica-se que **o paciente não cometeu furto**, pois, como ficou demonstrado, **interceptar ou receptar nunca será igual subtrair**, uma vez que são tipos penais distintos.

Além disso, entendo que o sinal de TV a cabo não pode ser equiparado à energia, pois não é fonte capaz de gerar força, potência, fornecer energia para determinados equipamentos, ou de transformar-se em outras formas de energia. Diferentemente da energia elétrica, não está o sinal de TV a cabo sujeito à apropriação material, não podendo ser armazenado, retido e transportado como *res furtivae*.

Não obstante a existência de diversas espécies de energia com valor econômico, dentre as quais cito as energias solar, térmica, luminosa, sonora, mecânica, atômica e genética, dentre outras, **definitivamente sinal de TV a cabo não é nem se equipara a energia, seja de que natureza for**.

Nem mesmo a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, no item 56, é suficiente para equiparar o sinal de TV a cabo à energia, conforme dispõe:

> Para afastar qualquer dúvida, é expressamente equiparada à coisa móvel e, consequentemente, reconhecida como possível objeto de furto "a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico". Toda energia economicamente utilizável suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo (como, por exemplo, a eletricidade, a radioatividade, a energia genética dos reprodutores, etc.) pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico, entre as coisas móveis, a cuja regulamentação jurídica, portanto, deve ficar sujeita.

Na verdade, como destaca Cezar Roberto Bitencourt, a energia "se consome, se esgota, diminui, e pode, inclusive, terminar, ao passo que sinal de televisão não se gasta, não diminui; mesmo que toda a população do planeta o acesse ao mesmo tempo" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 3, p. 66).

Feitas essas considerações, concluo que, **por não ser energia e não ser suscetível de subtração, não pode o sinal de televisão a cabo constituir-se em objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal.**

Contudo, como já consignei, o art. 35 da Lei 8.977/1995 (que dispõe especificamente sobre os serviços de TV a cabo), prevê a ilicitude da interceptação e da recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo.

Oportuno salientar, neste ponto, que a referida lei é uma norma especial e cronologicamente posterior ao furto previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal, o que impõe a sua aplicação ao caso vertente. No entanto, o art. 35 da Lei 8.977/1995 **não apresenta o preceito secundário**, ou seja, não estabelece a sanção penal a ser aplicada ao agente que incidir no aludido tipo penal.

Desse modo, embora ilícita a prática do desvio de sinal de TV a cabo – nos termos do art. 35 da Lei 8.977/1995 – não há pena privativa de liberdade prevista na norma em apreço.

Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco inversa, cujo conteúdo incompleto (preceito secundário) **deve ser complementado obrigatoriamente por outra lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal**.

No caso, **não se admite o uso da analogia para preencher a lacuna decorrente da mencionada lei**, e, assim, é inadmissível impor ao paciente a pena fixada em abstrato para o delito de furto. **Do contrário, estaríamos adotando o recurso à analogia *in malam partem,* vedada no sistema penal**.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, destaco o que foi decidido pelo Plenário desta Corte, no julgamento do Inq 1.145/PB (Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-12-2006), no qual se considerou atípica a prática da "cola eletrônica". Transcrevo trecho da decisão:

> **Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal** (*analogia in malam partem*). **Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da estrita legalidade na esfera penal**. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da "cola eletrônica", **a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito**.

Como se sabe, à luz do princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, previsto expressamente tanto em nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXIX) quanto no Código Penal (art. 1º), não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal *(nullum crimen nulla poena sine lege praevia).*

Do exposto, **concedo a ordem** pleiteada em favor do paciente para afastar a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial 1.068.075, tendo em vista que não há previsão legal suficiente à manutenção da pena aplicada ao paciente, uma vez que a conduta a ele imputada não encontra adequação típica no art. 155, § 3º, do Código Penal.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 97.261/RS — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Luís Fernando Aliatti. Impetrante: João Augusto Moojen. Coatora: Relatora do Recurso Especial 1.068.075 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu a ordem de *habeas corpus*, para afastar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.068.075, uma vez que não há previsão legal para sustentar a manutenção da pena aplicada ao paciente, uma vez que a conduta a ele imputada não encontra adequação típica no art. 155, *caput*, do Código Penal, nos termos do voto do

Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu este julgamento a Ministra Ellen Gracie.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 12 de abril de 2011 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 98.422 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Paciente: Ivan de Castro Marins — Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. 2. Comutação de pena. Decreto presidencial 5.620/2005. Revogação de livramento condicional. Art. 88 do Código Penal. Institutos diversos. Impossibilidade de utilização da interpretação extensiva ou da analogia. 3. Constrangimento ilegal caracterizado. 4. Ordem concedida.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em favor de *Ivan de Castro Marins.*

Na origem, o paciente foi condenado em 7 ações penais, por vários crimes do art. 157 do CP, contando com a pena total de 55 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão.

Em 16-1-2006, o paciente formulou pedido de comutação de pena ao Juízo de Execuções Criminais da Comarca do Rio de Janeiro, com fundamento no Decreto 5.620/2005, que restou indeferido, utilizando o Juízo, segundo a impetrante, etiqueta padronizada (fl. 37), sem se ater ao exame do caso concreto.

Assim, **sustentando nulidade da decisão por ausência de fundamentação (art. 93, IX, da CF)**, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ordem foi indeferida.

Irresignada, a defesa impetrou o HC 85.187 no Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o mérito, indeferiu o pedido, considerados os seguintes fundamentos:

(i) a decisão do Juízo baseou-se em parecer ministerial, o que por si só não a torna nula; e

(ii) a ausência de lapso temporal necessário à concessão do benefício da comutação de pena. Asseverou-se que o paciente, enquanto beneficiário de livramento condicional, praticou novo crime, pelo qual condenado, estando a pena em execução. Dessa forma, não pode ser computado, para fins de

cumprimento da pena, o período em que esteve em liberdade, em razão do livramento e da fuga empreendida.

E contra essa decisão a defesa se insurge, reiterando o argumento de nulidade da decisão formalizada pelo Juízo de Execução e de contraditórios posicionamentos adotados, uma vez que foram deferidas as comutações de pena, considerados os Decretos 5.993/2006 e 6.294/2007.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela **concessão da ordem**, consignando que as Cortes originárias e o Juízo de Execução não analisaram a questão, consideradas as peculiaridades do caso.

Segundo a Procuradoria, na origem analisou-se e negou-se o pedido sob a óptica do art. 88 do CP, que trata da impossibilidade de concessão de novo livramento condicional, em razão de cometimento de crime no seu decurso, bem como da impossibilidade de somar o lapso temporal que esteve livre para efeitos de contagem de cumprimento de pena.

Contudo, conforme salienta a Procuradoria, o paciente, desde o dia 30-5-2005, já havia cumprido 1/3 da pena total imposta, tendo direito à concessão da comutação de pena. Eis os cálculos da Procuradoria:

> Basta observar que de 16-11-1985 a 4-4-2006, o paciente cumpriu 19 anos, 01 mês e 03 dias de pena, já ignorados 01 ano, 03 meses e 15 dias dos períodos de livramento/fuga (fl. 20). Levando em conta, ainda, os 02 meses e 15 dias remidos, havia o paciente cumprido, em 25-12-2005, 18 anos, 09 meses e 24 dias da pena total de 55 anos, 04 meses e 10 dias, cujo um terço é 18 anos, 05 meses e 13 dias. Por conseguinte, já fazia jus à comutação, nos moldes do Decreto n. 5.620/05.
> (Fls. 79-80.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): A defesa questiona a decisão que negou ao paciente a comutação de pena e requer que seja determinado novo exame do caso concreto.

Realmente o art. 88 do Código Penal veda a concessão de novo livramento condicional quando o primeiro tiver sido revogado em razão de cometimento de crime posterior, bem como proíbe que o tempo em que permaneceu solto seja descontado da pena.

E foi com base nesse dispositivo legal que as Cortes de origem e o Juízo de Execução negaram o pedido de comutação de pena ao paciente.

Contudo, entendo que a questão é diversa. Os requisitos do instituto da comutação de pena não se confundem com os referentes ao instituto do livramento condicional. O art. 88 do CP prescreve matéria atinente à impossibilidade de concessão de novo livramento condicional e não de concessão de comutação.

À lei penal não cabem a analogia e a extensividade, quanto mais para prejudicar o réu.

Ao compulsar os documentos constantes dos autos, o paciente, sob os efeitos do livramento condicional, voltou a delinquir, tendo sido revogado o benefício, e, ainda, empreendeu fuga em um dado momento do cumprimento da pena.

Ocorre que, conforme exposto pela Procuradoria-Geral da República, o paciente já havia cumprido um terço da pena total de 55 anos, tendo, assim, atingido o requisito objetivo prescrito nos arts. 2º e 7º do Decreto presidencial 5.620/2005. Eis o teor dos dispositivos:

> Art. 2º O condenado à pena privativa de liberdade, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiado com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2005, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto, terá comutada a pena remanescente de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente, aferida na data acima mencionada.
>
> Parágrafo único. O agraciado por anterior comutação terá seu benefício calculado sobre o remanescente da pena em 25 de dezembro de 2005, observado o desconto efetivado, sem necessidade de novo requisito temporal e sem prejuízo da remição prevista no art. 126 da Lei n. 7.210, de 1984.
>
> (...)
>
> Art. 7º As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação.

Para corroborar o parecer da Procuradoria, verifica-se que o Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro aferiu que o paciente já havia cumprido 1/3 da pena total imposta (fl. 25).

A defesa consigna, ainda, que a decisão impugnada é contrária às que foram formalizadas em observância dos Decretos 5.993/2006 e 6.294/2007, nos seguintes termos:

> Mister registrar que o ora paciente foi agraciado, em 2-8-08, com o deferimento das comutações de pena previstas nos Decretos n. 5.993/06 e 6.294/07 (doc. 09), sendo certo que o óbice levantado em relação ao Decreto n. 5.620/05 não foi invocado pelo Conselho Penitenciário (doc. 10) nem pelo Ministério Público (doc. 11). O indeferimento do pedido anterior mostra-se incompatível com a recente decisão do juízo da execução, demonstrado seu total desacerto: lá, opôs-se à comutação um obstáculo – impossibilidade de redução das sanções em relação as quais operou-se a revogação do livramento condicional – que não foi empregado aqui, num total paradoxo jurídico. Ou cabe a comutação de pena ou não é a mesma cabível, visto que a matéria jurídica é exatamente idêntica em ambos os casos!!!
> (Fl. 12.)

Parece claro, pois, que deve o Juízo da execução proceder a novo exame do pedido de comutação de pena.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para que o Juízo de Execuções Criminais da Comarca do Rio de Janeiro proceda a novo exame do pedido de comutação

de pena, devendo verificar a existência de preenchimento dos requisitos objetivos constantes do Decreto 5.620/2005, inclusive, alterando, se for o caso, o *quantum* de pena comutado posteriormente com base nos Decretos 5.993/2006 e 6.294/2007.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 98.422/RJ — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Ivan de Castro Marins. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Deferida a ordem, nos termos do voto do Relator. 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.

———

HABEAS CORPUS 98.658 — PR

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: José Antônio Rodrigues — Impetrantes: René Dotti e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Pena – Causa de diminuição – Arrependimento posterior – Art. 16 do Código Penal – Alcance. A norma do art. 16 do Código Penal direciona à gradação da diminuição da pena de um a dois terços presente a extensão do ato reparador do agente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir o pedido de *habeas corpus,* por empate, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 9 de novembro de 2010 — Marco Aurélio, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. *Habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pelos advogados *René Dotti* e *outros* em favor de *José Antônio Rodrigues*, empresário, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça "nos autos de Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 612.587-PR (...), que deixou de aplicar a causa especial e obrigatória de diminuição de pena do art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior)" (fls. 2-3).

2. Tem-se, nos autos, que, em 23-3-1992, a Procuradoria da República do Paraná denunciou o ora paciente e a corré *Maria Inês Lemos Rodrigues* como "incursos nas sanções dos arts. 6º e 16 da Lei 7.492, de dezesseis de junho de 1986" (fl. 25). E, ainda, que, em 19-3-1993, o Ministério Público Federal requereu o aditamento da ação penal, acrescentando a conduta descrita no art. 168, § 1º, III, do Código Penal à denúncia (apropriação indébita) (fls. 27-32).

3. Em 5 de abril de 2000, o Juízo da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Paraná em Curitiba condenou o paciente nos termos da denúncia (fls. 34-49); e, em 13-5-2003, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região "por maioria, d[eu] parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal e, por unanimidade, neg[ou] provimento à apelação da defesa e declar[ou] de ofício a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime do art. 16 da Lei 7.492/1986" (fls. 60-79).

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos, "tão só para corrigir o erro material apontado", mediante acórdão de 5-8-2003 (fls. 51-58).

4. Foi interposto, então, recurso especial pelo paciente no Superior Tribunal de Justiça (Resp 612.587, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca), para que fosse reconhecida, dentre outras questões, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior).

Em 28 de setembro de 2005, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça "conhece[u] parcialmente do recurso [especial] e, nessa parte, negou-lhe provimento", conforme o julgado seguinte:

> *Recurso especial. Penal. Crimes contra o sistema financeiro. Violação do art. 619 do CPP afastada. Omissões sanadas. Acórdão não unânime. Necessidade de oposição de embargos infringentes para viabilizar acesso às instâncias extraordinárias. Súmula 207/STJ. Arrependimento posterior. Parcialidade da reparação. Inviabilidade. Reexame de provas. Súmula 7/STJ.*
>
> As omissões apontadas pelo recorrente foram suficientemente enfrentadas pelo Tribunal *a quo*, motivo por que afasta-se a violação do art. 619 do CPP.
>
> O exaurimento da instância recursal ordinária, por meio da interposição de embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, deu provimento ao recurso, constitui requisito indispensável para que possa ser submetido o recurso especial ao crivo deste Tribunal. Inteligência da Súmula 207/STJ.
>
> Não ocorrendo a integral reparação do dano, afasta-se a concessão das benesses previstas pelo art. 16 da Lei Penal.
>
> Em sede de recurso especial, é vedado o reexame do conjunto fático-probatório, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.
>
> Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (...)
>
> (Fl. 95.)

Opostos dois embargos de declaração, foram ambos rejeitados pelo Superior Tribunal de Justiça, nos acórdãos de 15-3-2007 (fls. 81-86) e de 12-6-2007 (fls. 16-20).

5. O paciente interpôs então recurso extraordinário (www.stj.jus.br), o qual não foi admitido pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em 13-11-2007.

6. Neste Supremo Tribunal, o paciente interpôs o AI 705.286, ao qual neguei seguimento, em 3-6-2008, por ofensa reflexa à Constituição da República.

7. Contra o "indeferimento do pedido formulado perante o Juízo de Execução de Curitiba/PR n[o] sentido do sobrestamento da audiência admonitória até o julgamento do [presente] *Habeas corpus"* (fl. 4 da AC 2.449), o paciente ajuizou neste Supremo Tribunal a AC 2.449, cuja liminar requerida foi por mim indeferida em 21-9-2009 (fls. 89-95 da AC 2.449).

8. Na inicial do presente *habeas*, os impetrantes afirmam que o "presente *writ* visa à aplicação da causa especial e obrigatória de diminuição de pena constante do art. 16 do Código Penal, sem revolver o conteúdo fático-probatório dos autos" (fls. 4-5).

Ressaltam que "a hipótese prescinde de análise dos elementos de prova porque consta explicitamente do ato coator o reconhecimento da restituição

parcial do dano pelo agente"; e que "os demais requisitos para a incidência da minorante foram expressamente reconhecidos nas instâncias inferiores: a) delito praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; b) reparação do dano antes do oferecimento da denúncia; e c) ato voluntário do agente" (fl. 5).

Narram que "[e]m segundo grau, foi negado provimento ao apelo da defesa, e dado provimento parcial ao recurso do Ministério Público", e que "[n]ada se mencionou acerca da restituição dos valores de todas as vítimas, nem sobre a aplicação do arrependimento posterior" (fl. 6).

Salientam que "[o]s embargos de declaração opostos n[a] apelação criminal para enfrentamento da questão referente à reparação do prejuízo de todos os ofendidos não foram acolhidos" (fl. 6).

Afirmam que "[n]o recurso especial impetrado, formulou-se novamente pleito pela aplicação da minorante do arrependimento posterior, que não foi provido, sob o argumento de que (...) [n]ão ocorrendo a integral reparação do dano, afasta-se a concessão das benesses previstas pela lei penal" (fl. 6).

Sustentam que a "negativa de aplicação do instituto configura evidente constrangimento ilegal, pois se está deixando de aplicar benefício para reduzir a pena com base em argumento arbitrário", argumentando que "o motivo para a não incidência da norma não tem amparo legal e viola, ao mesmo tempo, os princípios da culpabilidade, individualização da pena e proporcionalidade" (fl. 7).

Apesar de reconhecerem que "boa parte da jurisprudência se posiciona no sentido de que somente a reparação integral autoriza a incidência do benefício" (fl. 7), os impetrantes alegam, basicamente, que *a*) tendo em vista que o "benefício legal prevê "a redução gradual da pena (1/3 a 2/3), (...) parece perfeitamente razoável a aplicação do arrependimento posterior em caso de reparação parcial" (fl. 8); *b*) "[n]ão é isonômico conferir tratamento igual (mesma pena) ao agente que nada restitui e ao que repara parcialmente o prejuízo antes do oferecimento da denúncia" (fl. 8); e *c*) "a literalidade da redação legal não prevê o requisito que parte da jurisprudência entende necessário para concessão do benefício (reparação integral)" (fl. 9).

9. Pedem "seja colhido o parecer do Ministério Público, e, após, concedida a ordem para que seja aplicada a causa especial e obrigatória de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior)" (fl. 14).

10. Em 27-4-2009, determinei vista dos autos ao Procurador-Geral da República (fl. 107).

11. Com fundamento nos doutrinadores Paulo José da Costa Jr. e Waléria Garcelan Loma Garcia, o Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves opinou pela "concessão da ordem, apenas para que o r. Juízo de 1º Grau verifique se o paciente preenche os requisitos necessários ao benefício do arrependimento posterior, observando, quando da reparação parcial do dano, a graduação da diminuição da pena entre 1/3 e 2/3" (fl. 114).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Diversamente do que propôs a Procuradoria-Geral da República, não é o caso de concessão da ordem "para que o r. Juízo de 1º Grau verifique se o paciente preenche os requisitos necessários ao benefício do arrependimento posterior, observando, quando da reparação parcial do dano, a graduação da diminuição da pena entre 1/3 e 2/3" (fl. 114).

2. Ao contrário do que afirmado pelos impetrantes na inicial da presente ação e pela Procuradoria-Geral da República em seu parecer, a existência de um "posicionamento divergente de parte dos doutrinadores" sobre a concessão do benefício não é bastante a demonstrar como legítima a pretensão dos impetrantes, notadamente porque a doutrina majoritária ensina que, para caracterização do arrependimento posterior, causa obrigatória de redução de pena, a reparação do dano deve ser "completa", "total" e "integral" (Nesse sentido, entre outros: Damásio E. de Jesus, em "*Código Penal*", 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 60; Celso Delmanto, em "*Código Penal comentado*", 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 144; Guilherme de Souza Nucci, em "*Código Penal comentado*", 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196; Julio Fabbrini Mirabete, em "*Código Penal interpretado*", 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006, p. 180; Fernando Capez, em "*Código Penal comentado*", Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 43; Cezar Roberto Bitencourt, em "*Código Penal comentado*", 5. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 42; Rogério Greco, em "*Código Penal*", Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 73; José Geraldo Silva, em "*Teoria do crime*", 2. ed. Campinas: Editora Millennium, 2002, p. 187; e Alberto Silva Franco, em "*Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência", 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 145).

Julio Fabbrini Mirabete, em seu "*Manual de direito penal*", comentando o art. 16 do Código Penal, preleciona:

> (...) *Para a existência da causa da diminuição de pena, a reparação deve ser pessoal, completa e voluntária*. Somente a restituição ou reparação pelo agente, e não por terceiro, acarreta a diminuição da pena. *Deve abranger todo o prejuízo causado ao sujeito passivo do crime*, e a devolução parcial ou o ressarcimento incompleto se constituirão apenas em circunstância atenuante na fixação da pena. Não ocorrerá também a diminuição quando a reparação ocorrer por coação física ou moral, quando o agente foi obrigado a indenizar o ofendido por decisão judicial, quando a coisa foi apreendida em diligência policial etc. Não é indispensável, porém, que a reparação seja espontânea, pois o agente pode ser convencido a, voluntariamente, restituir a coisa ou reparar o dano. Por fim, *é indispensável que a reparação preceda o recebimento da denúncia ou da queixa*; se for posterior e anteceder o julgamento, constituir-se-á simples circunstância atenuante genérica (art. 65, III, *b*, última parte) (...).
> (Ob. citada, v. l, 3. ed. Atlas, fl. 163.)

Ademais, é de se ressaltar que tanto a doutrina minoritária citada pelos impetrantes (fl. 10) quanto a transcrita pela Procuradoria-Geral da República (fl.

113) foram extraídas, respectivamente, do "*Código Penal e sua interpretação:* Doutrina e Jurisprudência" de Alberto Silva Franco e do "*Código Penal comentado*" de Guilherme de Souza Nucci, nos quais se adota o entendimento de ser incabível a redução da pena pelo reconhecimento do arrependimento posterior se apenas parte do dano foi ressarcido antes do recebimento da denúncia.

Assim é que, por exemplo, na doutrina citada pelos impetrantes, Alberto Silva Franco observa que o entendimento de Cláudio Heleno Fragoso "não parece ser (...) o melhor critério. A maior ou menor redução da pena não está vinculada ao *quantum* do ressarcimento: se pleno, diminuição máxima; se incompleto, diminuição mínima. Em verdade, como já foi posto em relevo pelo Des. Nilo Wolff, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (*RTJE* 63/226), o que pode servir de parâmetro, para a aplicação da causa redutora de pena, não é o *quantum* do ressarcimento, mas sim a presteza com que o agente repare o dano ou restitua a coisa à vítima. Quanto mais próximo do fato criminoso se der o ressarcimento ou a restituição, maior deverá ser o limite redutor. Quanto mais próximo do recebimento da denúncia ou da queixa, menor o índice de diminuição. É claro que há uma lógica neste equacionamento: busca-se com ele incentivar o agente a por cobro, desde logo, ao prejuízo sofrido pela vítima. Quanto mais tardia for sua atitude, pior para ele, tanto que se vier a fazê-lo após o recebimento da denúncia ou da queixa, não terá mais em seu favor uma causa redutora de pena, mas tão somente uma atenuante que estará, em tese, balizada pelo mínimo legal cominado pelo tipo".

Por outro lado, na doutrina transcrita pela Procuradoria-Geral da República, Guilherme de Souza Nucci aponta como incorreto o "padrão de comparação entre a causa de diminuição de pena do art. 16 e a atenuante do art. 65" sustentado pelo magistério de Waléria Garcelan Loma Garcia, "porque esta [atenuante] menciona não somente a reparação do dano, mas também a possibilidade de o agente 'evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências', o que permitiria, então, falar em reparação parcial do dano".

Verifica-se, portanto, que, a ação como a manifestação ministerial estão fundamentadas em corrente doutrinária nitidamente minoritária, pois os textos doutrinários colacionados pelos impetrantes e pela Procuradoria-Geral da República sequer se apresentam sustentáveis ou inatacáveis na medida em que foram propostos, o que reforça a linha de entendimento firmada nas decisões anteriores no sentido de que a reparação do dano deve abranger todo o prejuízo causado às vítimas, donde não se poder vislumbrar o constrangimento ilegal alegado nesta impetração.

3. Fazendo-se uma interpretação sobre o instituto do arrependimento posterior, cujos efeitos estão ligados à reparação *integral*, *voluntária* e *tempestiva* do dano nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoas, não vejo como conceder, na espécie, a ordem, se considerarmos o que consignado no aditamento da denúncia (fls. 27-32) e na sentença penal condenatória (fl. 48) sobre o não ressarcimento de todos os sujeitos passivos do crime, *verbis*:

(...) Os denunciados José Antônio Rodrigues e Maria Inês Rodrigues, na condição de sócios proprietários da empresa Tupã Empreendimentos S/C Ltda., contrataram, na cidade de Paranavaí, (...) com as vítimas adiante nominadas, a entrega de bens, eletrodomésticos, mediante o pagamento mensal de parcelas pelos denunciados estipuladas, durante vinte e cinco meses, conforme segue:

a) *Adnan Smail*, adquiriu a cota n. 002.0 do Grupo A26 no dia 08 de dezembro de 1988 de outro consorciado Anésio Miranda, (...) e após quitar todas as parcelas, em 09 de novembro de 1990, inobstante todas as tentativas até hoje, não obteve o bem, tampouco qualquer promessa de entrega, tendo a empresa encerrado as comunicações com ele, tampouco o equivalente do bem em dinheiro conforme estabelece a legislação de consórcios, (...);

b) *Valter Zaqueto*, adquiriu a cota n. 019.1 do Grupo A05, no dia 24 de dezembro de 1988 (...). Passados mais de 120 dias do fechamento do grupo, não obteve a entrega do bem, tampouco o seu equivalente em dinheiro conforme estabelece a legislação pertinente a consórcio (...);

c) *Esmeraldo Prado Ruiz*, adquiriu da empresa administrada pelos denunciados as cotas n. 010.0 do Grupo A26 e 032.0 do Grupo A24 (...). Fechado o grupo e pago a última parcela em 09 de novembro de 1990, passados mais de 120 dias não obteve a entrega do bem, tampouco o seu equivalente em dinheiro, no prazo de 30 dias, como estabelece a lei pertinente a consórcios (...);

d) *Hely Antonio Alvez Pereira*, adquiriu a cota n. 015.1 do Grupo A28 (...), não obteve a entrega do bem, tampouco o seu equivalente em dinheiro, já decorridos mais de 120 dias, da quitação integral, com infração às disposições legais pertinentes a consórcio (...);

e) *Maria José Brait Pereira*, adquiriu a cota n. 009.1 do Grupo A28 (...), não obteve a entrega do bem consorciado, tampouco o seu equivalente em dinheiro no prazo de 30 dias, conforme estabelece a legislação pertinente a consórcios (...);

f) *Cleide Dias Constanci*, adquiriu a cota n. 048.0 do Grupo A10 (...), e passados mais de 150 dias não obteve a entrega do bem ou de seu equivalente em dinheiro conforme manda a lei que disciplina os consórcios (...);

g) *Helena Borges Vieira*, adquiriu a cota n. 040.0 do Grupo A20 (...), embora tenha sido sorteada em fevereiro de 1990, comunicada por telefone pela sra. Regina Scarpin, funcionária da filial de Maringá, e passados mais de 1 ano, não obteve a entrega do bem ou seu equivalente em dinheiro, conforme determina a legislação de consórcio (...).

(Fls. 27-30.)

E

(...) As consequências restaram danosas, porquanto foram lesados dois consorciados, que não receberam os bens, quando de sua contemplação, nem tendo reavido os valores que lhe pertenciam, *oportuno tempore*, demonstrando a clara intenção do réu de se apoderar daqueles, só sendo dissuadido, muitas vezes, quando convidado a comparecer a uma delegacia de polícia, da qual se tornou frequentador assíduo (...).

(Fl. 48.)

4. Ademais, mesmo que se pudesse cogitar do deferimento do benefício descrito no art. 16 do Código Penal nas condições delineadas na inicial da presente ação, é de se ressaltar que, além de o paciente não ter qualquer provimento

judicial favorável às suas teses, os fundamentos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não se limitaram à simples menção de que o benefício do arrependimento posterior não teria cabimento ante a inocorrência da integral reparação do dano.

Tem-se, nas razões de decidir expostas no voto proferido pelo Relator do Recurso Especial 612.587, Ministro José Arnaldo da Fonseca, que "aferir se a reparação alcançou a todos os prejudicados, ou ainda, se ela se deu antes do recebimento da denúncia, esbarraria no enunciado da Súmula 7 desta Corte, por demandar reexame do material fático-probatório constante nos autos" (fl. 94). Para decidir de modo diverso, seria imprescindível o revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites de cognição do recurso especial e do procedimento sumário e documental do *habeas corpus.*

Assim, não se pode afirmar estar diante de eventual constrangimento ilegal, pois a verificação do acerto ou desacerto das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório do processo que teve regular processamento. A dizer, o cotejo do número e do alcance das reparações supostamente realizadas com o momento no qual elas teriam ocorrido esbarra na inadequação da via eleita, em flagrante transformação do *habeas corpus* numa revisão criminal, não prevista na legislação vigente.

5. Pelo exposto, voto no sentido de **denegar a ordem de *habeas corpus***.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a Relatora começou o voto ressaltando que o entendimento e a tese sustentada na impetração é nova. Seria nova no âmbito do Supremo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Exatamente, na jurisprudência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque, tendo em conta pronunciamentos de outros tribunais, já a encontramos abordada e equacionada.

O que ocorre na espécie? Uma causa de diminuição da pena obrigatória, ao dispor o art. 16 do Código Penal que:

> Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa [é o caso], reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

A previsão é algo que atende a boa política criminal. Dir-se-á que o preceito versa a necessidade de reparação total, mas não há esse requisito na norma. Alude-se à reparação do dano ou restituição da coisa, sem especificar-se a extensão. Mais do que isso: é preciso encontrar a serventia de ter-se balizamento na redução, consideradas as percentagens de um – friso – e dois terços – teto.

Quando se aplica a percentagem menor ou a maior? Quando se tem o procedimento reparador como imediato ao ato agressor? Creio que não, porque, no

próprio preceito, consta referência a certo tempo para que se verifique se houve ou não o arrependimento dito posterior – em verdadeiro pleonasmo.

Há a ocasião ou a data limite para chegar-se à diminuição. Viabilizada está a eficácia do arrependimento desde que ocorra até a data do recebimento da denúncia, sob pena de interpretar-se o preceito de forma restritiva. Em síntese, não cabe potencializar a data exata do denominado arrependimento. É suficiente que ele ocorra, como está no preceito – "até o recebimento da denúncia ou da queixa".

Há um elemento que poderia parecer complicador – a existência de várias vítimas. Mas creio que a sentença condenatória foi prolatada a partir da continuidade delitiva, e esta encerra ficção jurídica: os crimes são tidos como único. O próprio art. 71 do Código Penal, no parágrafo, sinaliza que é possível a continuidade quando existirem – tanto que foi revelado no processo-crime em que envolvido o paciente – vítimas diversas.

Presidente, a razão de ser do balizamento quanto à diminuição da pena está justamente na extensão da reparação do dano. No particular, subscrevo precedentes da 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – que Vossa Excelência honrou durante certo período – e também do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo. Na obra "*Código penal comentado*", Delmanto transcreve dois precedentes nesse sentido, do que estou assentando como premissa do voto que concluirei dentro em pouco, ou seja, a observância do arrependimento posterior não exige que o dano seja integralmente reparado, principalmente se a vítima se satisfez com a reparação parcial – isso no caso de vítima única –, devendo a pena ser fixada de forma proporcional ao volume do ressarcimento, reservando-se a diminuição máxima de dois terços às hipóteses de reparação integral – Apelação 1.326, com acórdão publicado no IBCCR.

Eis o segundo precedente:

> A graduação da diminuição deve ser aferida segundo o momento procedimental e a proporção do montante ressarcido; por isso existirem limites mínimo e máximo. Se o ressarcimento foi total e ocorreu no mesmo dia do fato, a redução deve ser a máxima de dois terços.
> (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara, Apelação 480.823-3/9-00, julgado em 27 de junho de 2005, Bol. IBCCr 165/1014.)

Em síntese, Presidente, assento que, no caso, há de se observar, considerado o fator tempo, o arrependimento implementado até o recebimento da denúncia. Isso ocorreu na espécie. O problema da gradação da diminuição da pena decorre justamente da extensão do ressarcimento.

Presidente, vou pedir vênia à Relatora para subscrever, na espécie, o parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido de afastar-se o óbice, que seria a reparação parcial do dano, para que o Juízo verifique se o paciente preenche os requisitos necessários ao benefício do arrependimento. Vou além para assentar que, de início, o paciente preenche os requisitos legais, devendo o Juízo fixar a percentagem da diminuição.

Se prevalecer essa óptica, o que ponderado da tribuna pelo Professor René Ariel Dotti há de ser, evidentemente, consequência do julgamento da Turma, ou seja, a suspensão do cumprimento da pena, porque não se terá como definitiva a pena de dois anos e oito meses. Essa pena deverá sofrer as consequências da causa de diminuição prevista no art. 16 do Código Penal.

É como voto na espécie.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Eu vou pedir vênia à eminente Relatora para acompanhar a divergência.

Primeiramente, concordo com o Doutor René Dotti, naquilo que veiculou da tribuna, no sentido de que o art. 16 do Código Penal consubstancia um instrumento de política criminal, ou seja, de um lado, há o inegável benefício ao réu; mas, de outro, procura-se também beneficiar a vítima.

Em outras palavras, há interesse da sociedade que a vítima de um crime seja, de alguma forma, ressarcida, que o dano que ela sofreu tenha alguma reparação. Se essa reparação for integral, melhor. Se for parcial, é algo a ser considerado, é algo desejado pela sociedade.

Eu fiz uma rápida pesquisa na doutrina, enquanto a eminente Relatora proferia o seu voto e também enquanto o Doutor René Dotti fazia a sua sustentação oral da tribuna, e vi, de fato, que há divergências: Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nutti, mas encontrei, aqui, uma achega do Professor Luiz Regis Prado, que é um eminente penalista, como nós todos sabemos, Professor Titular da Universidade Estadual de Maringá, Mestrado e Doutorado na PUC-SP, Pós-doutorado na Universidade de Zaragoza. Portanto, um doutrinador dos mais eminentes. E, comentando esse art. 16, esse professor, especialista e penalista, no seu "*Comentários ao Código Penal – Doutrina – Jurisprudência selecionada – Conexões lógicas com os vários ramos do direito*" diz o seguinte:

> A redução da pena assinalada pelo art. 16 do CP tem como margem o mínimo de um terço e o máximo de dois terços. Na fixação do *quantum* da redução o juiz pode se nortear por critérios relativos ao ressarcimento. A redução da pena pode ser menor se o juiz entende que subsiste o dano não patrimonial, considerável, ou que a vítima tenha sido compelida a aceitar um ressarcimento parcial, ou pela presteza de sua efetivação. Advirta-se, no entanto, que toda e qualquer redução aquém do máximo de diminuição cominada requer a devida motivação.

Peço vênia para acompanhar o raciocínio desenvolvido pelo eminente Ministro Marco Aurélio no sentido de dizer que essa gradação prevista no art. 16 diz não apenas com a presteza da reparação, mas também tem relação com o *quantum* do efetivo ressarcimento.

EXTRATO DA ATA

HC 98.658/PR — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Paciente: José Antônio Rodrigues. Impetrantes: René Dotti e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por empate na votação, a Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão; votaram pelo indeferimento a Ministra Cármen Lúcia, Relatora, e o Ministro Dias Toffoli. Falou o Dr. René Dotti, pelo paciente. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowiski.

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 99.035 — RS

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Eder Rodrigues Schineider — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Furto qualificado. Rompimento de obstáculo. Ausência de peritos oficiais. Designação de dois peritos com curso superior. Inocorrência de nulidade. Prescrição em perspectiva. Inadmissibilidade. Aplicação do postulado da insignificância. Bem de pequeno valor. Mínimo grau de lesividade. Tese não submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento por esta Suprema Corte. Supressão de instância. Precedentes.**

1. Na espécie, não há que se falar em nulidade no exame realizado por dois peritos com curso superior, visto que devidamente atendidos os requisitos dos arts. 159, § 1º, e 171 do Código de Processo Penal.

2. O Plenário desta Suprema Corte, na repercussão geral por questão de ordem no RE 602.527/RS, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso (*DJE* de 18-12-2009), reafirmou a jurisprudência no sentido da impossibilidade de aplicação da chamada prescrição antecipada ou em perspectiva por ausência de previsão legal.

3. Não tendo sido submetida ao crivo Superior Tribunal de Justiça a aplicação do princípio da insignificância, não pode esta Suprema Corte, de forma originária, analisar a questão, sob pena de supressão de instância e grave violação às regras de competência.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, nessa parte, indeferir a ordem.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Dias Toffoli, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A título de relatório, adoto as informações prestadas pela assessoria:

> Na decisão que implicou o deferimento da medida liminar, constou o seguinte relato (fls. 20 a 22):
>
> **Direito instrumental – Organicidade e dinâmica.**
>
> **Recurso especial – Conhecimento e provimento – Furto qualificado – Rompimento de obstáculo – Laudo – Formalidade legal – Mitigação – *Habeas corpus* – Liminar – Restabelecimento do acórdão do Tribunal de Justiça.**
>
> 1. A assessoria assim retratou este *habeas corpus*:
>
> O paciente foi condenado, em 16 de dezembro de 2003, pela prática do tipo previsto no art. 155 do Código Penal à pena de dez meses de reclusão, no regime aberto, substituída pela restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de dez dias-multa. O juízo, acolhendo a tese da defesa, afastou a qualificadora pertinente ao rompimento de obstáculo, considerando nulo o laudo confeccionado por policiais civis.
>
> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação interposta pelo Ministério Público. Reiterou os fundamentos da sentença, acrescentando ser imprescindível a descrição da qualificação técnica dos peritos para afastar eventual impedimento ou circunstância que prejudique a imparcialidade dos profissionais, o que não teria ocorrido. Assentou não haver, no laudo pericial, indicação da metodologia utilizada, consoante exigido pela legislação processual penal.
>
> O Ministério Público interpôs recurso especial – de n. 778.898. Submetido à apreciação da Quinta Turma, foi conhecido e parcialmente provido, determinando-se o retorno do processo ao Tribunal de origem, a fim de incluir na condenação a qualificadora do rompimento do obstáculo.
>
> Este *habeas* volta-se contra esse julgado. A impetrante sustenta a nulidade absoluta do exame pericial que serviu de fundamento à inclusão da qualificadora. Acentua que, nos termos dos arts. 158 e 159 do Código de Processo Penal, nas infrações penais que deixam vestígios, o exame de corpo de delito é indispensável, devendo ser realizado por dois peritos oficiais e, excepcionalmente, na falta destes, pode o Juiz nomear duas pessoas idôneas para a realização do ato, sendo portadoras de diploma superior e escolhidas, preferencialmente, entre aquelas com aptidão técnica relacionada à natureza do exame. Esses requisitos não teriam sido observados.
>
> Diz da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Esclarece que, considerada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, a nova pena-base deverá ser fixada em 2 anos e 3 meses de reclusão, em face da incidência do § 2º do art. 155 do Código Penal e da análise das circunstâncias judiciais. Diminuído 1/3 desse total em razão do reconhecimento da tentativa (Código Penal, art. 14, inciso II), a pena definitiva será fixada em 1 ano e 10 meses de reclusão. Entre a data em que proferida a sentença condenatória – 16 de dezembro de 2003 – e formalizado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça – 13 de abril de 2009 –, transcorreram quase 6 anos. Nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal, estaria

prescrita a pretensão punitiva. Sustenta, também, a atipicidade da conduta do paciente, ante o princípio da insignificância, tendo em vista o valor de R$ 109,00 atribuído à coisa subtraída.

Pede a concessão de liminar visando a determinar-se a suspensão dos efeitos da decisão proferida no Recurso Especial 778.898/RS, impedindo-se a execução da condenação até o julgamento final do *habeas*. No mérito, busca a declaração da nulidade do laudo pericial mediante o qual reconhecida a existência da qualificadora pertinente ao rompimento de obstáculo e, consequentemente, da prescrição à vista da pena estabelecida na sentença. Se admitida a regularidade da confecção da prova técnica, pleiteia seja declarada a prescrição à vista da pena em abstrato prevista para o tipo, diminuída de um 1/3 em razão da tentativa (Código Penal, art. 14, inciso II). Se não acolhidas as preliminares, pede a absolvição do paciente em face da atipicidade da conduta, aplicando-se o princípio da insignificância.

O Defensor Público da União requer seja intimado para a sessão de julgamento do *habeas*, pois pretende realizar sustentação oral.

(...)

Brasília, 15 de maio de 2009.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 37 a 43, diz da impossibilidade de conhecer-se da controvérsia pertinente à aplicação do princípio da insignificância, porquanto a matéria não teria sido examinada pelo Superior Tribunal de Justiça. A apreciação do tema pelo Supremo constituiria supressão de instância, com desrespeito às regras constitucionais de competência.

No mérito, sustenta estar comprovado que, na ausência de peritos oficiais, designaram-se dois peritos com curso superior. Assim, a alegada inexistência de relação entre a habilitação técnica desses com a natureza do exame realizado bem como de indicação da metodologia utilizada não implica nulidade do laudo, uma vez que a lei não impõe tais obrigatoriedades. Os arts. 159, § 1º, e 171 do Código de Processo Penal indicam, tão somente, uma preferência a ser observada pela autoridade competente para a nomeação dos peritos e a necessidade de descrição das circunstâncias e meios pelos quais o delito foi praticado.

No que concerne à prescrição antecipada/em perspectiva, afirma ser criação doutrinária rechaçada pela jurisprudência do Supremo, por falta de amparo legal. O único cálculo possível seria o da prescrição retroativa pela pena máxima em abstrato, que exigiria o decurso do prazo de doze anos, considerando a pena máxima para o furto na forma qualificada, de oito anos. O lapso temporal ainda não foi ultrapassado entre nenhuma das causas interruptivas.

Lancei visto no processo em 27 de setembro de 2010, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 5 de outubro seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Valho-me dos fundamentos lançados pela relatora da apelação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Desembargadora Genacéia da Silva Alberton (fls. 246 a 248 do apenso):

Conforme se verifica dos autos, o auto da fl. 36 é imprestável à prova da qualificadora de que trata o § 4º, inciso I, do art. 155, do Código Penal.

Pelo auto da fl. 36 se constata que o exame pericial foi realizado por Rogério Luis Krinskie Adelton Luís Mocelin, que às fls. 141 e 142 juntaram os respectivos diplomas de curso superior.

Todavia, nem o auto da fl. 36 nem a portaria de nomeação dos peritos da fl. 35 estão de acordo com o disposto no § 1º do art. 159 do Código de Processo Penal, posto que não consta a qualificação dos peritos.

O auto de exame de fl. 36 é o padrão que tem sido costumeiramente utilizado na fase policial, que pode servir para o oferecimento da denúncia, porém não é suficiente como prova pré-constituída.

Na ausência de perícia realizada por perito oficial, a lei admite a realização por pessoas qualificadas. Essa qualificação deve necessariamente constar no auto pericial. Também deverá constar descrição da metodologia utilizada para a resposta dos quesitos, permitindo, assim, eventual contraditório à resposta dos mesmos.

Atente-se que entende esta Relatora que não é a carência de comprovação de título superior que prejudica a validade da prova pericial, mas, sim, a ausência de qualificação dos peritos leigos e ausência de descrição da metodologia utilizada para resposta dos quesitos.

No que se refere à interpretação do art. 159 do Código de Processo Penal, tenho reiteradamente me manifestado nos seguintes termos:

"A exigibilidade do diploma superior deve ser entendido para os casos em que isso seja necessário, como é a situação de perícia de estruturas, perícias médicas, toxicológicas, químicas, ou seja, perícias que exigem capacitação em área universitária.

Aliás, tenha-se presente que o Código de Processo Penal, ao fazer a alteração da redação do art. 159 através da Lei 8.862, nada mais fez do que transportar para o processo penal o que a Lei 7.270/1984 trouxera para o processo civil que, no art. 145, § 1º dispõe: 'Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente (...)'

E segue o § 2º do mesmo artigo: 'Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos".

§ 3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.

O Código de Processo Penal ficou a meio caminho, porque exige perito oficial, ou perito com curso superior sem que exija comprovação de que ele está inscrito no órgão profissional que o habilita para a perícia. Portanto, ter apenas curso superior não é suficiente. Um médico, em princípio, não tem qualificação técnica para o exame de verificação de funcionamento de uma arma de fogo embora possua curso superior.

Assim sendo e observando o disposto no art. 3º do CPP, vejo que a interpretação do art. 159 § 1º do CPP deve se harmonizar com o sistema processual como um todo, aproveitando-se para a sua leitura aquilo que já está sedimentado na processualística e que não fere garantia do acusado no âmbito penal. A perícia deve ser realizada por pessoa idônea, ou seja, equidistante do órgão instaurador do inquérito, não envolvido com este e que possua capacitação técnica na área onde deve exarar o parecer.

> Sintetizando o meu posicionamento acerca do art. 159, § 1º do CPP: não sendo a perícia feita por peritos oficiais, deverá sê-lo por pessoas idôneas, de preferência com curso superior quando a natureza da perícia assim o exigir, com qualificação técnica na área em que vão atuar".
>
> Nesse sentido, já me manifestei quando do julgamento das Apelações Crime n. 70005194113 e 70005462940, j. em 26-3-2003, e n. 7000562550, j. em 19-3-2003.
>
> Porque ausente a qualificação dos peritos e a metodologia utilizada na elaboração do "auto de constatação de dano", no caso concreto, é mantenho (*sic*) a sentença quanto ao afastamento da qualificadora rompimento de obstáculo e a desclassificação do delito para furto simples.

Daí haver deferido a liminar para restabelecer a eficácia do acórdão do Tribunal de Justiça, derradeira instância ordinária, nos seguintes termos:

> 2. Inicialmente, atentem para a organicidade e a dinâmica do Direito. A atuação do Supremo pressupõe pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Constata-se, mediante leitura do acórdão impugnado, haver-se apreciado matéria única – a controvérsia sobre o exame pericial. Devem-se veicular, no órgão competente, para a análise devida, tanto a prescrição quanto a atipicidade da conduta.
>
> No tocante ao laudo pericial, as normas do Código de Processo Civil (grafia certa: Penal) são imperativas. A forma é essencial à valia do ato, importando o respeito em liberdade considerado o sentido maior. Acresce que o conhecimento de recurso de natureza extraordinária depende, além do atendimento aos requisitos gerais de recorribilidade, da configuração de um dos específicos. Sempre que possível, hão de se observar as decisões proferidas na instância revisora, nos tribunais de justiça, sob pena de estimular-se, cada vez mais, a interposição de recursos, em prejuízo da máquina judiciária.

Concedo a ordem para, dentro dessas balizas, constantes do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, tornar definitiva a liminar.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Relator e vou adotar como fundamento de decidir o parecer do eminente Subprocurador-Geral Wagner Gonçalves, no sentido de não conhecer, em parte, do *habeas corpus*, no que diz respeito à alegação do princípio da insignificância, porque isso não foi analisado na instância anterior, e de placitar a perícia feita, porque foram atendidos os requisitos dos arts. 159, § 1º, e 171 do CPP – a perícia foi feita por dois peritos com curso superior.

No mais, adoto o parecer que Vossas Excelências têm em mão para, pedindo vênia mais uma vez ao Relator, denegar a ordem, Senhor Presidente.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu também peço vênia ao Ministro Relator, mas acompanho a divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Vou pedir vênia também ao Ministro Relator para acompanhar a divergência. Também me louvo no parecer do Ministério Público.

EXTRATO DA ATA

HC 99.035/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Eder Rodrigues Schineider. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu, em parte, do pedido de *habeas corpus*, mas, nesta parte, indeferiu a ordem, vencido o Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. 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 Ayres Britto para julgar processo a ele vinculado. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 99.448 — RS

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Pacientes: Nélson Mansoni e Irani Valter Razador — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do Recurso Especial 1.029.650 do Superior Tribunal de Justiça

Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Posse de arma de fogo. *Abolitio criminis* temporária (arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003). Permuta recíproca de artefatos. Caracterização de cessão ou fornecimento recíproco de armas. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Ordem indeferida.

1. Os arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003 estabeleceram um prazo para que os possuidores e proprietários de armas de fogo as regularizassem ou as entregassem às autoridades competentes, descriminalizando, temporariamente, apenas as condutas típicas de "possuir ou ser proprietário" de arma de fogo (Precedentes: HC 98.180/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 29-8-2010; HC 96.168/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 13-8-2009, entre outros).

2. A doutrina do tema leciona que "a Lei 10.826/2003 (...) concedeu prazo para que todos os possuidores e proprietários de armas não registradas procedessem aos respectivos registros, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita. Antes do decurso do referido lapso temporal, não se pode falar na existência do crime de posse ilegal dessas armas, presumindo-se a boa-fé, ou seja, a ausência de dolo daqueles que as possuam. Assim, tanto o art. 12 (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido) como parte do art. 16 (posse ilegal de armas de fogo de uso restrito) do Estatuto tiveram sua vigência condicionada ao encerramento do mencionado prazo. (...) Tal período começa em 23 de dezembro de 2003, data da entrada em vigor da maior parte da Lei 10.826/2003, incluindo o seu art. 36, que determinou a revogação expressa da antiga Lei de Arma de Fogo, e se encerra no dia 23 de junho de 2005 (...)" (CAPEZ, Fernando. *Estatuto do desarmamento*: comentários à Lei 10.826, de 22-12-2003. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189/191).

3. *In casu*, debate-se se a permuta recíproca de armas entre dois indivíduos configuraria, ou não, fornecimento de arma de fogo e se poderia, ou não, ser absorvida pelo crime de posse.

4. O art. 16 da Lei 10.826/03 tipifica as condutas que caracterizam a prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, não estando aí incluída a conduta "permutar".

5. Deveras, a permuta nada mais é do que uma forma de aquisição de armas, podendo ser considerada como uma cessão ou como um fornecimento recíproco, não havendo que se falar, portanto, em atipicidade da conduta.

6. Os núcleos dos tipos penais previstos nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/2003 são assim considerados pela doutrina clássica do tema: "A conduta de permutar não se encontra expressamente prevista. De ver-se, entretanto, que trocar arma de fogo por outros objetos configura ações de ceder e adquirir" (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do desarmamento*: anotações à parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49 a 51).

7. Os arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003 descriminalizaram, temporariamente, apenas as condutas típicas de "possuir ou ser proprietário" de arma de fogo. Deveras, não é lícito estender o âmbito de incidência da *abolitio criminis* temporária, às condutas de "adquirir", "fornecer" ou "ceder" armamentos, porquanto referidas condutas só poderiam deixar de ser punidas caso fossem consumidas pela conduta "possuir".

8. A relação consuntiva, ou de absorção, ocorre quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 1º v., p. 99).

9. *In casu*, a conduta "permutar" não constitui meio necessário ou fase preparatória para a execução de outro crime, ao contrário, caracteriza delito autônomo, razão pela qual não há como aplicar-se o princípio da consunção.

10. Ainda que assim não fosse, verifica-se que, com o advento da Lei 10.826/2003 (conhecida como Estatuto do Desarmamento), a intenção do legislador foi retirar da população a disponibilidade imediata de armas de fogo, deixando de punir o indivíduo que possuísse arma até o dia 23-10-2005, estimulando, portanto, o desarmamento voluntário.

11. Sob o ângulo jus-filosófico, é forçoso concluir que em período de estímulo ao desarmamento, no qual, inclusive, descriminalizou-se temporariamente o delito de posse de arma de fogo, a circulação de armas é fato tão contrário ao espírito da lei que a permuta de armas ganha contornos de tamanha gravidade a ponto de não poder ser simplesmente desconsiderada.

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, 10 de maio de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela *Defensoria Pública da União* em benefício de *Nélson Mansoni* e *Irani Valter Rozado* contra decisão monocrática proferida pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Os pacientes foram denunciados como incursos nas sanções dos arts. 14, *caput*, e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003, na forma do art. 29 do Código Penal, *verbis*:

> Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, em prestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
> Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:
> (...)
> IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;
>
> Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

A denúncia narra a prática das seguintes condutas típicas (fls. 28v./29v.):

> **1º Fato**
> Desde de data não apurada no Inquérito Policial até dia seguramente anterior a 04 de março de 2005, na Rua Luis Segalli, n. 60, em Muçum, Irani Valter Razador possuiu, deteve, manteve sob sua guarda e forneceu uma espingarda, marca "Rossi", com numeração raspada (laudo pericial das folhas 47/8), calibre

36, oxidada, cabo de madeira e um cartucho, calibre 36, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Em data não apurada, Irani forneceu a referida espingarda a Nelson em troca de um revólver calibre 38, o qual foi apreendido em 04 de março de 2005 (3º fato).

A prestabilidade da arma foi verificada (auto da folha 13), encontrando-se em condições normais de uso e funcionamento.

2º Fato

Desde data não apurada no Inquérito Policial até dia seguramente anterior a 04 de março de 2005, na Linha Fernando Abott, em Roca Sales, Nelson Mansoni possuiu, deteve, manteve sob sua guarda e forneceu um revólver, marca "Rossi", calibre 38, cano curto, nº D931660, oxidado, cabo de madeira e quatro cartuchos, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Em data não apurada, Nelson forneceu o referido revólver a Irani em troca de uma espingarda calibre 36, o qual foi apreendido em 07 de março de 2005 (4º fato).

A prestabilidade da arma foi verificada (auto da folha 13), encontrando-se em condições normais de uso e funcionamento.

3º Fato

Desde data não apurada no Inquérito Policial até o dia 04 de março de 2005, na Linha Fernando Abott, em Roca Sales, Nelson Mansoni adquiriu, possuiu, deteve e manteve sob sua guarda uma espingarda, marca "Rossi", com numeração raspada (laudo pericial das folhas 47/8), calibre 36, oxidada, cabo de madeira e um cartucho, calibre 36, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

(...)

A prestabilidade da arma foi verificada (auto da folha 13), encontrando-se em condições normais de uso e funcionamento.

4º Fato

Desde data não apurada no Inquérito Policial até o dia 07 de março de 2005, na Rua Luis Segalli, n. 60, em Muçum, Irani Valter Razador adquiriu, recebeu, possuiu, deteve e manteve sob sua guarda um revólver, marca "Rossi", calibre 38, cano curto, nº D931660, oxidado, cabo de madeira e quatro cartuchos, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

(...)

A prestabilidade da arma foi verificada (auto da folha 13), encontrando-se em condições normais de uso e funcionamento.

A Juíza de Direito da Segunda Vara da Comarca de Encantado/RS condenou Nélson Mansoni a 2 anos de reclusão, em regime aberto, e Irani Valter Razador a 3 anos de reclusão, também em regime aberto, pela prática dos delitos previstos, respectivamente, nos arts. 14 e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003. Entretanto, absolveu-os da acusação de posse irregular de arma de fogo, porquanto os fatos ocorreram durante a vigência da *abolitio criminis* prevista nos arts. 30 e 32 daquela lei, *verbis*:

> Art. 30. Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação

da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 4º desta Lei.

"Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

As penas privativas de liberdade foram substituídas por prestação de serviços à comunidade.

A defesa apelou e o TJRS deu provimento ao recurso, absolvendo os pacientes, sob o fundamento de que o fornecimento recíproco de armas é conduta fracionada de crime único: posse de arma de fogo, delito permanente que cessou quando da apreensão dos artefatos.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso especial, alegando negativa de vigência dos arts. 14; 16, parágrafo único, inciso IV; 30 e 32; da Lei 10.826/2003, bem como do art. 107, inciso III, do Código Penal, *verbis*:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:
(...)
III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, monocraticamente, deu provimento ao recurso, restabelecendo a condenação, por entender que somente a posse de arma de fogo foi abrangida pela *abolitio criminis*, restando caracterizado o fornecimento, conduta enquadrada no art. 16, parágrafo único, inciso V, da Lei 10.826/2003, *verbis*:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente;

Daí esta impetração, na qual a Defensoria Pública sustenta que "o fornecimento nada mais foi do que uma permuta feita entre os corréus, condição lógica para a posterior posse das referidas armas" (fl. 5). Isso posto, sustenta ser "incoerente a condenação dos pacientes pela prévia permuta das armas, conduta esta que acaba necessariamente absorvida pela ação final, qual seja, a posse das mesmas, acusação das quais restaram absolvidos" (fl. 5v.). Requer seja concedida a ordem a fim de restabelecer o acórdão do TJRS.

O Ministério Público Federal manifesta-se pela denegação da ordem em parecer assim ementado (fl. 48):

> *Habeas corpus. Arts. 14 e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Modalidade de fornecer. Abolitio criminis temporalis somente na conduta "possuir". Atipicidade da conduta não configurada. Constrangimento ilegal inexistente.*
> – Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Os arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003 estabeleceram o prazo de 180 dias para os possuidores e proprietários de armas de fogo as regularizarem ou as entregarem às autoridades competentes, descriminalizando, temporariamente, apenas as condutas típicas de "possuir ou ser proprietário" de arma de fogo (Precedentes: HC 98.180/SC, Primeira Turma, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, *DJ* de 29-82010; HC 96.168/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. *Eros Grau*, *DJ* de 13-8-2009, entre outros).

Sobre o tema, Fernando Capez leciona que "a Lei 10.826/2003 (...) concedeu prazo para que todos os possuidores e proprietários de armas não registradas procedessem aos respectivos registros, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita. Antes do decurso do referido lapso temporal, não se pode falar na existência do crime de posse ilegal dessas armas, presumindo-se a boa-fé, ou seja, a ausência de dolo daqueles que as possuam. Assim, tanto o art. 12 (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido) como parte do art. 16 (posse ilegal de armas de fogo de uso restrito) do Estatuto tiveram sua vigência condicionada ao encerramento do mencionado prazo. (...) Tal período começa em 23 de dezembro de 2003, data da entrada em vigor da maior parte da Lei 10.826/2003, incluindo o seu art. 36, que determinou a revogação expressa da antiga Lei de Arma de Fogo, e se encerra no dia 23 de junho de 2005 (...)" (CAPEZ, Fernando. *Estatuto do desarmamento*: comentários à Lei n. 10.826, de 22-122003. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189/191).

In casu, os pacientes permutaram entre si as armas que possuíam em suas residências, durante o prazo a que se referem os arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003.

Discute-se neste *habeas corpus* se essa permuta configuraria, ou não, fornecimento de arma de fogo e se poderia, ou não, ser absorvida pelo crime de posse.

O art. 14 da Lei 10.826/2003 prevê as condutas que caracterizam o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, *verbis*: "Portar, deter, adquirir, **fornecer**, receber, ter em depósito, transportar, **ceder**, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de

fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar."

O art. 16 da referida lei tipifica as seguintes condutas que configuram a prática do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, *verbis*: "Possuir, deter, portar, adquirir, **fornecer**, receber, ter em depósito, transportar, **ceder**, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar."

Observa-se que nenhum dos tipos penais supratranscritos possui o núcleo "permutar", o que poderia levar o intérprete à equivocada conclusão de que os indivíduos que permutam armas de fogo entre si não respondem por crime algum.

Entretanto, a permuta nada mais é do que uma forma de aquisição de armas, podendo ser facilmente considerada como uma cessão ou como um fornecimento recíproco, não havendo que se falar, portanto, em atipicidade da conduta.

Damásio de Jesus, ao analisar os núcleos dos tipos penais previstos nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/2003, tece as seguintes considerações:

> *Adquirir*
>
> Significa obter, seja gratuita, seja onerosamente (**troca**, venda, doação, etc). (...)
>
> *Fornecer*
>
> Possui o sentido de proporcionar, prover, entregar e suprir, mesmo que a operação não apresente finalidade de lucro. Assim, responde pelo delito o sujeito que cede gratuitamente a terceiro arma de fogo, acessório ou munição. O tipo não exige a venda da arma. O fornecimento pode dar-se mediante cessão, distribuição ou dádiva do objeto material.
>
> (...)
>
> *Ceder*
>
> Tem o sentido de reter, conservar ou manter o objeto material à sua disposição. Não se exige que o sujeito seja encontrado com a arma de fogo. (...)
>
> ***Permutar***
>
> **A conduta de permutar não se encontra expressamente prevista. De ver-se, entretanto, que trocar arma de fogo por outros objetos configura ações de ceder e adquirir**
>
> (Sem grifos no original – JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do desarmamento*: anotações à parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento*)*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49 a 51.)

In casu, o primeiro agente cedeu uma espingarda ao segundo, recebendo em troca um revólver. O fato típico cometido pelo segundo agente, por sua vez, foi o de ceder um revólver ao primeiro, que lhe retribuiu com uma espingarda. Ambos cometeram o crime autônomo de fornecer ou ceder arma de fogo.

Os arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003 descriminalizaram, temporariamente, apenas as condutas típicas de "possuir ou ser proprietário" de arma de fogo. Não é possível, portanto, estender o âmbito de incidência da *abolitio criminis* temporária, aplicando-a também às condutas de "adquirir", "fornecer" ou "ceder" armamentos. Essas condutas só poderiam deixar de ser punidas caso fossem consumidas pela conduta "possuir".

Na lição de Damásio de Jesus, "Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime" (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 1º v., p. 99).

Na espécie, a conduta "permutar" não constitui meio necessário ou fase preparatória para a execução de outro crime, ao contrário, caracteriza delito autônomo, razão pela qual não há como se aplicar o postulado da consunção.

Ainda que assim não fosse, verifica-se que, com o advento da Lei 10.826/2003 (conhecida como Estatuto do Desarmamento), a intenção do legislador foi retirar da população a disponibilidade imediata de armas de fogo, deixando de punir o indivíduo que possuísse arma até o dia 23-10-2005. O diploma fomentou, portanto, o desarmamento voluntário.

Em um período de estímulo ao desarmamento, no qual, inclusive, descriminalizou-se temporariamente o delito de posse de arma de fogo, a circulação de armas é fato contrário ao espírito da lei. Nesta toada, a permuta de armas ganha contornos de intensa gravidade, não podendo ser simplesmente desconsiderada.

Na hipótese dos autos, a circulação de armas é evidente. Cada paciente se desfez da arma que possuía a fim de adquirir outra. Admitir-se a aplicação do postulado da consunção seria um atentado à própria finalidade do Estatuto do Desarmamento.

Ex positis, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não se trata aqui de porte, mas sim de posse. A rigor, o núcleo revelou-se outro, mostrou-se o fornecimento. E, ainda por cima, de arma que não seria passível de registro, porque tinha a numeração raspada.

Acompanho o Relator, indeferindo a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 99.448/RS — Relator: Ministro Luiz Fux. Pacientes: Nélson Mansoni e Irani Valter Razador. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Recurso Especial 1.029.650 do 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. Compareceu o Ministro Ayres Britto para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Ministro Luiz Fux. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 10 de maio de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 99.457 — RS

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Paciente: Adriana Leal Duval — Impetrante: Gisela Antia de Almeida — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional. Penal e processual penal. Alegação de nulidade decorrente de a defesa ter sido exercida por advogado licenciado. Ausência de demonstração do prejuízo. Incidência do art. 565 do Código de Processo Penal. Precedentes. *Habeas corpus* denegado.**

1. Nulidade do processo-crime não configurada, pois além de não ter sido demonstrado qualquer prejuízo advindo do exercício da defesa por advogado licenciado da Ordem dos Advogados do Brasil, o princípio da falta de interesse, tal como estabelecido no art. 565, primeira parte, do Código de Processo Penal, não admite a arguição da nulidade por quem tenha dado causa ou concorrido para a existência do vício. Precedentes.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Ministro Carlos Ayres Britto. Não participou justificadamente deste julgamento o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 13 de outubro de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. *Habeas corpus*, "com *pedido liminar* de anulação de processo penal", impetrado pela advogada *Gisela Antia de Almeida* em favor da paciente *Adriana Leal Duval*, "condenada pelo Proc. 102128494, que tramitou na 2ª Vara Criminal de Porto Alegre" (fl. 2), às penas "de 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 32 dias-multa" (fl. 73), pela prática dos crimes de estelionato e de formação de quadrilha (arts. 171 e 288 do Código Penal).

A presente ação é contra o acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 31-8-2005, denegou a ordem no julgamento do HC 42.678.

2. O Relator, Ministro Paulo Medina, expôs o caso e proferiu o voto condutor do julgado, do qual se extrai, *verbis*:

(...) Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Gisela Antia de Almeida, em favor dos pacientes *Adriana Leal Duval, Neuri Gasparetto e Cecília Soares da Fonseca*, contra acórdão do Quarto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatado nos autos da Revisão Criminal n. 70010360949 (fls. 166/174).

Narra a impetrante que os pacientes foram condenados como incursos na sanção dos arts. 171, *caput*, e 288, *caput*, ambos do Código Penal, em continuidade delitiva (fls. 98-119/STJ).

Inconformados, recorreram da sentença condenatória, julgada improcedente à unanimidade, pela Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (fls. 146-163/STJ).

Após o trânsito em julgado do acórdão, ajuizaram Revisão Criminal com fundamento no art. 621, incisos I e II do CPP.

O Quarto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido revisional em acórdão assim sumariado (fls. 166-174/STJ):

> "*Inépcia da denúncia. Alegação de não descrição individualizada da conduta de cada acusado, bem como das circunstâncias dos fatos. Afastamento.*
>
> Inocorrência de inépcia, se descrito adequadamente todos os elementos caracterizadores das infrações. Outrossim, em se tratando de concurso de agentes, é desnecessária a descrição minuciosa da conduta de cada um, sendo suficiente o apontamento da comunhão de esforços e do acordo de vontades para a prática delitiva.
>
> *Nulidade do processo. Inexistência. Defesa patrocinada por advogado licenciado.*
>
> Embora o art. 4º, § único, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), disponha serem nulos os atos praticados por advogado licenciado, a regra da pãs de *nulitee sans grief*, aplicável tanto às nulidades relativas quanto às absolutas, impede a declaração de invalidade dos atos processuais que não ocasionaram prejuízos às partes.
>
> *Reexame da prova. Inviabilidade.*
>
> A ação de revisão criminal necessariamente deve conter, ao menos, um dos fundamentos previstos no art. 621 do Código de Processo Penal, sob pena de improcedência.
>
> Preliminares afastadas. Ação julgada improcedente."

O impetrante alega, em síntese, nulidade do processo, derivada de fato novo, porquanto os patronos dos réus estavam impossibilitados de exercer a advocacia e, porque impedidos de atuar, seus atos são, assim, nulos.

Deduz prejuízo, argui em seu favor o que dispõe o enunciado n. 523, da súmula do STF, colaciona precedentes jurisprudenciais em apoio à sua pretensão e requer, liminarmente, a concessão da ordem, para nulificar o processo n. 102128494/24876, que tramitou na 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre.

(...)

Invoca como fundamentos jurídicos para combater a suposta ilegalidade, respectivamente, a norma contida no art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e a Súmula 523 do STF, *in verbis*:

> "Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia."

"Súmula 523 do STF

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

Da análise das peças que instruem o *mandamus*, verifico situações distintas entre os procurados dos réus, ora pacientes.

No que concerne à defesa técnica do paciente *Neuri Gasparetto*, esta foi realizada pelo Dr. Daniel Gerber até a interposição de recurso de apelação (fl. 138/STJ), ou melhor, até a publicação do acórdão (fl. 164/STJ).

Conforme certidão de fl. 36/STJ, no processo disciplinar n. 145844/2003 da OAB/RS, por decisão proferida em 26 de março de 2004, o Dr. Daniel Gerber foi suspenso do exercício da profissional pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis, em virtude de infração ao art. 34, inciso XXIII, da Lei n. 8906/94, estando a penalidade em vigor até o dia 29 de outubro de 2004, data da certidão.

Como o acórdão que julgou o recurso de apelação de *Neuri Gasparetto* só foi publicado em 25 de fevereiro de 2004 (fl. 165/STJ) e a sanção disciplinar imposta a seu patrono é posterior a esta data, toda a defesa deste paciente esteve a cargo de profissional plenamente habilitado ao exercício da profissão.

Portanto, ausente nulidade a ser declarada em relação a este paciente.

Já as pacientes *Adriana Leal Duval e Cecília Soares da Fonseca* tiveram como advogado constituído o Dr. João Carlos Silveira Verlindo (fls. 81 e 82), profissional que acompanhou toda a instrução criminal e firmou as razões do recurso de apelação, em 15 de agosto de 2002 (fls. 120/136).

A certidão de fl. 33/STJ, de 29 de outubro de 2004, comprova que o Dr. João Carlos Silveira Verlindo estava licenciado do exercício da advocacia, nos termos do art. 12, da Lei n. 8906/94, desde 16 de julho de 1990.

Em 30 de julho de 2004, requereu seu retorno à atividade profissional, ainda não decidido quando do fornecimento da certidão.

Embora destituído de capacidade postulatória tenho que no caso em espécie este pressuposto processual só levaria à declaração de nulidade se comprovada a deficiência técnica na defesa.

A deficiência na defesa, a teor do enunciado 523 do STF, deve ser analisada, portanto, *cum granu salis*.

O art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe serem nulos atos praticados por advogado licenciado. No entanto, qualquer nulidade, seja absoluta ou relativa, só pode ser declarada se houver prejuízo às partes (art. 563 do CPP).

Não obstante o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 8906/94, conter uma norma sobre nulidade, não restou comprovado que a condenação dos pacientes decorreu da deficiência técnica da defesa.

Aliás, como bem salientou o acórdão recorrido,

"(...) os requerentes não lograram demonstrar qualquer prejuízo advindo do fato de o defensor das condenadas Adriana e Cecília estar licenciado à época da tramitação do processo originário, pois as defesas foram feitas de maneira eficiente, apenas não evitaram as condenações."

(Fl.168/STJ.)

A propósito, esta Egrégia Corte já teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema no seguinte precedente:

"*Habeas corpus – Reiteração de pedido – Prejudicialidade – Nulidade de representação – Inexistência. – Julga-se prejudicado pedido de habeas corpus que se baseia nos mesmos fundamentos de ordem anteriormente denegada. – A defesa prestada por defensor, sem capacidade postulatória, constitui em nulidade relativa, a depender da demonstração do efetivo prejuízo a parte, mas que refoge ao âmbito processual do remédio heróico. – Pedido não conhecido*."

(HC 5.657/RJ, 5ª Turma, *DJ* de 22-9-1997, p. 46510.)

Portanto, não há se falar em nulidade no que concerne à defesa técnica do paciente *Neuri Gasparetto*, pois seu defensor estava habilitado ao exercício da atividade profissional.

Já em relação às defesas de *Adriana Leal Duval e Cecília Soares da Fonseca*, entendo não haver nulidade por falta de prejuízo.

Posto isso, estou a *denegar* a ordem (...)

(Fl. 72.)

3. No presente *habeas corpus*, a impetrante destaca que a falta de capacidade postulatória do defensor à época do processo-crime teria sim causado prejuízos à paciente, ressaltando que "[a] paciente foi recolhida a prisão; [f]oi condenada; [p]erdeu seus direitos políticos; [f]oi afastada do convívio de seus filhos e de seu marido; [e f]icou desempregada por muito tempo" (fl. 4).

Informa, ainda, que a paciente "[f]inalmente conseguiu um emprego (...), porém quando o empregador descobriu que a paciente era uma 'presidiária', a demitiu imediatamente", sendo que "[c]ontinua desempregada, eis que não consegue mais emprego devido aos antecedentes" (fl. 4).

Sustenta que "não há que se falar em defesa eficiente, eis que este é um critério subjetivo, que não poderá ser levado em consideração para a anulação ou não do processo" (fl. 5).

Invoca, nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Recursos Especiais 421.823 e 833.342) e o julgamento do MS 21.956-AgR-ED, Relator o Ministro Sydney Sanches (*DJ* de 30-9-1994), cujo julgado tem o seguinte teor:

Advogado suspenso, por motivo disciplinar, do exercício profissional, pela OAB-RS. Falta de capacidade postulatória. Embargos declaratórios não conhecidos, porque subscritos por advogado temporariamente impedido de advogar. Comunicação do fato à OAB-RS e à parte interessada.

(Fl. 11.)

4. Este o teor dos pedidos:

(...) *Diante do acima exposto, e conforme jurisprudência apresentada, requer seja concedida a ordem de habeas corpus*, para fim de anular o processo n. 102128494, desde o *interrogatório*, devendo a paciente aguardar em liberdade até final decisão, conforme preceitua a legislação e jurisprudência vigentes,

esclarecendo que a mesma não se ausentará do distrito da culpa, e comparecerá a todos os atos do processo, para no final provar sua inocência (...)
(Fls. 13-14.)

5. Em 30 de junho de 2009, indeferi o pedido de medida liminar, solicitei informações ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre-RS, determinando, na sequência, vista destes autos ao Procurador-Geral da República (fls. 93-99).

6. As informações foram prestadas (fls. 108-988) e a Procuradoria-Geral da República, em 27-8-2009, opinou pela denegação da ordem (fls. 991-992).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Conforme relatado, o núcleo da questão trazida neste *habeas* é a alegação de constrangimento ilegal decorrente de eventual nulidade, consubstanciada no exercício da defesa por advogado licenciado da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. Não obstante o rigor dos termos do art. 4º, parágrafo único da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e da Súmula 523, deste Supremo Tribunal, não se comprova, nos autos, a presença de constrangimento ilegal a ferir direito da paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*, notadamente porque os poderes de representação judicial outorgados ao advogado licenciado foram livremente conferidos pela paciente por instrumento de procuração (fl. 211).

Não há prova de que ela não conhecesse a condição do advogado constituído, nem há como produzir esta prova na presente ação. E é de se realçar o princípio da falta de interesse, tal como estabelecido no art. 565, primeira parte, do Código de Processo Penal, não admite a arguição da nulidade por quem tenha dado causa ou concorrido para a existência do vício.

Dessa forma, se tivesse ocorrido nulidade processual e da condição do advogado tivesse conhecimento – como é possível e provável – a paciente, a esta seria ela imputável, pela escolha que fez, aplicando-se ao caso a regra processual penal acima mencionada e a jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal, firmada no sentido de que "nenhuma nulidade pode arguir quem lhe deu causa ou que para ela concorreu" (RHC 58.949, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *DJ* de 11-9-1981).

Nesse sentido, entre outros: RHC 59.842, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ* de 14-5-1982; 84.900, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26-11-2004; 87.212, de minha relatoria, *DJ* de 24-11-2006; e HC 67.997, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 21-9-1990; 69.983, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* de 8-10-1993; 71.761, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 24-2-1995; 76.970, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 20-4-2001; e 84.920, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 10-6-2005.

3. Ademais, como bem assentou o Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, em seu parecer, a impetrante não teria demonstrado a existência de qualquer prejuízo em razão da defesa técnica ter sido promovida no juízo de conhecimento por advogado licenciado, *verbis*:

> 2. O pedido não merece acolhimento. Como está no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, "embora destituído de capacidade postulatória tenho que no caso em espécie este pressuposto processual só levaria à declaração de nulidade de comprovada a deficiência a deficiência técnica da defesa". E o Tribunal de Justiça, ao indeferir a revisão criminal, concluiu que "as requerentes não lograram demonstrar qualquer prejuízo advindo do fato de o defensor das condenadas estar licenciado à época da tramitação do processo originário, pois as defesas foram feitas de maneira eficiente, apenas não se evitaram as condenações".
>
> 3. Tenho como correto esse entendimento, porquanto não evidenciado o prejuízo necessário à anulação do processo pela suposta ausência de defesa (Súmula 523). Com efeito, o fato de o advogado estar licenciado, não significa ausência de defesa técnica, que deve ficar demonstrada. Cabe distinguir entre a infringência às proibições do *caput* do art. 4º da Lei 8.906/1994, que é causa de nulidade absoluta (HC 71.705-SP), e do respectivo parágrafo único, caso de nulidade relativa, sanável na falta de demonstração de prejuízo. Essa tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal, afastando a alegação de nulidade da intervenção do advogado suspenso, quando não comprovado o prejuízo: "Advogado suspenso por falta de pagamento de contribuição devida a OAB. Nulidade rejeitada, por falta de comprovação de prejuízo" (HC 71.520/ES, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 1º-3-1996); RHC 61.123/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 24-2-1984.
>
> (Fls. 991-992.)

4. Pelo exposto, voto no sentido de **denegar a ordem de *habeas corpus***.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, estou bem impressionado com a argumentação da Ministra Cármen Lúcia, que inclusive está em conformidade com a jurisprudência, e também com o parecer do Ministério Público, que me parece muito corretamente elaborado.

O que se assenta aqui é que a nulidade a que se refere o art. 4º da Lei 8.906, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, é uma nulidade absoluta, enquanto que a do parágrafo único seria uma nulidade relativa, ou seja, dependeria de demonstração de prejuízo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): É, Ministro, encontrei, inclusive, decisões do Tribunal de Ética da OAB em que isso eu tirei dessa circunstância também. Eles não punem o advogado, porque eles consideram que o advogado prestou. De toda sorte, acho que ela pode até se remeter à OAB ou fazer pedido mesmo de indenização, se ela não souber.

Agora, daí ter sido condenada, depois tem uma revisão criminal, onde tudo foi revolvido, e aí vir com um pedido de nulidade nos tribunais superiores, via *habeas corpus*...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É. Aliás, isso é uma antiga deficiência da OAB, porque ela deveria comunicar imediatamente a todos os juízes do País, e que não são muitos, são apenas cerca de dezesseis mil. Isso poderia ser feito com muita facilidade, incluindo as cortes superiores, enfim comunicado o *status* de cada advogado, esclarecendo se ele está suspenso, licenciado, ou se está excluído dos quadros por alguma punição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Até porque isso tem consequências jurídicas materiais para o devido processo substancial. Não é, Ministro?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Porque, como aqui, neste caso, do que se afirma, do que se contém nos autos, não é que não houve a defesa técnica eficiente; às vezes, por exemplo, um ótimo advogado pode estar na condição de licenciado em razão do cargo. Estou dando exemplo de um procurador-geral, que é o mais eficiente, que é levado, às vezes, para esses cargos; procurador de Estado, num caso específico, que atue até na área criminal dentro da Procuradoria, e que alguns Estados impedem de advogar.

Ele está impedido por causa disto, por uma legislação do servidor público. Então, ele tem esse impedimento fixado pela OAB. Mas ele pode ter feito um trabalho, digamos: entrou, já havia começado a defesa, e continua – não é o caso; estou citando em tese –, e ser muitíssimo eficiente. Portanto, não deu causa ao objetivo da lei. O que a lei quer? Que uma pessoa que não tenha habilitação faça.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: No *habeas corpus*, não se fala dos motivos do licenciamento?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não; da licença.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Porque existem três hipóteses de licença, segundo o art. 12.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): A única coisa que ela fala é que, logo em seguida, ele afastou a situação de licenciado. Penso que, ainda no final do processo dela, ele retornou à sua atividade sem o óbice.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estou de acordo, Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Como a vida nos surpreende. A todo o instante chega... Não é só no Eleitoral, não é, Ministra Cármen Lúcia?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Eu falo que, aqui no Brasil, nós podemos morrer de susto; de tédio, jamais. Quem trabalha no Direito...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): A Ministra Cármen Lúcia, realmente, teceu um raciocínio muito bom, orientado para o não prejuízo do ponto de vista da tecnicalidade, da técnica.

Mas peço vênia para conceder a ordem. Meio alinhavando assim o raciocínio, o art. 133 da Constituição diz que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Se atentarmos para art. 5º, inciso XIII, esse advogado que é indispensável à administração da Justiça é o que atende às qualificações profissionais que a lei estabelecer; e a lei não habilita o advogado licenciado ao exercício da profissão.

EXTRATO DA ATA

HC 99.457/RS — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Paciente: Adriana Leal Duval. Impetrante: Gisela Antia de Almeida. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia; vencido o Ministro Carlos Ayres Britto, Presidente. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 13 de outubro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 99.541 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Paciente: Murilo Correa Dias Pinto — Impetrante: Mauro de Almeida Felix — Coator: Superior Tribunal Militar

Penal militar. *Habeas corpus*. Crime impróprio: lesão corporal grave (CPM, art. 209, § 1º). Crime praticado por militar contra militar em contexto em que os envolvidos não conheciam a situação funcional de cada qual, não estavam uniformizados e dirigiam carros descaracterizados. Hipótese que não se enquadra na competência da Justiça Militar definida no art. 9º, inciso II, alínea *a*, do Código Penal Militar.

1. A competência da Justiça Militar, posto excepcional, não pode ser fixada apenas à luz do critério subjetivo, fazendo-se mister a reunião de outros elementos que justifiquem a submissão do caso concreto à jurisdição castrense, principalmente a análise envolvendo a lesão, ou não, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado.

2. *In casu,* uma discussão de trânsito evoluiu para lesão corporal, sem que os envolvidos tivessem conhecimento da situação funcional de cada qual, além de não se encontrarem uniformizados e dirigirem seus carros descaracterizados. A Justiça Castrense não é competente *a priori* para julgar crimes de militares, mas crimes militares . Precedentes: RHC 88.122/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, *DJE* de 13-9-2007, e 83.003/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 25-4-2008.

3. Ordem concedida para declarar a incompetência da Justiça Militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de *habeas corpus,* nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de maio de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal Militar cuja ementa tem o seguinte teor (fl. 113):

Habeas corpus. Pedido de trancamento de inquérito policial militar. Lesão corporal grave, envolvendo militares em atividade. Presença de justa causa. Ordem denegada.

Lesão corporal grave praticada, em tese, por militar em atividade contra militar em idêntica situação; conduta típica a caracterizar crime de natureza militar, por força do art. 9º, inc. II, alínea *a*, do CPM.

O trancamento do procedimento inquisitorial constitui medida excepcional, somente admitida no caso de flagrante atipicidade ou a ilegitimidade passiva dos indiciados se mostrar inequívoca.

A presença de indícios da prática do crime previsto no art. 209, § 1º, do CPM, respalda a instauração do procedimento investigativo, devendo, pois, prosseguir para a elucidação do referido fato.

Ordem denegada.

Decisão unânime.

2. Colhe-se da denúncia (fls. 41/43) que, na madrugada do dia 15 de maio de 2008, a vítima, militar, em estado etílico, dirigia seu automóvel Palio Weekend em Cabo Frio/RJ quando forçou uma ultrapassagem em viatura descaracterizada da Polícia Militar, um Gol vermelho no qual se encontravam o paciente e outro, ambos militares, acompanhados de duas mulheres. A malfadada ultrapassagem teve como consequência um arranhão na lateral do veículo Gol, motivando seu condutor, em revide, a bater na traseira do Palio Weekend. Ato contínuo, a vítima, alcoolizada, desceu do veículo e desferiu um soco na face do paciente, que ainda se encontrava no interior do veículo. O paciente, ao ser agredido, desceu do carro e, juntamente com o outro militar que o acompanhava, chutou a vítima, que permaneceu caída até ser encontrada próxima a uma poça de sangue.

3. Os fatos culminaram na denúncia contra o paciente e outro pela prática do crime de lesão corporal descrito no art. 209, *caput*, e § 1º, c/c o art. 53, todos do Código Penal Militar, *verbis:*

> Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
> Pena – detenção, de três meses a um ano.

> Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

4. As razões da impetração visam a demonstrar a incompetência da Justiça Militar.

5. O impetrante alega que a competência da Justiça Militar, no caso de crime praticado por militar contra militar, não pode ser fixada apenas em consideração à simples condição profissional dos envolvidos, mas também em razão da natureza dos fatos, pois a competência da Justiça Militar é para julgar "crime militar" e não "crime contra militar" (fls. 4 e 4v.).

6. Aduz que, apesar de todos os envolvidos serem militares, essa condição era desconhecida, pois não estavam em viaturas militares (fl. 6). Daí a ausência do elemento subjetivo, condição prevista no art. 9º, inc. II, alínea *a*, como necessária à definição da competência da Justiça Castrense, *verbis*:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
> (*omissis*)
> II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
> a) **por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado.**
> (Grifei.)

7. Assevera, nessa linha de raciocínio, que a definição da competência deve ser antecedida do debate a respeito das seguintes condições: (a) real finalidade do agente ou conduta a ele atribuída; (b) tendência da ação ou suas características; (c) estado de consciência do agente a respeito de determinada circunstância em certas descrições legais e (d) o ânimo do agente (dolo ou intenção) (fl. 8v.).

8. Sustenta, por fim, que "A regra do art. 47, I[1] quando apreciada com a regra do art. 9º[2] [dispositivos do Código Penal Militar] traduz a certeza da impropriedade de continuação do julgamento em sede da Douta Justiça Castrense até porque, as provas até então coligidas apontam para a certeza de que houve crime comum de trânsito que evoluiu para crime contra a pessoa, contra a integridade física da pessoa ou pessoas envolvidas e que deve ser julgado em sede da Comarca de São Pedro da Aldeia e pelo Douto Julgador Estadual e não pelo Federal" (fl. 8v.).

9. Requer a "concessão do presente *writ* no sentido de conceder-se justiça e, considerada incompetente a Justiça Castrense, seja o feito remetido, com a exceção da validade dos atos decisórios, para a Justiça Estadual de Primeira Instância e ao Juízo Estadual a quem, por competente distribuição, couber o julgamento do feito, isto, como medida de plena aplicação do direito e completa perpetração da Justiça" (fl. 10).

O Ministério Público Federal manifesta-se em parecer cuja síntese é a seguinte (fl. 128):

> *Habeas corpus. Penal militar. Lesão corporal grave. Fixação da competência da Justiça Militar, com base no art. 9º, inciso II, alínea "a" do CPM. Crime impropriamente militar. Insuficiência do critério subjetivo. Distinção com base no bem jurídico tutelado, a instituição militar. Fato que não gerou perigo a esse objeto*

---

[1] "CPM, art. 47. Deixam de ser elementos constitutivos do crime:
I – a qualidade de superior ou a de inferior, quando não conhecida do agente."

[2] CPM, art. 9º: "Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma condição ou assemelhado;
b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil."

jurídico. Excepcionalidade da competência da Justiça Militar. Crime militar impróprio não configurado. Competência da Justiça comum.

– Parecer pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Colho do parecer ministerial a transcrição dos fatos que culminaram com a imputação do crime de lesão corporal ao paciente[3]:

> Na madrugada do dia 15 de maio de 2008, por volta das 02 (duas) horas da manhã, o primeiro *denunciado*, *(*CF Luiz Felipe de Castro Pires*) ao retornar da danceteria *Etílico*, em Cabo Frio, quando, ao dirigir seu automóvel Palio Weekend, forçou a ultrapassagem da viatura onde se encontravam o segundo *(*CBEs Oracy Roney Almeida dos Santos*) e o terceiro *(*MN-QS Murilo Correa Dias Pinto Carlos*) *denunciados*, um Gol vermelho que seguia pela avenida do canal, acompanhados por duas moças, e que teve como consequência da referida manobra efetuada pelo primeiro *denunciado* um arranhão na lateral do veículo, arrancando, também, o espelho retrovisor do Gol, indo parar logo adiante, atrás de um caminhão de coleta de lixo.
>
> Logo em seguida, o segundo *denunciado*, que dirigia o Gol Vermelho, com raiva, bateu na traseira do Palio Weekend, nas imediações do restaurante *Spoleto*.
>
> Foi quando o primeiro *denunciado*, aparentemente alcoolizado, desceu do Palio Weekend gritando: "Tá maluco? Quer morrer:", dirigindo-se ao automóvel Gol e desferindo um soco em direção à face do segundo *denunciado* quando este ainda se encontrava dentro do veículo, mas que, descendo do carro, revidou o soco no primeiro *denunciado*.
>
> Foi quando o terceiro *denunciado* desceu da viatura e desferiu chutes contra o primeiro *denunciado*, o qual caiu no chão batendo com a cabeça no meio-fio da calçada, ficando desacordado, enquanto os segundo e o terceiro *denunciados* continuaram a agredi-lo.
>
> Ato contínuo, o segundo e o terceiro *denunciados* entraram no veículo e se evadiram do local, deixando na sequência, o segundo *denunciado*, que dirigia o automóvel, as duas acompanhantes e o terceiro *denunciado* em suas respectivas casas, retornando, em seguida, para a *Base Aérea Naval de São Pedro da Aldeia*, onde pernoitou.
>
> O primeiro *denunciado* foi encontrado no local, instantes depois, por uma viatura da Polícia Militar, que estava em ronda no *canal*, ainda no chão, em decúbito ventral e com uma pequena poça de sangue no asfalto próxima ao seu rosto.
>
> (Fls. 41/42.) (*Acréscimo nosso.)

Esclareço, de início, que embora haja alusão, na inicial, a que os fatos melhor enquadrar-se-iam em delito de trânsito, a *causa petendi* deduzida neste

---

[3] A extração de textos da denúncia diretamente do parecer ministerial se dá porque o *Parquet*, em acréscimo justificado, nominou os envolvidos, de modo a facilitar a compreensão da exordial acusatória.

writ é tão somente a incompetência da Justiça Militar, pouco importando para o seu deslinde a definição de qual crime imputado.

Os fatos revelam a ausência de conhecimento da condição profissional de cada qual e, por óbvio, não poderiam antever que se tratavam de militares em situação de atividade, condição necessária para a caracterização de crime militar, a teor do disposto no art. 9º, inciso, II, alínea *a*, do Código Penal Militar[4].

Consoante observado pelo Subprocurador-Geral da República Mário José Gisi, o posicionamento adotado por esta Corte quanto à definição de militar em situação de atividade, expressada na alínea *a* do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, é no sentido de que não confunde militar em atividade com militar em serviço. A expressão militar em atividade deve ser entendida em contraposição à militar da reserva (CJ 6.555/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, *DJ* de 18-10-1985; HC 80.249/PE, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 7-12-2000). Sobressairia daí, segundo a doutrina de Célio Lobão[5], que estaria configurado crime militar impróprio o delito praticado por militar em atividade contra militar na mesma situação, independente de encontrar-se, ou não, em serviço, *verbis*:

> É militar o delito cometido por militar contra militar (alín. *a,* II), independentemente da circunstância do lugar do crime, da condição de serviço ou outra qualquer, podendo os sujeitos ativo e passivo pertencerem à mesma ou a Arma diversa.

Resolvida a questão conceitual, nos precedentes supramencionados desta Corte, com a distinção entre "militar em atividade" e "militar em serviço", a definição da competência da Justiça Militar, que é excepcional, não pode, *data venia,* ser definida unicamente com base nesse critério. A melhor interpretação do tema recomenda que se inclua nessa análise o enfoque a respeito do bem juridicamente tutelado. Nessa linha de entendimento, o Ministro Flávio Bierrenbach, do Superior Tribunal Militar, *verbis*:

> **Por outro lado**, não se pode ler o art. 9º, inciso II, alínea *a*, de forma literal ou burocrática, atribuindo natureza militar a qualquer delito cometido por militar da ativa contra militar da ativa. Necessária se faz a apreciação dos fatos sob a ótica do bem jurídico tutelado, em homenagem à excepcionalidade da Justiça Militar. A tese vencedora alimenta a fogueira em que se pretende queimar a Justiça Castrense, fornecendo subsídio para aqueles que afirmam que aqui se julgam **crimes de militares**, ao invés de **crimes militares**[6].

---

[4] "Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) **por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado.**" (Grifei.)

[5] *Direito Penal Militar atualizado*, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 96.

[6] Embargos de Divergência 2003.01.007044-7/RS, pub. 2-4-2004.

Voltando aos fatos, entendo que uma discussão de trânsito envolvendo militares descaracterizados, que evoluiu para o crime de lesão corporal, não viola, à toda, evidência qualquer bem ou valor das Instituições Militares.

Em situação que não se assemelha à destes autos porque se tratava de infração praticada por militar em atividade nitidamente civil – participação em baile carnavalesco –, contra militar em serviço, esta Primeira Turma, no julgamento do RHC 88.122, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* de 13-9-2007, assim decidiu:

> *Crime militar – Alínea a do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar – Duplo requisito*. Consoante dispõe a alínea *a* do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, apenas há configuração de crime militar quando a infração cometida, que também possua definição na lei penal comum, decorra de atuação de militar em serviço ou assemelhado. A previsão legal não alcança quadro em que militar, em atividade nitidamente civil – participação em festa carnavalesca –, desacata militar em serviço, obstaculizando, mediante violência ou ameaça, ato a consubstanciar dever funcional.

Tem-se que se a jurisdição militar foi afastada em razão de que um dos envolvidos não estava em serviço militar, com maior razão há de ser declarada a incompetência da Justiça Militar no caso *sub examine,* em que os envolvidos não estavam em serviço, não conheciam a situação funcional de cada qual e estavam descaracterizados como militares.

O entendimento da Segunda Turma também é nesse sentido:

> EMENTA: "***HABEAS CORPUS***" – **CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO** – INFRAÇÃO PENAL PRATICADA **POR MILITAR FORA** DE SERVIÇO **CONTRA POLICIAL MILITAR** EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE – **INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR** – **PEDIDO DEFERIDO**.
>
> **OS CRIMES DE RESISTÊNCIA, LESÕES CORPORAIS LEVES E DESACATO QUALIFICAM-SE COMO DELITOS MILITARES EM SENTIDO IMPRÓPRIO**.
>
> – O ordenamento positivo, **ao dispor** sobre os elementos **que compõem a estrutura típica** do crime militar ("*essentialia delicti*"), **considera**, **como ilícito castrense**, embora em sentido impróprio, aquele que, **previsto** no Código Penal Militar – **e igualmente** tipificado, **com idêntica** definição, na lei penal comum (**RTJ** 186/252-253) –, **vem a ser praticado** "*por militar em situação de atividade (...) **contra** militar na mesma situação (...)*" (**CPM**, art. 9º, II, "**a**").
>
> – **A natureza castrense** do fato delituoso – **embora** esteja ele **igualmente** definido como delito na legislação penal comum – **resulta** da conjugação **de diversos** elementos de configuração típica, **dentre** os quais se destacam **a condição funcional** do agente **e** a do sujeito passivo da ação delituosa, **descaracterizando-se**, no entanto, **ainda** que presente tal contexto, **a índole militar** desse ilícito penal, **se** o agente **não se encontrar** em situação de atividade. Hipótese **ocorrente** na espécie, **eis que** os delitos de resistência, lesões leves **e** desacato **teriam** sido cometidos por sargento do Exército (**fora** de serviço) **contra** soldados **e** cabos da Polícia Militar (em atividade).

A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CASTRENSES, DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL.

– **A competência penal** da Justiça Militar da União **não se limita**, apenas, **aos integrantes** das Forças Armadas, **nem se define**, por isso mesmo, "*ratione personae*". É aferível, **objetivamente**, a partir da subsunção do comportamento do agente – **qualquer agente**, mesmo o civil, **ainda** que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador **consubstanciado** nos tipos penais definidos em lei (**o Código Penal Militar**).

– **O foro especial** da Justiça Militar da União **não existe** para os crimes **dos** militares, **mas**, sim, **para os delitos militares**, "*tout court*". **E o crime militar**, comissível por agente militar **ou**, até mesmo, por civil, **só existe** quando o autor procede **e** atua **nas circunstâncias** taxativamente referidas **pelo art. 9º** do Código Penal Militar, **que prevê a possibilidade jurídica** de configuração de delito castrense **eventualmente** praticado por civil, **mesmo** em tempo de paz.

O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.

– **É irrecusável**, em nosso sistema de direito constitucional positivo – **considerado o princípio do juiz natural** –, que **ninguém** poderá ser privado de sua liberdade **senão** mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. **Nenhuma pessoa**, em consequência, **poderá ser subtraída ao seu juiz natural**. A nova Constituição do Brasil, **ao proclamar** as liberdades públicas – **que representam** limitações expressivas aos poderes do Estado –, **consagrou**, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que "***ninguém*** *será processado* ***nem*** *sentenciado* ***senão*** *pela autoridade competente*".

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO CARÁTER ESTRITO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS-MEMBROS.

– **A jurisdição penal** dos órgãos **integrantes** da estrutura institucional **da Justiça Militar dos Estados-membros não se estende**, constitucionalmente, **aos integrantes** das Forças Armadas **nem abrange** os civis (**RTJ 158/513-514**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **ainda** que a todos eles haja sido imputada a **suposta** prática de delitos militares **contra** a própria Polícia Militar do Estado **ou** os agentes que a compõem.

Precedentes.

(HC 83.003/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 25-4-2008.)

Ante o exposto, concedo a ordem para declarar a incompetência da Justiça Militar.

EXTRATO DA ATA

HC 99.541/RJ — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Murilo Correa Dias Pinto. Impetrante: Mauro de Almeida Felix. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Compareceu o Ministro Ayres Britto para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Ministro Luiz Fux. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 10 de maio de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 100.882 — SP

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Luiz Fernando de Oliveira ou Luiz Fernando de Oliveira Santos — Impetrante: Helen Cristina da Silva Izidoro — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Decisão proferida por relator em recurso especial. Ausência de coação praticada por tribunal. Não conhecimento da impetração. Crimes contra os costumes. Casamento do agente com a vítima. Extinção da punibilidade. Ordem concedida de ofício.

I – Como a decisão impugnada foi proferida monocraticamente pelo Relator, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal.

II – Crime contra os costumes praticado em data anterior ao advento da Lei 11.106/2005, que revogou o inciso VII do art. 107 do Código Penal, o qual previa, como causa de extinção da punibilidade, o casamento do opressor com a vítima. Ultra-atividade da norma mais benéfica ao réu.

III – *Habeas corpus* não conhecido.

IV – Ordem concedida de ofício para declarar a extinção da punibilidade do agente e determinar a expedição de contramandado de prisão ou, caso esta já tenha sido efetuada, o competente alvará de soltura clausulado.

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,* vencido o Ministro Marco Aurélio, que o julgava prejudicado. Por unanimidade, conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 25 de maio 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 Helen Cristina da Silva Izidoro em favor de *Luiz Fernando de Oliveira,* contra decisão do Ministro Paulo Gallotti do

Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao Recurso Especial 1.047.404/SP para restabelecer a sentença condenatória.

A inicial narra que o paciente foi condenado pela prática do delito descrito no art. 213, c/c os arts. 224, *a*, e 225, § 1º, I e § 2º (com a redação anterior às alterações promovidas pela Lei 12.015/2009), na forma do art. 71, todos do Código Penal, à pena de doze anos de reclusão.

Contra a sentença condenatória, foi interposto recurso de apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao qual foi dado provimento para absolver o réu.

Inconformado, o Ministério Público ajuizou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao apelo para restabelecer a condenação, concedendo *habeas corpus* de ofício para permitir a progressão de regime.

É contra essa última decisão que se insurge a impetrante.

Sustenta, em síntese, a extinção da punibilidade, uma vez que o paciente casou-se com a vítima e com esta possui dois filhos, e, mais ainda, que o suposto crime teria ocorrido entre agosto de 2004 e julho de 2005, ou seja, na vigência do art. 107, VII, do Código Penal, revogado pela Lei 11.106/2005.

Alega, assim, que deve ser aplicada a lei penal vigente à época dos fatos, em razão de ser menos gravosa ao paciente.

Menciona, em abono aos argumentos expendidos, precedente desta Corte, de relatoria do Ministro Celso de Mello (HC 90.140/GO).

Ao final requer, liminarmente, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente, bem como determinado o trancamento da ação penal e, no mérito, postula seja declarada a extinção da punibilidade do agente.

Em 1º-10-2009, indeferi a liminar e, ante a deficiência na instrução do feito, determinei que se aguardasse na Secretaria a vinda dos documentos originais, nos termos da Resolução 287/2004 do STF (fls. 11-12).

Apresentados os documentos, determinei a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 150-153).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de não conhecimento da impetração, mas de concessão da ordem de ofício.

Isso porque a decisão impugnada foi proferida monocraticamente pelo Relator do Recurso Especial no STJ. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido,

sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal.

Contudo, entendo ser caso de concessão da ordem de ofício, pelas razões que passo a declinar.

A impetrante postula, neste *habeas*, a declaração da extinção da punibilidade do réu.

Como relatado, o ora paciente foi condenado, como incurso no art. 213, combinado com os arts. 224, *a*, e 225, § 1º, I, e § 2º (com redação anterior às alterações promovidas pela Lei 12.015/2009) na forma do art. 71, todos do Código Penal, à pena de 12 anos de reclusão porque, no período de agosto de 2004 a junho de 2005, constrangeu a vítima, à época com 12 anos de idade, à prática de conjunção carnal.

Oportuno ressaltar que, consoante declarações prestadas pela vítima (fl. 70), o réu nunca usou de violência ou grave ameaça para a prática do ato, tendo, ainda, ela afirmado: "gostava dele, eu quis e fiz" (fl. 124).

Sublinho, também, que se extrai dos documentos acostados aos autos que a vítima vivia em situação de penúria, em meio à ausência de higiene, alimentação e vestuário, pois sua mãe, que trabalhava o dia inteiro na lavoura, não tinha condições de sustentar, sozinha, quatro filhas, as quais eram amparadas por projetos sociais da comunidade e eram, frequentemente, vistas em bares no período noturno, pedindo por comida e dinheiro (fls. 34 e 38-41).

Pois bem. Conforme certidões acostadas às fls. 23 e 24 e Declaração de Nascido Vivo, de fl. 25, réu e vítima registraram a conversão de união estável em casamento em 13-3-2007, bem como já possuem dois filhos, nascidos em 23-1-2008 e 25-8-2009.

Deste modo, nos termos do art. 107, VII, do Código Penal, na redação anterior à Lei 11.106/2005, que previa, como causa de extinção da punibilidade, nos crimes contra os costumes definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código Penal, o casamento do agente com a vítima, é de ser acolhida a pretensão veiculada neste *writ*.

Embora tenha a Lei 11.106/2005 revogado a referida causa extintiva, verifica-se que, mesmo que opressor e vítima tenham contraído casamento somente em 13-3-2007, os fatos foram praticados quando ainda em vigor a norma que previa tal causa de extinção da punibilidade, razão pela qual deve-se reconhecer sua ultra-atividade, em observância ao previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Nesse sentido, transcrevo a ementa do HC 90.140/GO, Rel. Min. Celso de Mello:

> "*Habeas corpus*" – *Crime contra os costumes – Delito de estupro presumido – Casamento do agente com a vítima – Fato delituoso que ocorreu em*

momento anterior ao da revogação, pela Lei 11.106/2005, do inciso VII do art. 107 do Código Penal, que definia o "*subsequens matrimonium*" *como causa extintiva de punibilidade –* "*Novatio legis in pejus*" *– Impossibilidade constitucional de aplicar, ao caso, esse novo diploma legislativo (*"*lex gravior*") *– Ultratividade, na espécie, da* "*lex mitior*" *(CP, art. 107, VII, na redação anterior ao advento da Lei 11.106/2005) – Necessária aplicabilidade da norma penal benéfica (que possui força normativa residual) ao fato delituoso cometido no período de vigência temporal da lei revogada – Eficácia ultrativa da* "*lex mitior*"*, por efeito do que impõe o art. 5º, inciso XL, da Constituição (RTJ 140/514 – RTJ 151/525 – RTJ 186/252, v.g.) – Incidência, na espécie, da causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107, inciso VII, do Código Penal, na redação anterior à edição da Lei 11.106/2005 (*"*lex gravior*") *–* "*Habeas corpus*" *deferido. –* O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade sobre fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da "*lex gravior*". A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso – deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. – A derrogação do inciso VII do art. 107 do Código Penal não tem – nem pode ter – o efeito de prejudicar, em tema de extinção da punibilidade, aqueles a quem se atribuiu a prática de crime cometido no período abrangido pela norma penal benéfica. A cláusula de extinção da punibilidade, por afetar a pretensão punitiva do Estado, qualifica-se como norma penal de caráter material, aplicando-se, em consequência, quando mais favorável, aos delitos cometidos sob o domínio de sua vigência temporal, ainda que já tenha sido revogada pela superveniente edição de uma "lex gravior", a Lei 11.106/2005, no caso.

Anoto, também, que diante do quadro de miséria e desamparo em que vive a vítima, a qual agora já possui dois filhos, manter o réu encarcerado nenhum benefício poderá trazer à vítima e à sociedade, pelo contrário, com dois filhos para sustentar, a assistência do réu à vítima e a seus filhos é fundamental neste momento. Nesse contexto, cabe invocar a garantia prevista no art. 226 da Carta Magna, que assegura à família, base da sociedade, especial proteção do Estado.

Ante o exposto, não conheço da impetração. Entretanto, patente a coação ilegal, concedo a ordem de ofício para decretar extinta a punibilidade do agente e determinar seja expedido contramandado de prisão em seu favor ou, caso esta já tenha sido efetuada, o competente alvará de soltura clausulado.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas peço vênia a Vossa Excelência para, tendo em conta essa motivação também calcada no amor, assentar o prejuízo do *habeas* aqui impetrado, porque concedemos, de ofício, considerada matéria que não chegou a ser apreciada no Superior Tribunal de Justiça.

Como a concessão obstaculiza o exame da impetração, presentes as causas da pedir da inicial, concluo estar ela prejudicada.

EXTRATO DA ATA

HC 100.882/SP — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Luiz Fernando de Oliveira ou Luiz Fernando de Oliveira Santos. Impetrante: Helen Cristina da Silva Izidoro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu do pedido de *habeas corpus*, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o julgava prejudicado. Por unanimidade, concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 25 de maio de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 101.455 — RS

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Alexandre Machado Sanson — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do Recurso Especial 1111890 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus.* Constitucional. Violação ao princípio da ampla defesa. Inobservância de prazo razoável entre a citação e o interrogatório do réu. Nulidade inexistente. Ordem denegada.**

1 – Não existe violação ao princípio da ampla defesa em razão da realização de interrogatório do réu antes do prazo de 48 horas, contado da citação, que o Tribunal *a quo* reputou necessário à elaboração de estratégia de defesa pelo réu. Precedente. (HC 69.350/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 26-3-1993.)

2 – Assegurado ao paciente o direito à entrevista prévia e reservada com seu advogado (CPP, art. 185, § 2º) e não tendo havido qualquer manifestação de inconformismo visando à redesignação do ato pela defesa, consumou-se preclusão sobre o tema (CPP, art. 571, inciso II). Precedente.

3 – Ausência, ademais, de demonstração de prejuízo à defesa decorrente da realização do interrogatório, no qual o réu negou a autoria do fato, o que enseja o não reconhecimento da invocada nulidade (CPP, art. 563).

4 – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus* e revogar a medida liminar anteriormente deferida.

Brasília, 31 de agosto de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Alexandre Machado Sanson, apontando como autoridade coatora o Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, do Superior Tribunal de Justiça, que, monocraticamente, proveu o REsp 1.111.890/RS, interposto àquela Corte pelo *Parquet*.

Sustenta a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista que, embora tenha sido assegurado a ele o interrogatório, "não lhe foi assegurado os meios (tempo razoável a que se permita entrevistar com seu defensor) para que pudesse traçar uma estratégia de defesa que lhe permitisse tirar o máximo proveito de seu interrogatório, ato processual que jamais deixou de ser um importante momento onde se plasmam a autodefesa e a defesa técnica" (fl. 5).

Afirma, ainda, que "a necessidade de urgência a fim de resguardar a celeridade esvaziou a garantia de efetivo acesso à justiça, considerando esta no respeito ao momento processual e ao tempo despendido na elaboração de defesa dentro das regras democráticas" (fl. 5).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para anular a decisão do Superior Tribunal de Justiça e restabelecer o "acórdão do TJ/RS para que seja anulado o interrogatório sem respeito a prazos mínimos para elaboração de defesa e entrevista com o defensor" (fl. 6). No mérito, pede a confirmação da liminar requerida.

Em 18-11-2009, concedi a medida liminar postulada, em menor extensão, apenas para suspender o julgamento da Apelação Criminal 700244907402008 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, até o julgamento do mérito desta impetração.

As informações do Tribunal estadual foram prestadas às fls. 103/115.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**, opinou pela denegação da ordem (fls. 120 a 122).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Narra a impetrante, na inicial, que:

> *Alexandre Machado Sanson* foi condenado nas sanções do art. 155, parágrafo 4º, I e II do CP, resultando em pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, além de 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente a época do fato.
>
> Irresignada, a defesa interpôs apelação, arguindo entre outros argumentos, **a ofensa à ampla defesa em virtude de o interrogatório do acusado ter se dado no mesmo dia da entrevista com seu defensor público**.
>
> A Quinta Câmara Criminal, à unanimidade, deu provimento, para anular o interrogatório e determinar a renovação do ato com a realização de debates e julgamento, com observância às garantias constitucionais do processo.
>
> (...)
>
> Entretanto dando provimento a Recurso Especial interposto pelo MP/RS, o STJ em entendimento divergente do esposado pelo Tribunal gaúcho, se posicionou no sentido de que não haveria que se falar em nulidade haja vista que não há previsão legal que obrigue o Juiz a respeitar prazo razoável para que o interrogado se

entreviste com seu defensor, para ao fim e ao cabo obter tempo de preparação para sua defesa técnica.
(Fls. 3/4 – Grifos no original.)

Alega a impetrante, neste *writ*, que, embora tenha sido assegurado ao paciente o direito ao interrogatório, não lhe teriam sido assegurados os meios (tempo razoável que lhe permitisse entrevistar-se reservadamente com seu defensor) para que pudesse traçar uma estratégia de defesa que lhe permitisse tirar o máximo proveito daquele ato processual, "onde se plasmam a autodefesa e a defesa técnica" (fl. 5).

A Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, apreciando recurso de apelação interposto pela defesa, deu a ele provimento para anular o processo a partir do interrogatório, sob fundamento assim ementado:

Furto. Interrogatório. Citação. A ausência de prazo mínimo razoável entre a citação e o interrogatório, indispensável ao efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, gera nulidade do ato. Nulidade do interrogatório decretada. *Nulidade decretada*.
(Ap. Crime 70024490740, Rel. Desª. **Genacéia da Silva Alberton**, *DJ* de 1-10-2008.)

O Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, monocraticamente, proveu o REsp 1.111.890/RS, em decisão do seguinte teor:

1. Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça daquele Estado, que anulou o feito, de ofício, desde a audiência de interrogatório.

2. Sustenta o recorrente, a par de divergência jurisprudencial, contrariedade ao art. 563 do CPP.

3. Contrarrazões às fls. 225/231; Recurso Especial admitido no Tribunal de origem (fls. 233/234).

4. Opina o ilustre Subprocurador-Geral de Justiça *Juarez Tavares* pelo conhecimento e desprovimento do apelo excepcional (fls. 240/247).

5. Decidiu o Tribunal sul-rio-grandense:

Inicialmente, cumpre destacar que o réu Alexandre Machado Sanson foi citado no dia 14 de fevereiro de 2007 (fl. 93v.) e interrogado no dia 15 de fevereiro de 2007. Portanto, não teve tempo razoável para preparar sua defesa, razão pela qual deve ser reconhecido o vício do interrogatório.

(...)

Acrescente, ainda, que mesmo não havendo previsão legal acerca da necessidade de prazo entre citação e interrogatório, isso decorre de uma reflexão acerca das garantias da ampla defesa processual, nela se incluindo o direito a prazo razoável para o exercício de um ato de defesa (fls. 202v./205).

6. Tal entendimento, contudo, mostra-se em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior. Confira-se, por todos, o seguinte julgado:

"Habeas corpus. Atentado violento ao pudor qualificado em continuidade delitiva (art. 214 c/c os arts. 223, 224, a, e 71, todos do CPB). Vítima de tenra idade (8 anos) que contraiu doença sexualmente transmissível. Pena-total: 13 anos e 4 meses de reclusão. Regime integralmente fechado. Inexistência de nulidade da citação feita no dia do interrogatório. Réu preso. Paciente acompanhado de advogados constituídos desde o momento da prisão, que foram pessoalmente intimados da data do interrogatório e presenciaram o ato. Ausência de demonstração de prejuízo. Questão sequer suscitada anteriormente no processo. Inexistência de inépcia da denúncia. Ausência de efeito suspensivo dos recursos raros. Lei 8.038/90. Súmula 267/STJ. Execução provisória da pena. Possibilidade. Pena-base acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ausência de lesão grave. Afastamento da qualificadora prevista no art. 223 do CPB. Ordem parcialmente concedida, para excluir a qualificadora, somente.

1. Não há que se falar em nulidade por ter sido a citação e o interrogatório feitos no mesmo dia; primeiro, porque não há previsão legal de prazo entre os atos e o paciente declarou, na oportunidade, estar ciente de todas as acusações contra a sua pessoa; segundo, porque, *in casu*, não se demonstrou ou sequer se alegou qual o prejuízo sofrido. Vê-se que em todos os atos, desde a sua prisão, o paciente foi assistido por Advogados contratados, que não aventaram qualquer nulidade anteriormente. Como cediço, no âmbito do processo penal, em homenagem ao princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP e pela jurisprudência na Súmula 523/STF, não deve ser declarada a nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega.

(...)

10. Concede-se parcialmente a ordem, exclusivamente para afastar a forma qualificada do delito e refazer a dosimetria da pena, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário."

(HC 99.657/AC, de minha relatoria, *DJE* de 17-11-2008.)

7. Isso posto, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC c/c art. 3º do CPP, dá-se provimento ao Recurso Especial, para, baixando os autos ao Tribunal de origem e superado o óbice apontado, prossiga o TJRS no exame do apelo manejado.

(Fls. 81 a 83.)

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste *writ*.

Inicialmente, cumpre destacar, conforme consignado no acórdão do TJRS, que o paciente Alexandre Machado Sanson foi citado no dia 14 de fevereiro de 2007 e interrogado no dia 15 de fevereiro de 2007 (fl. 111v.).

A despeito da conclusão a que chegou a Quinta Câmara Criminal daquele Tribunal Estadual, não vislumbro, no caso, necessidade de anulação do processo em razão da inobservância de antecedência mínima de prazo de 5 dias para o interrogatório (tido como razoável a partir da aplicação analógica do "que se exige no processo civil e no procedimento administrativo em sede de execução penal (art. 23, inc. I, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul)" ou do prazo mais exíguo de 48 horas ("que a Câmara tem entendido como razoável" – fl. 61).

Não estabelece o ordenamento processual penal prazo mínimo entre a data de citação do réu e de seu comparecimento a juízo para interrogatório. De outro lado, ainda que aplicável ao processo penal, por analogia, o regramento específico previsto na legislação processual civil (cf. o art. 3º do CPP), seria o caso de se observar, quando muito, a regra do art. 192 do Código de Processo Civil, que estabelece, *verbis*: "Art. 192. Quando a lei não marcar outro prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 (vinte e quatro) horas", prazo esse que não consta haver sido negligenciado.

Observo, ainda, como bem destacado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**, em seu parecer (fls. 120 a 122), este Supremo Tribunal já decidiu que "o réu preso, que foi citado pessoalmente por mandado, pode ser requisitado para interrogatório judicial no mesmo dia em que promovida a *in jus vocatio*" (HC 69.350/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 26-3-1993).

Tampouco, demonstrou-se que não houvesse tido o paciente tempo razoável para preparar sua autodefesa (cujo teor sequer foi dado conhecer nesta impetração, embora, pelo que se dessume do relatório constante da sentença – fl. 54, tenha negado a imputação que lhe foi dirigida), e que, em razão desse fato, algum prejuízo tivesse concretamente se verificado à sua defesa técnica.

Note-se, ademais, que a presença do defensor ao interrogatório é indispensável, inclusive com garantia ao réu do direito de entrevista prévia e reservada com o seu advogado (CPP, art. 185, § 2º), não havendo, *in casu*, alegação de que esse direito não houvesse sido garantido ao paciente, e, igualmente, prova alguma de que houvesse a defesa solicitado a redesignação do ato ou manifestado qualquer inconformismo contra sua realização dentro do prazo assinado.

Como estabelece o art. 563 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Lembra Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal Comentado*, 9. ed., São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 906), que "no cenário das nulidades, atua o princípio geral de que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais."

Como é cediço, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade por mera presunção. Nesse sentido, diversos os precedentes deste Supremo Tribunal (HC 97.062/PE, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJE* de 24-4-2009; e HC 85.017/MG, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJE* de 3-8-2007).

Esta Suprema Corte igualmente assentou o entendimento no sentido de que "a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta" (HC 85.155/SP, de relatoria da Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 15-4-2005).

A respeito, cito igualmente as palavras da eminente Ministra **Cármen Lúcia** no HC 97.033/SP desta Primeira Turma, *DJ* de 22-5-2009:

> Contudo, apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de "prova impossível" – HC 84.835, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 26-8-2005; e HC 85.443, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 13-5-2005, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta (Código de Processo Penal, arts. 563 e 566; **HC** 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12-4-2002; e 74.671, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 11-4-1997) quanto a de nulidade relativa (**HC** 88.755, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 15-12-2006; 74.356, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 25-4-1997; 73.099, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 17-5-1996).

Por outro lado, se de nulidade se pudesse cogitar, observo, também, que se trataria de vício da instrução, que, por força do art. 571, inciso II, do CPP, deveria ser suscitado no prazo das alegações finais, o que não ocorreu. Nesse sentido: HC 91.292/PR, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJE* de 24-8-2007.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego a ordem**, *revogando a medida liminar* anteriormente deferida, com as comunicações de estilo.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, há peculiaridades no caso. O acusado foi citado quando se encontrava sob a custódia do Estado, e a corte de origem, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acabou concluindo pela existência do vício no interrogatório, no que – imagino – não teria o profissional da advocacia mantido contato, antes desse mesmo interrogatório, com o acusado. Creio que essa decisão, pelo menos, colocou-se no campo da razoabilidade, tendo em conta que o Código de Processo Penal assegura o contato referido. Não cabia ao Superior Tribunal de Justiça conhecer do especial, fazendo-o por infringência à lei.

Por isso, peço vênia ao Relator para conceder a ordem, restabelecendo o que decidido pelo Tribunal de Justiça.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Eu só gostaria de destacar que o paciente foi defendido pela defensoria pública estadual e, nas alegações finais, pugnou pela absolvição por ausência de prova. Em nenhum momento, nas alegações finais, houve qualquer comprovação de prejuízo para o paciente – aqui paciente, réu naquela ação – da citação ocorrida nesse prazo de 24 horas anterior ao interrogatório.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o prejuízo, para mim, está certificado na condenação imposta ao paciente.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Reiterando essa circunstância da preclusão, mantenho a minha proposta de solução.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Eu vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio, acompanho o Relator. Também já votei nesse mesmo sentido, assentando que houve preclusão. E até votei num caso em que o interregno entre o interrogatório foi menor ainda do que esse que consta dos autos.

EXTRATO DA ATA

HC 101.455/RS — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Alexandre Machado Sanson. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Relator do Recurso Especial 1111890 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus* e revogou a medida liminar anteriormente deferida, vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 31 de agosto de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 102.020 — PB

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Elinaldo Vicente Ferreira — Impetrante: Rafael Pereira de Albuquerque — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Policial militar. Homicídio duplamente qualificado. Sentença condenatória. Trânsito em julgado. Paciente recolhido em presídio comum. Alegação de risco à integridade física. Improcedência. Constrangimento ilegal. Inexistência. Ordem denegada.

I – A superveniência do trânsito em julgado da condenação faz cessar o direito de policial militar ser recolhido em prisão especial, nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal.

II – Não logrou o impetrante demonstrar a existência de risco à incolumidade física do paciente, uma vez que o juízo da execução determinou seu recolhimento em cela separada dos demais presos.

III – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de novembro 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 Rafael Pereira de Albuquerque em favor de *Elinaldo Vicente Ferreira,* contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada no HC 109.978/PB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

O postulante assim resume sua impetração:

> O Superior Tribunal de Justiça denegou o *habeas corpus* HC 109978 (sic), em que foi requerido o direito de o ex-policial militar cumprir pena em local distinto de quem cometeu crime contra o patrimônio, tendo em vista que a natural aversão, em virtude de ambas as atividades, coloca o paciente em situação de risco à incolumidade física e moral.

> O órgão impetrado entendeu que o fato de o paciente ter sido colocado em uma cela em apartado afasta hipótese de risco a integridade do paciente. Ocorre que, apesar da cela separada, não está havendo segregação propriamente dita, pois o paciente continua junto aos demais apenados, durante o período diurno, quando todas as celas são abertas.
> (Fl. 2.)

Requer, ao final, a concessão da ordem em caráter liminar "a fim de que o paciente seja alocado em uma cela em que exista a efetiva segregação aos demais presos" (fl. 2).

Em 16-12-2009, indeferi a liminar, solicitei informações e determinei que, na sequência, fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fl. 12).

As informações foram prestadas pelo Superior Tribunal de Justiça mediante o ofício de fl. 29.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pelo indeferimento da ordem (fls. 37-39).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão ora questionado possui a seguinte ementa:

> *Execução penal. Habeas corpus. Homicídio duplamente qualificado. Ex-policial militar. Cumprimento de pena em estabelecimento prisional comum. Sentença transitada em julgado. Art. 295 do CPP. Possibilidade. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.*
>
> 1. Nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal, o direito de policial militar ser recolhido a prisão especial não se estende aos condenados com sentença transitada em julgado.
>
> 2. Não há falar em constrangimento ilegal se evidenciado que o Juízo da Execução tomou as medidas necessárias para afastar a situação de perigo, colocando o paciente em cela separada dos demais presos.
>
> *3. Ordem denegada.*
>
> (Fl. 33.)

Conforme relatado, o impetrante postula, em síntese, a alocação do paciente, ex-policial militar, em cela na qual exista segregação efetiva dos demais presos, sob o fundamento de existência de risco à sua integridade física e moral.

Entendo que não assiste razão ao impetrante, todavia.

Isso porque, conforme se extrai do acórdão atacado, a sentença que condenou o paciente à pena de 28 anos de reclusão, pela prática do crime de homicídio duplamente qualificado, transitou em julgado em 20-4-2006.

Assim dispõe o art. 295 do Código de Processo Penal:

> Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:
> (...)
> V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Desse modo, com a superveniência do trânsito em julgado da condenação, não há falar em direito a recolhimento do preso em prisão especial, nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal.

Ademais, consoante assinalado pelo Tribunal estadual, o juízo da execução diligenciou no sentido de colocar o paciente em cela separada dos demais apenados, na parte superior do presídio onde se encontra recolhido, de modo que tenho como inexistente situação de constrangimento ilegal.

Esse foi o entendimento adotado pelo STJ, que asseverou:

> (...) observa-se que o Juízo da Execução tomou as medidas necessárias para afastar a situação de perigo, colocando o paciente em cela separada dos demais presos. Mostram-se, portanto, inviáveis os fundamentos expostos no presente *writ*, haja vista que os impetrantes não trouxeram aos autos nenhum fato concreto que evidencie a ineficácia da medida adotada pelo Juízo singular.
> (Fl. 32.)

Ante o exposto, denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 102.020/PB — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Elinaldo Vicente Ferreira. Impetrante: Rafael Pereira de Albuquerque. Coator: Superior Tribunal de Justiça

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 23 de novembro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 102.819 — DF

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: Pedro Marcos Dias — Impetrante: Arggeu Breda Pessoa de Mello — Coator: Relator do Inq 650 do Superior Tribunal de Justiça

Ação controlada – Ambivalência – Administração pública. A denominada ação controlada surge ambivalente, não devendo ser glosada em se tratando do dia a dia da administração pública, em que os desvios de conduta são escamoteados.

Inquérito – Publicidade. Norteia a administração pública – gênero – o princípio da publicidade no que deságua na busca da eficiência, ante o acompanhamento pela sociedade. Estando em jogo valores, há de ser observado o coletivo em detrimento, até mesmo, do individual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Adoto a título de relatório as informações prestadas pela assessoria:

> Na decisão que implicou o indeferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida (fls. 85 a 88):
>
> **Inquérito – Diligências – Sigilo afastado – Publicidade – *Habeas corpus* – Liminar – Indeferimento.**
>
> 1. A assessoria assim resumiu as balizas desta impetração:
>
> O impetrante aponta como autoridade coatora o Ministro Relator do Inquérito 650/DF, em curso no Superior Tribunal de Justiça, que teria autorizado "a preparação de atos para a realização de flagrante delito, a preparação de atos policialescos para a prática de fato criminoso", com a participação do Ministério Público Federal e de Delegado da Polícia Federal, consoante "Autos Apartados (sigiloso) – Apenso 3".
>
> Diz que, mediante "ação controlada", haver-se-iam cometido ilícitos em detrimento do paciente e da persecução criminal, pois a autoridade coatora teria autorizado "a preparação para a ocorrência de crime, para que um terceiro viesse a praticar flagrante delito ou cometer um crime na fase inquisitorial". Acentua que, "ao montar ações controladas", o aparelho do Estado, o membro do Ministério Público Federal e a autoridade policial

atuam com irresponsabilidade ao preparar "um agente do crime, o Sr. Durval Barbosa Rodrigues", para gravar, filmar e ouvir conversações nas dependências do gabinete por ele ocupado, com aparelhos colocados em vestimentas, a fim de que terceiros viessem a cometer crime e fossem apanhados em flagrante delito.

Observa que os "Autos Apartados (sigiloso) – Apenso 3", denominados de "ação controlada", vêm sendo divulgados pela internet, permitindo o acesso de terceiros aos atos praticados no curso da investigação, evidenciando-se o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente. Ressalta haver o Ministério Público Federal, ao requerer a abertura do inquérito, encaminhado termo de declaração firmado por Durval Barbosa, além de documentação e trinta fitas de vídeo apreendidas em cumprimento de ordem judicial, relacionadas à "prestação de contas da Campanha de Transição do Governo José Roberto Arruda". Com a referida peça também teria sido remetido o relatório parcial elaborado pela autoridade policial, no qual está expresso que "Durval narra a ocorrência de diversos fatos criminosos: uns tratando-se de situações pretéritas; outros de situações que ainda estariam ocorrendo, sob o comando do Governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda".

Anota que os advogados pediram vista e cópias dos autos, sendo o pleito deferido nos termos do Verbete Vinculante 14 da Súmula do Supremo. Após, prossegue, o Ministério Público Federal requereu a suspensão do sigilo, preconizando que as cópias fossem fornecidas aos advogados mediante certidão. A partir de então, pôde ser verificado que a autoridade policial, ao formular o pedido de autorização para "ação controlada", objetivava investigar a existência de "quadrilha", "organização criminosa", e o deferimento da pretensão viria a assegurar "a integridade física do agente do crime *Durval*, o qual atuará sobre o controle do Estado", estando igualmente expresso que, "embora Durval já tenha apresentado vídeos feitos por ele sobre encontros e supostos pagamentos, pretende a Polícia Federal instalar equipamentos de captação ambiental de vídeo e/ou áudio no local do trabalho de *Durval*, a fim de registrar as situações que forem comunicadas pelo investigado colaborador".

A autoridade apontada como coatora teria autorizado a medida pelo prazo de quinze dias, levando em conta o disposto no art. 2º, inciso IV, da Lei 9.034/1995. Posteriormente, a autoridade policial comunicou que, "embora instalado o equipamento, não houve comunicação por parte do investigado no período indicado (4 a 8 de outubro) a respeito da situação que se pretendia acompanhar" e que Durval teria demonstrado reticência com a ação determinada pelo Juiz, "tendo desligado o equipamento ali instalado", adotando comportamento de procurar pessoas estranhas à investigação para repassar material que teria a ele sido encaminhado". Por isso, a autoridade policial requereu a suspensão da medida de captação ambiental e consequente retirada do equipamento, "pois já foi inclusive desligado por *Durval*".

Acrescenta que, nos autos da "ação controlada", constou a afirmação de *Durval* quanto ao recebimento de R$ 178.000,00 repassados por representantes da empresa *Infoeducacional*, cédulas que a Polícia Federal pretendia proceder à marcação e à conferência do valor. A origem do dinheiro não teria sido esclarecida, se proveniente de crime ou da empresa. Em razão desse fato, para obter a prova pretendida, a autoridade policial requereu "autorização

para instalação de equipamentos nas vestimentas/acessórios portados pelo investigado *Durval Barbosa*, possibilitando a captação ambiental em vídeo e/ou áudio do encontro entre *Durval Barbosa Rodrigues* e *José Roberto Arruda*", objetivando permitir acompanhar o destino do dinheiro que estava na posse do investigado Durval. A autoridade coatora deferiu o pedido apenas por um dia – 21 de outubro de 2009. Sem que se elucidasse a origem ou procedência do dinheiro, um dos agentes do crime – Durval – fez a entrega de uma "mala" contendo, segundo a certidão da Polícia Federal, "provavelmente, a quantia de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), com as descrições dos mencionados pacotes como sendo de empresas, sem o detalhamento de qual tipo de contraprestação de serviços". Ato contínuo, foram removidos os equipamentos instalados na sala de Durval Barbosa Rodrigues. Somente após a ocorrência desse fato, a autoridade policial pôde dizer da prática dos crimes previstos nos arts. 288, 316, 317 e 333 do Código Penal, para então requerer a expedição de mandados de busca e apreensão na residência e nos gabinetes das mais diversas autoridades, entre elas a do paciente. Salienta ter havido preparação para o cometimento de crime.

Assevera, por isso, a ilegalidade dos atos praticados em virtude da "ação controlada", pois a medida foi tomada sem que houvesse fato criminoso determinado. Ao contrário, a autoridade coatora veio a praticar ato autorizativo em favor da Polícia para que, em comum acordo com um dos agentes do crime, Durval Barbosa, pudesse promover as gravações de vídeo ou a chamada "captação ambiental de vídeo e/ou áudio", usando o próprio corpo do agente do crime para produzir provas das alegações lançadas nos termos de declarações. Em face desses indícios, o paciente se vê submetido a investigação policial, instruída com gravações em vídeos cuja autenticidade estaria a depender da análise do Instituto Nacional de Criminalística. Ademais, conquanto o pedido de "ação controlada" se refira a "organização criminosa", a Lei 9.034/1995, que prevê a adoção da mencionada medida, não define o que seja "organização criminosa" e não pode ser confundida com a alusão contida na lei de repressão ao tráfico ilícito de drogas. Na legislação penal brasileira, não há o tipo penal "organização criminosa". Ressalta, por isso, estar comprometido o princípio da imparcialidade e, consequentemente, o do devido processo legal.

Pede a concessão de liminar, para 1) sustar o andamento dos "autos apartados (sigiloso) – apenso 3", denominados de "ação controlada", até o julgamento final da impetração, com o objetivo de assegurar "a desvinculação do juiz, não da colheita de provas, mas da investigação criminal", e para resguardar a condição de "terceiro imparcial"; 2) determinar que os referidos autos apartados sejam mantidos em sigilo e recomendar que a provedora http://www.ig.com.br retire do sítio a cópia dos autos da mencionada página, até que se conclua o inquérito e a eventual ação penal, na pessoa do Chefe Administrador, no endereço *IG-Internet group* do *Brasil LTDA*. No mérito, pleiteia a cassação dos atos coatores, determinando-se o arquivamento dos "Autos Apartados (sigiloso) – apenso 3", denominados "ação controlada".

(...)

Brasília – residência –, 26 de fevereiro de 2010, às 10h45.

No parecer de fls. 112 a 116, a Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do *habeas* e, se conhecido, pelo indeferimento da ordem.

Assevera a inadequação da via eleita, pois a impetração não se volta contra ato relacionado à liberdade de locomoção do paciente, não preenchendo os requisitos do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Afirma que as questões trazidas demandam ampla análise e revolvimento do acervo fático-probatório e que deverão ser verificadas em sede própria da instrução criminal, momento adequado para a produção de provas.

Sustenta, ainda, carecerem de fundamento as alegações no sentido de que a finalidade da ação controlada consistiu em preparação de flagrante de crime a ser praticado por terceiro, mediante o auxílio do investigado Durval Barbosa. Diz que a medida – instalação de equipamentos de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos no gabinete de Durval Rodrigues – era imprescindível, haja vista a existência de sérios indícios quanto à ocorrência de delitos. Aponta ter sido esse o único meio disponível para a coleta da prova, preservando-se a continuidade e o êxito das investigações.

Alfim, entende não se poder cogitar de manutenção do sigilo dos "Autos Apartados – Apenso 3", denominado de "ação controlada", pois a decretação e a vigência da medida abrangeram o período considerado indispensável para a realização das diligências. Ressalta que a publicidade dos fatos trouxe à tona a gravidade dos elementos sob investigação relacionados com o esquema de desvio de verbas públicas no âmbito do Governo do Distrito Federal.

Lancei visto no processo em 30 de março de 2011, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 5 de abril seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Improcede a articulação do Ministério Público quanto à óptica segundo a qual se mostra inadequada a medida intentada. O *habeas* é meio próprio a preservar, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção. A não ser assim, mitigar-se-á a envergadura maior dessa ação constitucional, jungindo-a a situações concretas em que já assentada a perda da liberdade de ir e vir. Mais do que isso, estará a impetração fora do alcance da garantia constitucional de acesso ao Judiciário para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito. Daí dizer-se que o *habeas corpus* é cabível mesmo que o direito de locomoção fique ameaçado de modo indireto, como no caso de inquérito que pode resultar em ação penal e esta, por sua vez, em condenação à pena privativa de liberdade.

No mérito, reitero o que tive a oportunidade de consignar ao indeferir a medida acauteladora:

2. O termo "ação controlada" mostra-se ambivalente. Depreende-se do contexto que esta ocorreu visando a elucidar fatos que poderiam consubstanciar tipo penal. É sempre difícil esclarecer-se procedimentos que discrepam do dia a dia da boa administração pública. Na maioria das vezes, são escamoteados e, surgindo

elementos capazes de levarem à elucidação, deve-se acioná-los, procedendo-se em prol da coisa pública.

Sob o ângulo do sigilo, notem a tônica dos atos investigativos e judiciais. Tem-se o interesse na prática à luz do dia, na prática que viabilize o acompanhamento da sociedade. Daí constituir princípio básico da administração pública a publicidade no que deságua na busca da eficiência – art. 37 da Constituição Federal. Sopesem valores, observando-se que o coletivo sobrepõe-se ao individual.

Indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhora Presidente, eu também. Esse aqui está pouca coisa mais complexo. Há também uma preliminar de inadequação do *habeas corpus* para esse fim, porque, na realidade, o que a parte pretende, por via reflexa, é nulificar a prova que foi colhida através de interceptação ambiental, por meio de uma ação controlada.

No campo do direito penal, nós estamos sempre sob a óptica da legalidade, e a Lei 9.034, de 1995, no art. 2º, incisos II e IV, permite essa captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

E foi o que houve. E, na verdade, a nulificação dessa prova nulificaria completamente um inquérito que veio exatamente em proveito da moralidade administrativa e do bem público, como destacou o Ministro Marco Aurélio.

De sorte que eu o acompanho na denegação da ordem, não é? Aqui Vossa Excelência denega.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Estou indeferindo.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Porque primeiro nós extinguimos sem mérito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É a célebre questão, considerado flagrante preparado e flagrante esperado. Entendo que, no caso, a operação controlada mostrou-se legítima. Por isso estou indeferindo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu também, Senhora Presidente, entendo que essa nova lei, não é tão nova assim, mas a Lei 9.034 disponibiliza o Judiciário e o Ministério Público, enfim, aos órgãos de segurança novos meios de investigação consentâneos com a evolução da criminalidade moderna.

Acompanho integralmente o Relator para assentar a legalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Foi o encontro, ao que tudo indica, para subornar testemunhas. E, de alguma forma, o encontro entre os interlocutores vazou, e então a polícia acompanhou o acontecimento e chegou ao flagrante.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Eu também acompanho o Relator, não vislumbrando qualquer ilegalidade ou constrangimento no uso dos instrumentos que a lei permite.

Razão pela qual eu acompanho o Relator, às inteiras.

EXTRATO DA ATA

HC 102.819/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Pedro Marcos Dias. Impetrante: Arggeu Breda Pessoa de Mello. Coator: Relator do Inq 650 do 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 103.706 — SP

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Lucas Antonio da Silva Bandeira — Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processual penal. *Habeas corpus*. Suspensão condicional do processo. Alegação de ofensa ao trânsito em julgado. Acórdão do Superior Tribunal Justiça anterior à decisão ora questionada. Inexistência. Possibilidade de revogação do benefício após o término do período de prova. Precedentes do STF. Ordem denegada.

I – Afastada, preliminarmente, a alegação de que a decisão ora atacada afrontou o trânsito em julgado de acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que teria julgado a mesma questão em momento anterior.

II – Não há informações, nos autos, sobre a existência de outro recurso julgado pelo STJ sobre a questão tratada neste *writ*, a não ser o recurso especial ora questionado, não tendo a impetrante se desincumbido do seu ônus probatório.

III – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período.

IV – Sobrevindo o descumprimento das condições impostas durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz.

V – *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido 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 medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de *Lucas Antonio da Silva Bandeira*, contra decisão do Ministro

Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE), Relator do REsp 1.168.499/SP do Superior Tribunal de Justiça, que, monocraticamente, deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público paulista.

A impetrante narra, em suma, que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 342, § 1º, do Código Penal, sendo-lhe concedida a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995.

Aduz, mais, que, ao término do período de prova sem a revogação do benefício, foi declarada a extinção da punibilidade do denunciado.

Inconformado, o *Parquet* bandeirante interpôs recurso em sentido estrito na Corte local, que o desproveu. Na sequência, manejou recurso especial, que, segundo a impetrante, teve o seguimento negado pela Quinta Turma do STJ.

Prossegue, informando que, "por entender que não houve intimação pessoal do Defensor Público, o Presidente da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realizou um novo juízo de admissibilidade do Recurso Especial, admitindo o mesmo e remetendo-o ao Superior Tribunal de Justiça para novo julgamento" (fl. 4).

Diz, ainda, que, ao examinar novamente o recurso, a Sexta Turma do Superior Tribunal deu-lhe provimento para revogar o benefício da suspensão condicional do processo e determinar o prosseguimento da ação penal.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurge a impetrante.

Sustenta, em síntese, a violação do trânsito em julgado da decisão proferida pela Quinta Turma do STJ, além da afronta à jurisprudência dominante desta Suprema Corte.

Argumenta, para tanto, que a falta de intimação do defensor público não é fundamento suficiente para a realização de um novo juízo de admissibilidade do recurso especial, uma vez que não houve impugnação da defesa ou da acusação nesse sentido, o que violaria o princípio da inércia.

Assevera, também, a afronta ao princípio do juiz natural, posto que o novo recurso deveria ter sido distribuído, por prevenção, para a Quinta Turma, de modo a impedir a existência de decisões conflitantes sobre o mesmo caso.

Alega, outrossim, a violação do devido processo legal, em virtude da atuação de ofício do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como à coisa julgada formal e material, "eis que já havia sido certificado o trânsito em julgado da decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (certidão em anexo), sem que houvesse nenhuma impugnação da decisão colegiada" (fl. 5).

Menciona, ademais, em abono aos argumentos expendidos, precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, ao final, liminarmente, a suspensão da decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça e, no mérito, a cassação daquele julgado.

Em 30-4-2010, indeferi o pedido de medida liminar, solicitei informações ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo, bem como determinei, na sequência, fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 110-111).

O TJSP prestou os esclarecimentos de fls. 134-137 e encaminhou os documentos de fls. 138-370.

O Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJCE), do STJ, por sua vez, prestou as informações de fl. 376 e remeteu os documentos de fls. 377-390.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 392-395).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

A impetrante sustenta, em síntese, que a decisão ora questionada afrontou o trânsito em julgado de uma decisão da Quinta Turma do STJ, proferida em um recurso ajuizado pelo Ministério Público estadual, que tratava da mesma questão.

Argumenta, ainda, não ser possível a revogação do benefício da suspensão condicional do processo depois de ultrapassado o período de prova a que se submete o acusado.

Não tem razão, contudo.

Afasto, preliminarmente, a alegação de que a decisão ora atacada, proferida no REsp 1.168.499/SP, afrontou o trânsito em julgado de um acórdão da Quinta Turma do STJ, que julgou a mesma questão, em momento anterior.

Consta dos autos que, contra a decisão de primeiro grau, que julgou extinta a punibilidade do paciente, com base no § 5º do art. 89 da Lei 9.099/1995, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso em sentido estrito (Processo 990.08.087510/8), o qual foi desprovido pela Décima Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal bandeirante (fls. 50-54).

Inconformado, o *Parquet* estadual interpôs recurso especial (fls. 289-297), sendo certificado o trânsito em julgado daquela decisão para a defesa, em 23-2-2009 (fl. 304).

Em face da ausência de intimação pessoal da Defensoria paulista quanto ao acórdão proferido no recurso em sentido estrito, foi determinado o cancelamento do trânsito em julgado e a baixa dos autos à primeira instância para esse fim (fls. 308, 311 e 313).

Decorrido o prazo recursal sem qualquer manifestação, em 8-9-2009, foi novamente certificado o trânsito em julgado para a defesa (fl. 318).

Em 8-10-2009, o recurso especial interposto pelo MP foi admitido na origem (fls. 320-321), com a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça (fl. 324).

Na Corte Superior, o recurso foi autuado como REsp 1.168.499/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJCE), sendo provido por decisão monocrática do Relator para revogar o benefício da suspensão condicional e determinar o prosseguimento da ação penal movida contra o paciente (fl. 333).

Baixados os autos ao juízo processante, este declarou extinta a punibilidade do paciente, desta feita reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, muito embora tenha constado da decisão a ocorrência de prescrição da pretensão executória (fls. 336-337).

Foi interposto, então, novo recurso em sentido estrito pelo Ministério Público do Estado (fls. 339-342), o qual, segundo informações obtidas por meio do sítio eletrônico do TJSP, foi provido para afastar o prescrição da pretensão punitiva reconhecida na decisão de primeiro grau (Processo 990.10.244024-9), em acórdão publicado no *DJE* de 23-9-2010.

Como se vê, em momento algum é mencionada a existência de outro recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a não ser o REsp 1.168.499/SP, ora questionado.

No mesmo sentido, aliás, foi a manifestação do Ministério Público Federal, que assim resumiu a questão:

> 6. Primeiramente, importa esclarecer que as irresignações do impetrante contra um suposto desrespeito a acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ vieram desacompanhadas do mínimo suporte probatório. A defesa alega que, anteriormente ao julgamento do REsp 1.168.499, foi negado seguimento a um outro recurso especial do Ministério Público, contudo, não trouxe aos autos o teor do citado *decisum* ou mesmo o número do processo a ele correspondente. Além disso, as informações prestadas pela Corte Regional e pelo Eg. STJ não mencionam, em momento algum, a existência de outro recurso especial que não o REsp 1.168.499.
>
> 7. Assim, considerando que o *habeas corpus* é ação que exige prova pré-constituída e que a defesa não atendeu a tal ônus, torna-se inviável conhecer das alegações de desrespeito à coisa julgada, aos princípios do juiz natural e do devido processo legal, porquanto vinculadas a um julgamento cuja existência não foi comprovada.
>
> (Fl. 394.)

Cumpre ressaltar, ainda, que, em pesquisa no sítio eletrônico do Superior de Justiça, realizada pelo nome do ora paciente, verifica-se tão somente a existência do REsp 1.168.499/SP e da Rcl 4.118/SP, distribuída em 4-5-2010, que também trata da suposta violação da coisa julgada.

Passo, então, à análise da alegação de que não seria possível a revogação do benefício da suspensão condicional do processo depois de ultrapassado o período de prova a que se submete o acusado.

A decisão ora questionada tem os seguintes fundamentos:

Com efeito, esta Corte tem decidido que, na suspensão condicional do processo, no caso de descumprimento das condições impostas, mostra-se possível a revogação do benefício da suspensão condicional do processo, mesmo após o período de prova, a teor do disposto no parágrafo 4º do artigo 89 da Lei 9.099/1995. Vejam-se:

A *– "Recurso especial. Processo penal. Suspensão condicional do processo. Lei 9.099/95. Descumprimento das condições impostas durante o período de prova. Revogação do benefício após o fim do prazo suspensivo. Irrelevância. Recurso provido.*

1. Resta pacificado neste Sodalício que, não cumpridas as condições impostas no *sursis* processual, é possível a revogação da benesse, mesmo depois do período de prova, tendo em vista o disposto no art. 89, § 4º, da Lei 9.099/1995.

2. Recurso Especial provido para que seja restabelecida a decisão de fl. 70, a qual revogou o benefício de suspensão condicional do processo, dando-se prosseguimento à ação penal."

(REsp n. 1031477/RS, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, *DJE* de 30-11-2009.)

B *– "Embargos de declaração no habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Descumprimento dos requisitos. Revogação após o término do período de prova. Possibilidade. Omissão, obscuridade ou contradição não verificadas. Fundamentação suficiente.*

1. Consoante prevê o art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, ambiguidade ou eliminar contradição existentes no julgado, hipóteses que não se verificam na espécie.

2. Não está o Julgador obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se às razões por elas expostas, tampouco a refutar um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. Não se verifica qualquer omissão do acórdão impugnado em não ter apreciado expressamente todos os motivos que ensejaram a revogação do benefício, como o não comparecimento do Paciente perante Juízo, diante do reconhecimento da procedência de, ao menos, uma delas, qual seja, o não ressarcimento do prejuízo à vítima injustificadamente, uma vez que suficiente de per si para a revogação da benesse.

4. Embargos rejeitados."

(EDcl no HC 66.779/RJ, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, *DJ* de 26-3-2007.)

C – *"Recurso especial. Processual penal. Lei 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Revogação durante o período de prova. Recurso provido.*

1. O descumprimento de qualquer das condições legais implica a imediata revogação da benesse processual da Lei nº 9.099/95, ainda que a autoridade judicial somente venha a obter tal ciência após o término do período de prova.

2. Recurso provido para cassando o acórdão objurgado, determinar o prosseguimento do processo crime."

(REsp 759.032/SP, Relator o Ministro **Hélio Quaglia Barbosa**, *DJU* de 28-8-2006.)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para revogar o benefício da suspensão condicional do processo concedido ao recorrido, determinando o prosseguimento do feito.
(Fls. 378-379 – Grifos no original.)

Com efeito, cumpre registrar que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a orientação desta Corte no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término desse período.

Nesse sentido, transcrevo o entendimento sedimentado em ambas as Turmas deste Tribunal:

Processual penal. Habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Possibilidade de revogação do benefício após o término do período de prova. Precedentes do STF. Ordem denegada.

I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período.

II – Sobrevindo o descumprimento das condições impostas, durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz.

III – *Habeas corpus* denegado.

(HC 95.683/GO, de minha relatoria).

Ação penal. Processo. Suspensão condicional. Revogação após transcurso do período de prova. Admissibilidade. Fato ocorrido antes de seu termo. Precedente *habeas corpus* denegado. **O benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado ainda após o transcurso do período de prova, desde que motivado por fatos ocorridos dentro daquele prazo.**
(HC 90.738/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso – Grifos meus.)

Habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Possibilidade de revogação do benefício após o término do período de prova. Precedentes do STF. Ordem denegada. 1. **Esta Suprema Corte já "firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período"** (HC 84.654/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 1º-12-2006). **2. Tendo ocorrido o descumprimento das condições impostas, durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz. 3. *Habeas corpus* denegado**.

(HC 97.527/MG, Rel. Min. Ellen Gracie – Grifos meus.)

Habeas corpus. Processual penal. Sursis processual: revogação após o período de prova por descumprimento das condições antes do seu término. Possibilidade. Precedentes. Habeas corpus denegado.

1. **A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o seu termo final, se comprovado que o motivo da sua revogação ocorreu durante o período do benefício**. Precedentes.

2. Habeas corpus denegado.

(HC 90.833/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia – Grifos meus.)

Habeas corpus. Revogação do sursis processual após o período de prova, mas por fatos ocorridos até o final daquele período. Pretensão de ser declarada extinta a punibilidade do paciente, que estaria consumada no momento em que se verifica o término do período de prova. **A interpretação do § 5º do art. 89 da Lei 9.099/1995 permite concluir pela inexistência de óbice a que o juiz decida acerca da revogação do sursis ou da extinção da punibilidade após o término do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo depois de expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término**. Precedente: HC 80.747. Caso em que a revogação do benefício, embora requerida após ultimado o período de prova, se lastreou em fato ocorrido durante esse período, ensejando instauração de processo e condenação com trânsito em julgado, antes mesmo do fim do referido biênio probatório. Essa informação de julgamento condenatório definitivo afasta, inclusive, o exame da constitucionalidade do § 3º do art. 89 da Lei 9.099/1995, à luz da presunção de não culpabilidade. *Habeas corpus* indeferido.

(HC 84.660/SP, Rel. Min. Carlos Britto – Grifos meus.)

Na mesma esteira, cito, entre outros, os seguintes precedentes: HC 87.927/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 85.106/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 84.654/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e HC 88.785/SP, Rel. Min. Eros Grau.

No caso concreto, o Ministério Público estadual relata, em seu recurso em sentido estrito, que o paciente, em diversas oportunidades, deixou de comparecer em juízo para informar e justificar as suas atividades, conforme ficou estabelecido na proposta de suspensão do processo por ele aceita (fl. 30).

Destaca, para tanto, que a suspensão teve início em 24-5-2006 e as faltas se deram em julho/2006, agosto/2006 e em outras cinco oportunidades, sem mencionar, contudo, as respectivas datas.

Diz, ainda, que, em 15-5-2008, o magistrado processante determinou a intimação do paciente para comparecer em juízo e justificar a falta ocorrida em abril/2008, tendo ele comparecido no mês de maio/2008 e afirmado que a sua falta teria ocorrido em razão do seu trabalho (fls. 30-32). Mesmo assim, aquele magistrado optou por "declarar extinta a punibilidade em razão de ausência de revogação no curso do prazo" (fl. 33).

Assevera, em seguida, que, com exceção dessa última ocorrência, em nenhuma das outras o Ministério Público foi chamado a manifestar-se sobre o descumprimento das condições impostas, o que o impediu de solicitar a revogação do benefício, antes do término do período de prova estabelecido.

Com essas observações do *Parquet* estadual, entendo cabível a revogação da suspensão condicional do processo, mesmo após o término do período de

provas, pois o descumprimento das condições impostas ocorreu, efetivamente, durante aquele lapso temporal.

Ante esse quadro, penso que não há qualquer constrangimento ilegal contra o paciente a ser afastado por esta Corte, razão pela qual denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia para ficar vencido na segunda parte.

EXTRATO DA ATA

HC 103.706/SP — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Lucas Antonio da Silva Bandeira. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão 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 104.075 — SE

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Luiz Fux

Pacientes: Sandro Santos Leite, Manoel da Luz Araújo, Thenisson de Almeida Santos, Hildemar Santos Bonfim ou Hildemar Santos Bomfim, Antonio Carlos dos Santos, Antonio César dos Santos, Elmo Campos Oliveira — Impetrantes: Sandro Santos Leite e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processo penal. *Habeas corpus*. Tortura. Condenação. Alegação de inépcia da denúncia. Princípio da identidade física do juiz. Aplicação a partir da vigência da Lei 11.719/2008. *Tempus regit actum*. Decisão compatível com a prova dos autos. Denegação da ordem.

1. A utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso extraordinário, sem qualquer excepcionalidade que permita a preterição do meio de impugnação previsto pela lei, configura banalização da garantia constitucional, motivo pelo qual deve ser combatida.

2. A aplicação do princípio da identidade física do juiz no processo penal antes do advento da Lei 11.719/2008, sob a perspectiva da instrumentalidade das formas, impunha reconhecer nulidade apenas no caso de patente descompasso entre a decisão e as provas colhidas. (HC 74.131/MG, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 18-10-1996.)

3. *In casu,* a sentença condenatória foi proferida em consonância com as provas dos autos.

4. O princípio *tempus regit actum*, a nortear o conflito de leis processuais penais puras no tempo, impede a aplicação retroativa da regra que impõe a identidade física do juiz, introduzida no CPP após o advento da sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes.

5. 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 maioria de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus* e cassar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux.

Brasília, 24 de maio de 2011 — Luiz Fux, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Adoto a título de relatório as informações prestadas pela assessoria:

> Na decisão mediante a qual Vossa Excelência deferiu a medida liminar, a controvérsia ficou assim resumida (fl. 20 a 23):
>
> **Processo penal – Denúncia – Figurino legal.**
>
> **Processo criminal – Instrução – Sentença – Princípio do juiz natural – Aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil – Lei 11.719/2008 – Explicitação.**
>
> **Título condenatório – Execução – Afastamento.**
>
> ***Habeas corpus* – Liminar deferida.**
>
> 1. A assessoria prestou as seguintes informações sintetizando os parâmetros deste *habeas corpus*:
>
> "Os pacientes, policiais militares, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 1º, incisos I e II, § 2º, § 3º (última parte) e § 4º, inciso I, da Lei 9.455/1997 (crime de tortura), c/c o art. 29 do Código Penal (concurso de pessoas).
>
> O juízo da Quarta Vara Criminal da Comarca de Aracaju, Estado de Sergipe, julgou procedente os pedidos formulados na peça acusatória e assegurou aos acusados o direito de apelarem em liberdade (fl. 705 a 754 do apenso 4). A defesa interpôs apelação (fl. 798 do apenso 4), à qual o Tribunal estadual negou provimento. Na oportunidade, rejeitou a preliminar de ofensa ao princípio do juiz natural, por mostrar-se inaplicável, no campo do direito penal, o princípio da identidade física, sendo perfeitamente admissível que outro juiz que não o processante – uma vez substituindo-o legalmente e estando inteirado dos fatos – proceda ao julgamento da ação. Somente deverá repetir os atos processuais caso não se sinta habilitado a julgar. A Corte igualmente refutou a alegação de inépcia da denúncia, consignando que os fatos reconhecidos como crime encontravam-se descritos de modo impecável, ressaltando o comportamento dos agentes e a participação de cada um nos delitos, fazendo-o de modo claro e objetivo, possibilitando o exercício da ampla defesa (fl. 874 a 892 do apenso 4).
>
> Contra o referido acórdão interpôs-se recurso especial (fl. 894 a 922). Admitido na origem, o processo foi encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 681.149/SE. O Ministro Celso Limongi, Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou seguimento ao recurso, anotando a insubsistência da alegação de ofensa ao princípio da identidade física do juiz, que somente passou a vigorar a partir da vigência da Lei 11.719/2008, bem assim daquela relacionada à inépcia da denúncia, por estarem suficientemente descritos os fatos na peça acusatória, mostrando-se individualizada a conduta dos agentes (fl. 946 a 955). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental, ao qual a Sexta Turma do Superior Tribunal negou provimento (fl. 985).
>
> Neste *habeas*, os impetrantes reiteram os argumentos expostos nas instâncias judiciais percorridas, relacionados à inépcia da denúncia, que, segundo afirmam, seria genérica e não conteria a individualização

da conduta dos pacientes, a ofensa ao princípio do juiz natural, pois o processo-crime foi julgado por juiz substituto, e não pelo processante.

Pedem a concessão de liminar para suspender a execução da sentença condenatória imposta aos pacientes, até o julgamento do *habeas*. No mérito, pleiteiam a anulação ou a rejeição da peça acusatória, desconstituindo-se, também, a sentença condenatória, tendo em conta a ofensa ao princípio do juiz natural e a inépcia da denúncia, o que viola o disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Anoto que a defesa dos pacientes sustentou o defeito da peça acusatória na fase de alegações finais em 3 de agosto de 2001 (fl. 645 a 675 do apenso 3).

(...)

Brasília – residência –, 29 de maio de 2010, às 11h45."

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 29 a 36, diz não subsistir a alegação de inépcia da denúncia, pois teria sido observado o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal. Segundo afirma, na referida peça, estavam descritos os fatos e o ilícito praticado por vários autores, permitindo-se o exercício da ampla defesa. Aponta cuidar-se de delito de autoria coletiva, não se podendo exigir a descrição da exata participação de cada um, porquanto haveria unicidade de conduta.

Quanto à ofensa ao princípio da identidade física do juiz, anota que, quando proferida a sentença condenatória, em 24 de maio de 2002, o referido princípio não se encontrava positivado no âmbito do direito penal. Isso teria ocorrido somente com a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, a qual trouxe nova redação para o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal: "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença". Consoante assevera, o princípio tem recebido temperamento por parte dos Tribunais, ao conferirem a aplicação do disposto no art. 132 do Código de Processo Civil no processo penal. Sobre o tema, menciona precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Manifesta-se, então, pelo indeferimento da ordem.

Lancei visto no processo em 14 de maio de 2011, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 24 seguinte, isso objetivando a ciência dos impetrantes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Valho-me do que tive a oportunidade de consignar ao deferir a medida acauteladora, em 29 de maio de 2010, para afastar a execução da sentença condenatória prolatada, no Processo 982040152-8, da Quarta Vara Criminal da Comarca de Aracaju – Estado de Sergipe, contra os pacientes. Relativamente à higidez da denúncia, torno definitiva a óptica, assegurando a improcedência dessa causa de pedir (fls. 22 e 23):

2. Relativamente ao defeito da peça primeira da ação penal, não há relevância suficiente a ensejar deferimento da medida acauteladora. A narração dos fatos viabilizou o exercício do direito de defesa, não cabendo exigir, porque impossível, a individualização da conduta dos envolvidos. Atentem para a imputação. Integrando patrulha da Polícia Militar, os acusados teriam prendido a vítima e a torturado, levando inclusive à TV local.

O mesmo não se dá relativamente ao princípio do juiz natural. A organicidade do Direito direciona no sentido de ter-se atuação judicante única. Vale dizer, o juiz que dirige a instrução criminal – no caso o fez o titular da Vara – deve, ante o domínio do processo, ser o prolator da decisão. Na espécie, isso não aconteceu. Colega, também titular em outra Vara, substituindo-o de forma esporádica – no mês de férias –, veio a sentenciar. Evidentemente, tinha ele os próprios processos para instruir e proferir sentença. Não bastasse o princípio implícito no Código de Processo Penal, há de considerar-se o disposto no art. 3º dele constante: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". Então, observa-se, subsidiariamente, o art. 132 do Código de Processo Civil:

> Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.
>
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Ora, se assim se verifica no processo civil – no qual não está em jogo esse bem maior do cidadão que é a liberdade –, o que se dirá no criminal. Afirmar-se-á, como fez o Superior Tribunal de Justiça, que a regra da identidade do juiz, procedendo a instrução e a julgamento, somente veio a ser inserida com o advento da Lei 11.719/2008, que incluiu o § 2º no art. 399 do Código de Processo Penal: "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença". Ocorre que, ante o contexto, ante a ordem natural das coisas, ante o princípio implícito mencionado, esse dispositivo ganhou contorno meramente interpretativo. Além disso, o quadro atrai a necessária observância do inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Concedo a ordem para anular a sentença proferida a fim de que outra seja formalizada por aquele que presidiu a instrução.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhora Presidente, egrégia Turma, ilustre Representante do Ministério Público, Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, eu estava analisando aqui o processo somente no tocante à matéria de mérito, porque verifico, em primeiro lugar, que aqui já estamos em um grau mais elevado de utilização promíscua do *habeas corpus*; aqui já é um *habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário, esse já é mais refinado nesse uso vulgar.

Em segundo lugar, Senhor Presidente, eu sempre tive, até porque fui juiz de primeiro grau em exercício, que o princípio da identidade física do juiz deveria ser sempre para um julgado com princípio na instrumentalidade das formas. É muito comum o juiz sair de férias, o outro concluir a instrução e, depois, às vezes, em mutirões realizados na Justiça de primeiro grau, é delegada a tarefa de conclusão para um magistrado, outro que não o que presidiu a instrução, facultando-lhe a possibilidade de renovar as diligências, se necessárias, sendo certo que eu nunca verifiquei, na prática dos mutirões, nenhuma repetição ou ratificação das oitivas das testemunhas.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de longa data – e eu cito aqui o HC 74.131/MG, da relatoria do Ministro Moreira Alves –, sempre caminhou no sentido de que o processo penal não contempla o princípio da identidade física do juiz, a não ser através dessa heterointegração, que só é cabível quando há uma prova inequívoca de um prejuízo gravíssimo, em que o magistrado não se ateve aos fatos da causa.

Por outro lado, o processo penal, também no tocante ao conflito de leis do tempo, rege-se pelo princípio *tempus regit actum*. De sorte que somente agora, em 2008, é que foi introduzido, no Código de Processo Penal – aliás, uma regra que está saindo do Código de Processo Civil –, essa regra da identidade física do juiz. Até no processo penal se entende que talvez o juiz que presidiu a instrução possa verificar a tibieza das testemunhas, as impressões que logrou obter da sua impressão pessoal, mas isso não é caso de se nulificar e trancar-se uma ação penal que versa sobre, efetivamente, um fato gravíssimo: ele foi preso e apareceu morto no dia seguinte.

E tanto os denunciados tiveram uma importância absoluta na prática dos fatos que, quando a vítima começou a passar mal, a própria autoridade policial convocou os policiais que o levaram para esse local onde ele sofreu a tortura para que prestassem socorro a ele.

Eu tinha dúvida com relação ao mérito, porque a pena foi grave, uma pena de tortura, quiçá poder-se-ia até pensar num crime doloso contra a vida absolvido. Mas, de toda maneira, eu não tenho nenhuma convicção para admitir esse *habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário como apto a invalidar a ação penal *in totum*, não só por força da inaplicação do princípio da identidade física, como também porque o mérito, ainda que eu tenha analisado agora os autos, verifico que a decisão está compatível com a prova dos autos.

Por essa razão, eu peço vênia ao Ministro Relator para denegar a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhora Presidente, o art. 399, § 2º, do CPP dispõe que:

> § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Embora colocado fora de lugar, porque ele está na passagem que fala do recebimento da denúncia ou da queixa, e não exatamente da sentença, é evidente que esse dispositivo pôs fim a uma discussão que havia na interpretação do Código de Processo Penal, exatamente sobre a identidade, ou não, do juiz que prolata a sentença no processo penal em relação àquele juiz que fez a instrução nesse processo penal.

Mas esse dispositivo foi introduzido pela Lei 11.719/2008, e o eminente Relator me esclareceu que essa sentença é do ano de 2002; portanto, anterior a essa alteração legislativa, razão pela qual, eu vou pedir vênia a Sua Excelência e acompanhar a divergência aberta pelo eminente Ministro Luiz Fux.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Também, pelos mesmo motivos, vou pedir vênia ao eminente Relator, porque a sentença foi, de fato, proferida em 24-5-2002, quando esse novo dispositivo da lei processual penal ainda não vigorava com a redação que atualmente vigora.

Eu também tenho aplicado esse princípio com temperamentos. Depende do caso concreto, se houver um prejuízo flagrante para o réu, uma incompatibilidade muito grande entre aquilo que foi colhido na instrução e a decisão final do magistrado de primeiro grau, seria, em tese, o caso de anulação. Em caso contrário, penso que a decisão há de subsistir.

Portanto, pedindo vênia ao eminente Relator, acompanho a divergência.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Presidente): Também eu, pedindo vênia ao Ministro Relator, acompanho a divergência iniciada pelo Ministro Luiz Fux, pelas razões que foram apontadas, especialmente no sentido de que o art. 399, § 2º, foi introduzido, com a norma que ora vigora, em 2008. A sentença é de 2002 e, neste caso, já se tem até o trânsito em julgado da decisão.

Razão pela qual peço vênia para acompanhar a divergência.

EXTRATO DA ATA

HC 104.075/SE — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. Pacientes: Sandro Santos Leite, Manoel da Luz Araújo, Thenisson de Almeida Santos, Hildemar Santos Bonfim ou Hildemar Santos Bomfim, Antonio Carlos dos Santos, Antonio César dos Santos, Elmo Campos Oliveira. Impetrantes: Sandro Santos Leite e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus* e cassou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator. Falaram: o Dr. Valdemar Calumby, pelos pacientes, e o Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 24 de maio de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 104.308 — RN

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Paciente: Djanildo Medeiros dos Santos — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal e processo penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crime de homicídio qualificado. CP, art. 121, § 2º, I, III e IV. Tribunal do júri. Alegada deficiência do termo de votação pela ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos do Conselho de Sentença. CP, art. 487. Nulidade absoluta. Inexistência. Prejuízo não configurado. Ordem denegada.

Voto preliminar

1. O *habeas corpus* não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heroico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar.

Voto mérito

2. O veredicto do júri resta imune de vícios acaso não conste o número de votos no termo de julgamento no sentido afirmativo ou negativo, não só por força de *novatio legis*, mas também porque a novel metodologia preserva o sigilo e a soberania da deliberação popular.

3. O veredicto do júri obedecia ao disposto no art. 487 do Código de Processo Penal, que dispunha: "Após a votação de cada quesito, o presidente, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, mandará que o escrivão escreva o resultado em termo especial e que sejam declarados o número de votos afirmativos e o de negativos".

4. A Lei 11.689/2008 alterou a regra, passando a dispor, *verbis*: "Art. 488. Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento".

5. *In casu*, a impetrante se limita a defender que "(...) o método de apuração dos votos usado pelo magistrado Presidente da sessão, bem como a deficiência do Termo de Votação consistente na falta de consignação dos votos afirmativos e negativos colhidos dos jurados acarreta nulidade absoluta por não permitir ao assistido saber qual foi o efetivo resultado do julgamento, afrontando, portanto, o princípio constitucional da ampla defesa".

6. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, *verbis*: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

7. A doutrina do tema assenta, *verbis*: "Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício" (*in* GRINOVER, Ada Pellegrini – As nulidades no processo penal. *Revista dos Tribunais*, 7. ed. 2001, p. 28).

8. É que o processo penal pátrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. Tal sistema de apreciação das nulidades está explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual "não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade".

9. Outrossim, é cediço na Corte que: "(...) O princípio do *pas de nullité sans grief* – corolário da natureza instrumental do processo – exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato" (HC 93.868/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* 16-12-2010). À guisa de exemplo, demais precedentes: HC 98.403/AC, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, *DJE* 7-10-2010; HC 94.817, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJE* 2-9-2010; HC 98.403/AC, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, *DJE* 7-10-2010; HC 94.817, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJE* 2-9-2010.

10. *In casu,* colhe-se que, não houve a efetiva demonstração de prejuízo para a defesa, e por isso não há que se falar em nulidade do julgamento pela ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos do Conselho de Sentença.

11. A doutrina do tema assenta que: "O sistema, que reputo aperfeiçoado em relação ao americano e ao inglês, encontra uma contradição: a decisão unânime dos jurados compromete a ideia de sigilo, pelo que merece seja repensada a ordem de que sejam declarados o número de votos afirmativos e o de negativos (art. 488, última parte, CPP). Parece-me correta a sugestão de que, alcançada a maioria de uma das opções (sim ou não), o magistrado encerre a verificação das respostas (...)" (*in* NASSIF, Aramis – *O novo júri brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25).

12. Com efeito, o art. 487 do CPP determinava que os votos emitidos pelo Conselho de Sentença deveriam ser registrados no termo de votação. Contudo há que se verificar que a ausência dessa consignação não gerava prejuízo ao réu. Aliás, esse raciocínio já vinha sendo adotado pela jurisprudência e doutrina, *verbis*: "(...) A providência, segundo entendemos, é desaconselhável, por várias razões. A primeira delas é que, sendo a votação resguardada pelo sigilo e não devendo o jurado dar satisfação de como votou, caso seja unânime, está devassada a posição dos jurados. Em segundo lugar, dá margem indevida a especulações de como desejou votar o Conselho de Sentença, fazendo com que surjam interpretações de que a votação, num sentido para determinado quesito, é incompatível com a votação, noutro sentido, para outro quesito. Ora, se o jurado quer mudar de ideia nada impede que isto se dê, motivo pelo qual é inviável esse procedimento. Em terceiro lugar, vê-se que muitas decisões dos tribunais, analisando a ocorrência ou não de nulidade, terminam se baseando na votação, alegando que, de acordo com a contagem, o voto deste ou daquele jurado não alterou o resultado. Enfim, o ideal seria apenas registrar o 'sim' ou 'não', sem a contagem explicitada. A lei, no entanto, necessita ser alterada para que isto seja implementado." (*in* NUCCI, Guilherme de Souza – Manual de Processo Penal e Execução Penal. *Revista dos Tribunais*, 3. ed. 2007. p. 758).

13. O art. 487 do CPP foi revogado pela Lei 11.689/2008, aprimorando assim o sistema de votação do júri, já que não se faz mais necessário constar quantos votos foram dados na forma afirmativa ou negativa, respeitando-se, portanto, o sigilo das votações e, consectariamente, a soberania dos veredictos.

14. Parecer do *Parquet* pela denegação da ordem.

15. 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 maioria de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de maio 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 *Djanildo Medeiros dos Santos*, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao agravo regimental no recurso especial, assim ementado (fl. 31):

> *Processual penal. Agravo regimental no recurso especial. Omissão dos votos minoritários dos jurados. Ausência de prejuízo para as partes. Nulidade não verificada. Agravo improvido*.
>
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a omissão em relação aos votos minoritários na ata do Tribunal do Júri não anula o julgamento ante a evidente ausência de prejuízo (art. 563 do CPP).
>
> 2. Agravo regimental improvido.

O paciente foi denunciado por homicídio praticado na noite do dia 17-1-2005, "através de várias cutiladas de faca peixeira", motivado por ciúme "de sua companheira que havia recebido 'cantadas' da vítima naquela noite" (fl. 8). Assim, narra a denúncia (fls. 8/9):

> Relata-nos o presente Inquérito Policial, embasadora da peça imputatória que no dia 17 de janeiro de 2005, por volta das 04 horas, precisamente em um matagal situado na Travessa Napoleão Laureano, bairro das Quintas, nesta capital, o denunciado, através de várias cutiladas de faca peixeira, ceifou a vida de Augusto Moreira da Silva Neto.
>
> O fato aconteceu quando o denunciado, sua companheira e a vítima voltavam do "Forró do Dagô" onde passaram a noite ingerindo bebida alcoólica. Neste ínterim, ainda passaram por um boteco situado na ponte velha das Quintas onde continuaram a beber; momento em que, juntos, dirigiram-se para suas residências.
>
> No caminho, o denunciado sacou da faca peixeira que portava e desferiu várias cutiladas, chegando, inclusive, a degolar a vítima.
>
> A motivação para o ato criminoso teria sido o ciúme nutrido pelo denunciado em desfavor de sua companheira que havia recebido "cantadas" da vítima naquela noite
>
> Materialidade e autoria sobejamente demonstradas pelos elementos coligidos aos autos.

Acolhida a sentença de pronúncia, o paciente foi submetido ao Tribunal do Júri. Os debates ocorreram de forma regular e a quesitação foi elaborada sem contestação das partes. Consta ainda dos autos que "durante os debates, ocorridos com regularidade, o representante do Ministério Público postulou a condenação do réu na forma libelada. A defesa, por sua vez, sustentou a tese de

negativa de autoria. Os jurados, respondendo aos quesitos que lhes foram submetidos, reconheceram a procedência da acusação nos exatos termos do libelo".

O termo de votação, acostado à fl. 12, traz a declaração dos votos afirmativos e negativos alcançados por maioria. A declaração de incomunicabilidade dos jurados foi acostada à fl. 13 dos autos.

A impetrante assevera que o paciente no dia 27-3-2006 foi condenado à pena de 16 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, do Código Penal, *verbis*:

> Art. 121. Matar alguém:
> Pena – reclusão, de seis a vinte anos.
> (...)
> § 2º Se o homicídio é cometido:
> I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
> (...)
> III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
> IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

A Defensoria Pública da União interpôs o recurso de apelação junto ao Tribunal Justiça do Rio Grande do Norte, o qual foi provido para anular o julgamento do Tribunal do Júri, em razão da deficiência do termo de votação, que não consignou o número de votos afirmativos e negativos emitidos pelo conselho de sentença. Eis a ementa do referido julgado:

> *Penal e processual penal. Apelação. Júri. Condenação. Art. 121, § 2º, I, III e IV do Código Penal. Condenação. Tribunal do Júri. Preliminar de nulidade do julgamento por violação ao art. 487, do Código de Processo Penal, suscitada pela Procuradoria de Justiça. Acolhimento. Deficiência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos emitidos pelo conselho de sentença. Novo júri ordenado*.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, o qual restou provido por decisão monocrática do Ministro Relator, sob o fundamento de não haver comprovação de prejuízo à defesa, *verbis*:

> Como cediço, no processo penal pátrio, no cenário das nulidades, vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal e o enunciado sumular nº 523 do Supremo Tribunal Federal.
> Nesse contexto, esta Corte, em casos análogos, entendeu não ser correta a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri tão somente pelo fato de não constarem, do termo de votação dos quesitos, os votos minoritários dos jurado.

A defesa então interpôs agravo regimental contra a decisão, tendo sido improvido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (fls. 30/33).

Ao final, requereu a concessão da ordem para que fosse cassada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja reconhecida a nulidade do julgamento do Tribunal do Júri, por não restar consignado no termo de votação o número de votos afirmativos e negativos.

O Ministério Público Federal opina no sentido da denegação do *writ* (fl. 41):

> *Habeas corpus. Homicídio triplamente qualificado. Alegada deficiência do termo de votação pela ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos emitidos pelo conselho de sentença. Nulidade relativa. Art. 487 do Código Penal modificado pela nova Lei do Júri (Lei 11.689/08). Constrangimento ilegal não configurado. Pela denegação.*

É o relatório.

VOTO

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 cassada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja reconhecida da nulidade do julgamento do Tribunal do Júri.

Alega a impetrante que o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri é nulo em razão da deficiência do termo de votação, que não consignou o número de votos afirmativos e negativos emitidos pelo conselho de sentença.

Cinge-se a controvérsia à ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder no indeferimento do pedido de anulação do julgamento do Tribunal do Júri que não consigna os votos afirmativos e negativos colhidos dos jurados.

Preliminarmente, o *habeas corpus* não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heroico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame, em que saber se o crime de falso está absorvido pelo delito tributário será objeto de sentença desafiável pelo recurso cabível.

O dispositivo que disciplinava a matéria à época do julgamento era o art. 487 do Código de Processo Penal, revogado pela Lei 11.689/2008, *verbis*:

> Art. 487. Após a votação de cada quesito, o presidente, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, mandará que o escrivão escreva o resultado em termo especial e que sejam declarados o número de votos afirmativos e o de negativos.

Com efeito, o artigo determinava que os votos emitidos pelo Conselho de Sentença deveriam ser registrados no termo de votação. Contudo há que se verificar que a ausência dessa consignação não gerava prejuízo ao réu. Aliás, esse raciocínio já vinha sendo adotado pela jurisprudência e doutrina. Assim, importante é a transcrição dos ensinamentos de Aramis Nassif (In: *O novo júri brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 25):

> Assegura a Constituição o sigilo das votações para preservar, com certeza, os jurados de qualquer tipo de influência ou, depois do julgamento, de eventuais represálias pela sua opção ao responder o questionário. Por isso mesmo a jurisprudência repeliu a ideia de eliminação da sala secreta, assim entendida necessária por alguns juízes com base na norma da Carta que impõe a publicidade dos atos decisórios (art. 93, IX, CF). O sistema, que reputo aperfeiçoado em relação ao americano e ao inglês, encontra uma contradição: a decisão unânime dos jurados compromete a ideia de sigilo, pelo que merece seja repensada a ordem de que sejam declarados o número de votos afirmativos e o de negativos (art. 488, última parte, CPP). Parece-me correta a sugestão de que, alcançada a maioria de uma das opções (sim ou não), o magistrado encerre a verificação das respostas (...).

Na mesma linha de raciocínio Guilherme de Souza Nucci (in Manual de Processo Penal e Execução Penal. *Revista dos Tribunais*, 3. ed. 2007, p. 758):

> É preciso fazer constar quantos votos foram dados na forma *afirmativa* e quantos votos foram dados na *negativa*. A providência, segundo entendemos, é desaconselhável, por várias razões.
>
> A primeira delas é que, sendo a votação resguardada pelo sigilo e não devendo o jurado dar satisfação de como votou, caso seja unânime, está devassada a posição dos jurados.
>
> Em segundo lugar, dá margem indevida a especulações de como desejou votar o Conselho de Sentença, fazendo com que surjam interpretações de que a votação, num sentido para determinado quesito, é incompatível com a votação, noutro sentido, para outro quesito. Ora, se o jurado quer mudar de ideia na da impede que isto se dê, motivo pelo qual é inviável esse procedimento.
>
> Em terceiro lugar, vê-se que muitas decisões dos tribunais, analisando a ocorrência ou não de nulidade, terminam se baseando na votação, alegando que, de acordo com a contagem, o voto deste ou daquele jurado não alterou o resultado. Enfim, o ideal seria apenas registrar o "sim" ou "não", sem a contagem explicitada. A lei, no entanto, necessita ser alterada para que isto seja implementado.
>
> Lembremos que as decisões do Conselho de Sentença são tomadas por maioria de votos (art. 488, CPP), mais um motivo para que não devesse devassar a votação, tornando público o placar (7 x 0; 6 x 1; 5 x 2 ou 4 x 3). Pouco importa o *quorum*. Bastaria a divulgação na sala especial, mas não se deveria fazer constar da ata.

E outra não foi a vontade do legislador atual, que trouxe salutar reforma com a Lei 11.689/2008, retirando tal exigência do procedimento do júri, preconizando o novel dispositivo:

> Art. 488. Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento.

Guilherme de Souza Nucci comenta o aprimoramento do atual método de votação, *verbis*:

> A reforma trouxe, em nossa visão, aprimoramento para o sistema de votação, em particular no que se refere à divulgação do resultado dos votos proferidos.

> Buscou-se, finalmente, respeitar tanto o sigilo das votações quanto a soberania dos veredictos.
>
> Sempre defendemos a impropriedade de que tribunais togados tentassem interpretar os veredictos dos jurados, conforme o *quorum* da votação de cada um dos quesitos. Nunca foi e não é necessário, pois as decisões são tomadas pelo Conselho de Sentença por maioria de votos e sob o manto da soberania dos veredictos.
>
> Por outro lado, ao divulgar o resultado final da votação, não houve sentido algum, em nome do sigilo das votações, proclamar que o Conselho de Sentença respondeu "sim" a determinado quesito por unanimidade. Ora, é mais que evidente ter sido violado o sigilo, pois todos ficaram sabendo, exatamente, o que os outros votaram.
>
> A partir de agora, não mais se dá essa sistemática. Submetido à votação um quesito qualquer, quando a resposta afirmativa ou negativa atingir mais de três votos, cessa a votação. Portanto, por exemplo, indagando-se se o réu participou do homicídio da vítima, caso os jurados respondam, por quatro votos, "não", estará o acusado absolvido e não mais se apura voto algum (art. 483, §§ 1º e 2º, CPP).
>
> (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 234/236.)

Nesse contexto, conclui-se que a tese de nulidade defendida pela impetrante não procede, pois não se verifica a ocorrência de prejuízo à defesa. No processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, *verbis*:

> Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Verifica-se inclusive a preferência do processo penal pátrio, no que tange à análise das nulidades, pelo Sistema da Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. Tal sistema de apreciação das nulidades se mostra explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual "não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade."

Nessa mesma linha, é o conteúdo do Enunciado da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, que também denota a necessidade de demonstração de prejuízo da defesa para fins de declaração de nulidade, *in verbis*:

> Súmula 523: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Forçoso, ainda, destacar a doutrina de Ada Pellegrini Grinover (in *As nulidades no processo penal*, Revista dos Tribunais, 7. ed. 2001, p. 28):

> Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades

estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.

A propósito, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte:

Ementa: Habeas corpus. Inexistência do exame de corpo de delito quando da prolação da sentença de pronúncia: não configuração de nulidade: precedentes. Ausência de intimação da defesa sobre a não localização das testemunhas por ela arroladas: nulidade: precedentes. Ordem denegada. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a "decisão de pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, motivo por que nela não se exige a prova plena, tal como exigido nas sentenças condenatórias em ações penais que não são da competência do júri" (HC 70.488, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 29-9-1995), não sendo, portanto, "necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o acusado seja pronunciado. Basta, para tanto, que o juiz se convença daquela existência" (RE 72.801, Rel. Min. Bilac Pinto, *RTJ* 63/476). **2. O princípio do *pas de nullité sans grief* – corolário da natureza instrumental do processo – exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato (Código de Processo Penal, arts. 563 e 566; HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12-4-2002; e 74.671, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 11-4-1997). No caso ora apreciado não se demonstrou o prejuízo.** 3. Ordem denegada."
(HC 93.868/PE, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, *Primeira Turma*, *DJE* de 16-12-2010 – Sem grifo no original.)

Ementa: Habeas corpus. Crime doloso contra a vida. Tribunal do Júri. Soberania dos vereditos. Recurso de apelação. Assistente de acusação. Decisão contrária à prova dos autos. Reconhecimento pelo tribunal de segundo grau. Nulidade processual não demonstrada. Ausência de comprovação de prejuízo. Ordem denegada. 1. A pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não conflita com a regra da soberania dos veredictos populares (alínea *c* do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal). Regra compatível com a garantia constitucional do processo que atende pelo nome de duplo grau de jurisdição. Garantia que tem a sua primeira manifestação no inciso LV do art. 5º da CF, a saber: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Precedente: HC 94.567, da minha relatoria. 2. No caso, o acolhimento da pretensão defensiva implicaria o revolvimento e a revaloração de todo o conjunto fático-probatório da causa. Pelo que não há ilegalidade ou abuso de poder que justifique a concessão da ordem para a retomada do julgamento da causa pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Não procede a tese de nulidade processual por motivo de um suposto reforço argumentativo do Ministério Público estadual, após as contrarrazões defensivas. Primeiro, porque "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (art. 563 do Código de Processo Penal); sendo certo que a defesa não se desincumbiu do seu dever processual de comprovar a efetiva ocorrência de prejuízo para o acusado. Segundo, porque o Tribunal estadual não se valeu desse alegado "reforço argumentativo" para

concluir que a decisão dos jurados (absolvição do paciente) foi manifestamente contrária à prova dos autos. 4. Ordem denegada.
(HC 98.403/AC, Rel. Ministro *Ayres Britto, Segunda Turma*, *DJE* de 7-10-2010.)

"*Habeas corpus*. 2. Anulação do processo por deficiência da defesa técnica. Prejuízo não demonstrado. Enunciado da Súmula 523/STF. 3. Revalorização da prova. Incompatibilidade com o decreto condenatório. Reexame do conjunto fático-probatório, inviabilidade na via estreita do *habeas corpus*. 4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e nessa extensão denegado."
(HC 94.817, Rel. Ministro *Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJE* de 2-9-2010.)

In casu, a impetrante se limita a defender que "o método de apuração dos votos usado pelo magistrado Presidente da sessão, bem como a deficiência do Termo de Votação consistente na falta de consignação dos votos afirmativos e negativos colhidos dos jurados acarreta nulidade absoluta por não permitir ao assistido saber qual foi o efetivo resultado do julgamento, afrontando, portando, o princípio constitucional da ampla defesa". Portanto, resta claro que no presente caso a impetrante não consegue demonstrar em que exata medida o direito de defesa do paciente ficou prejudicado pela simples ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos.

O Ministério Público Federal opina no sentido da denegação do *writ* (fl. 41), *verbis*:

Habeas corpus. Homicídio triplamente qualificado. Alegada deficiência do termo de votação pela ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos emitidos pelo conselho de sentença. Nulidade relativa. Art. 487 do Código Penal modificado pela nova Lei do Júri (Lei 11.689/08). Constrangimento ilegal não configurado. Pela denegação.

Dessa forma, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal e do Enunciado da Súmula 523 do STF, não se comprovando o efetivo prejuízo à defesa, não merece acolhida a tese de nulidade absoluta sustentada pelo impetrante no caso concreto.

Por esses fundamentos, voto no sentido de *denegar a ordem* pleiteada.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não houve o preenchimento do formulário, quanto aos quesitos, com o "sim" ou o "não"?

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Quando se chegou a uma conclusão, aí parou-se naquela votação e não constaram todos os votos. Nós já chegamos a julgar isso, aqui, na semana passada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Dias Toffoli (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), porque é importante que se tenha, no

processo, não quem votou em um sentido ou em outro, mas os votos quanto a resposta positiva e negativa. Isso não ocorreu? Não se documentou?

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não. Não se documentou, não se verificou nenhum prejuízo nisso e a nova redação do Código é neste sentido: formada a maioria, não precisa constar.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu até estava fazendo um júri simulado, nesse final de semana, e os jurados iam opinar. Eram todos Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo e alguns do TRF. Quando quatro opinaram no mesmo sentido, eu brinquei e disse: olha, não é preciso colher a opinião dos demais. Mas, evidentemente, era um júri simulado, e todos deviam falar.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): É, porque *utile per inutile non vitiatur*, não tem como criar prejuízo depois disso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ou seja, podemos ter situação concreta em que nem todos os jurados participaram da votação, como no caso figurado pelo Ministro Dias Toffoli.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas aqui penso que não é isso; aqui ainda foi na sistemática anterior, mas só se colocou que foi majoritariamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas o que surge é que é essencial à formalidade o preenchimento do questionário quanto aos quesitos colocados e as respostas dadas pelos jurados a esses quesitos. Não houve a formalização desse ato. Simplesmente ocorreu a proclamação de que se respondeu, neste ou naquele sentido, por maioria. Até mesmo para recorrer apontando-se que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, é importante saber como os jurados votaram, para perceber a ambiguidade, ou não, da situação.

Peço vênia, Presidente, para, no caso, em jogo o direito de defesa, conceder a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 104.308/RN — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Djanildo Medeiros dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. 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.

———

HABEAS CORPUS 106.212 — MS

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: Cedenir Balbe Bertolini — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Violência doméstica – Art. 41 da Lei 11.340/2006 – Alcance. O preceito do art. 41 da Lei 11.340/2006 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato.

Violência doméstica – Art. 41 da Lei 11.340/2006 – Afastamento da Lei 9.099/1995 – Constitucionalidade. Ante a opção político-normativa prevista no art. 98, inciso I, e a proteção versada no art. 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei 9.099/1995 – mediante o art. 41 da Lei 11.340/2006 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em indeferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 24 de março de 2011 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Adoto a título de relatório as informações prestadas pela assessoria:

> Em 27 de agosto de 2007, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 21, cabeça, do Decreto-Lei 3.688/1941 – contravenção penal de vias de fato. Em 12 de janeiro de 2009, acabou condenado à pena de quinze dias de prisão simples, substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, em observância ao art. 41 da Lei 11.340/2006 (proibição de aplicação da Lei 9.099/1995 – lei da violência doméstica contra a mulher).
>
> Contra a sentença foi interposta apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. A defesa sustentou, preliminarmente, a não observância do art. 89 da Lei 9.099/1995, discorrendo sobre a Lei 11.340/2006 e apontando o descabimento da vedação prevista no art. 41 desse diploma. Requereu o retorno do processo à origem para viabilizar ao órgão do Ministério Público o oferecimento do benefício da suspensão condicional. No mérito, alegou não estar o conjunto probatório apto a respaldar o decreto condenatório, asseverou haver ocorrido legítima defesa e pleiteou a aplicação do princípio favorável ao réu, com a consequente absolvição.

O Tribunal de Justiça não conheceu da questão preliminar e negou provimento ao recurso. Consignou terem ficado devidamente provadas, no processo, tanto a materialidade do delito como a autoria.

No *habeas corpus* formalizado no Superior Tribunal de Justiça, sob o n. 144.769/MS, a defesa reafirmou as teses aduzidas na apelação, buscou o deferimento de liminar para suspender os efeitos da sentença penal condenatória e do acórdão alusivo ao recurso e, no mérito, pediu a anulação do referidos atos jurisdicionais bem como a volta do processo à origem para o Ministério Público pronunciar-se sobre a suspensão condicional. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator, não acolheu o pleito de concessão de medida acauteladora, por entender ausentes o sinal do bom direito e o perigo de demora. A Quinta Turma do Tribunal indeferiu a ordem. Assentou a aplicação do art. 41 da Lei 11.340/2006 e, evocando precedente do Supremo – HC 86.007/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence –, explicitou a inadequação, no caso, do benefício da suspensão condicional do processo, ante a superveniência da decisão penal condenatória.

Mediante esta impetração, a Defensoria Pública da União pretende infirmar o mencionado acórdão. Reitera as questões arguidas nas instâncias judiciais já percorridas e requer a declaração de inconstitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, determinando-se o retorno do processo ao Juízo e a abertura de vista ao Ministério Público visando definir a suspensão referida.

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral da República discorre sobre o art. 41 da Lei 11.340/2006, a afastar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais por não consistir a violência doméstica contra a mulher em delito de menor potencial ofensivo, argumenta sobre a necessidade de proteção da família, diz da conformidade da chamada "Lei Maria da Penha" com a Carta Federal e defende a constitucionalidade da norma citada. Opina pelo indeferimento da ordem.

Observo que a sentença e o acórdão da apelação concernem tão somente ao art. 21 do Decreto-Lei 3.688/1941, não havendo remissão ao art. 129, § 9º, do Código Penal a que se refere o acórdão do *habeas corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, cuja cópia foi encaminhada eletronicamente.

Lancei visto no processo em 9 de março de 2011, liberando-o para ser julgado no Plenário a partir de 17 seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A família mereceu proteção especial da Constituição de 1988 – Capítulo VII do Título VIII – Da Ordem Social. A união estável entre o homem e a mulher é considerada como entidade familiar – art. 226, § 3º, da Carta. Ante esse contexto e a realidade notada, veio à balha a Lei 11.340/2006, cujo objetivo principal é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 do Diploma Maior:

Art. 226. (...)
(...)

> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O art. 7º da citada lei revela o que se entende como violência doméstica e familiar contra a mulher: não é só a violência física, mas também a psicológica, a social, a patrimonial e a moral. Deu-se concretude ao texto constitucional, com a finalidade de mitigar, porquanto se mostra impossível dissipar por completo, o que acontece Brasil afora.

O paciente foi condenado presente o art. 21 do DL 3.688/1941 – prática de vias de fato. A Defensoria Pública da União insiste no afastamento do disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, afirmando o conflito com o texto constitucional. O móvel seria o tratamento diferenciado. Ocorre que este veio a ser sinalizado pela própria Carta Federal no que buscada a correção de rumos. Mais do que isso, conforme o art. 98, inciso I, do Diploma Maior, a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, submetendo-a ao julgamento dos juizados especiais, depende de opção político-normativa dos representantes do povo – os Deputados Federais – e dos representantes dos Estados – os Senadores da República. No caso, ante até mesmo o trato especial da matéria, afastou-se, mediante o art. 41 da denominada "Lei Maria da Penha", a aplicabilidade da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, aos delitos – gênero – praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Eis o teor do preceito: "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995".

Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não a contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fujam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente, seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei 9.099/1995 no que, em processo-crime – e inexiste processo-contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar. Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.

Tenho como de alcance linear e constitucional o disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que, alfim, se coaduna com a máxima de Ruy Barbosa de que a "regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam (...). Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real". O enfoque atende à ordem jurídico-constitucional, à procura do avanço cultural, ao necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias considerada a célula básica que é a mulher.

Bem andaram o Juízo, o Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, estes dois últimos ao manterem o quadro decisório formalizado, que resultou na aplicação da pena de quinze dias de prisão simples substituída por

restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, aliás mera advertência a inibir a reiteração de prática das mais condenáveis.

Indefiro a ordem, declarando a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, cuja importância para a preservação dos interesses maiores da sociedade equipara-se, se é que não suplanta, à dos avanços ocorridos com o Código Nacional de Trânsito, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, de clínico geral jurídico devo transformar-me em especialista, especialista em Lei Maria da Penha, e explico.

Sou relator de outros três processos, dois deles objetivos: uma declaratória de constitucionalidade – formalizada pelo Presidente da República, na qual indeferi a liminar, tendo em conta que o objeto da liminar seria a suspensão de todos os processos em curso no território nacional versando a referida lei –, uma ação direta de inconstitucionalidade e um mandado de segurança, que envolveu a punição de um juiz. Aliás, nesse mandado de segurança, ao deferir a liminar, fui mal compreendido por um veículo de comunicação. Uma grande revista de circulação nacional apontou que o juiz conseguira uma solidariedade – seria a minha. Mas, no início da decisão, na parte relativa à fundamentação, disse que em jogo estava predicado maior da magistratura, que é a independência.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, assim como o Ministro Marco Aurélio teve que se tornar um especialista na Lei Maria da Penha, na data de hoje, eu também tive que me dedicar a esse *munus* e verifiquei que realmente o histórico do surgimento da Lei Maria da Penha é da própria tutela da dignidade da pessoa humana.

Como bem destacou o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, a criação da Lei Maria da Penha, com os seus consectários, vale dizer, com as suas figuras delitivas e com o seu procedimento próprio, encontra embasamento legal no art. 98, I, e notadamente na *ratio legis* do art. 226, 7º, da Constituição Federal. Porque esse artigo de tutela da família e da mulher indicia que está autorizada a criação de mecanismos adequados à repressão desse ilícito, e um dos mecanismos adequados é exatamente a criação de um juizado. E por que a criação de um juizado? Porque os juizados especiais comuns não se aprofundam na causa, eles normalmente são voltados para causas de menor complexidade.

E aqui se observa, na própria razão de ser da Lei Maria da Penha, que, longe de pretender um revanchismo legal, estipula-se a criação desses juizados contra a violência doméstica para dar mais agilidade aos processos e para que as investigações sejam mais detalhadas, com depoimentos, inclusive, de

testemunhas, que são – digamos assim – procedimentos ou ritos incompatíveis com a celeridade do procedimento dos juizados especiais.

Por outro lado, eu também verifico que, na aferição da constitucionalidade das leis, à luz dessas cláusulas pétreas da isonomia e da razoabilidade, a Suprema Corte apenas exige que a lei tenha uma razão jurídica, tenha uma causa jurídica, porque, nesse conflito, entre uma causa jurídica suficiente e um mero princípio, segundo a jurisprudência do nosso Tribunal, que anotei na ADI 1.158, nesse confronto, deve prevalecer a regra específica.

Então, efetivamente, também concordo com o argumento de encerramento do Ministro Marco Aurélio que, na essência, significa dizer o seguinte: mulheres que sofrem violência doméstica não são iguais às mulheres que não sofrem violência doméstica. De sorte que essa é a verdadeira aplicação do princípio da isonomia: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Parabenizo-o pelo seu voto, de uma especialidade *ex abrupto*, surgida aqui no julgamento, e o acompanho integralmente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não me imaginava, um ex-Juiz do Trabalho, julgando a matéria, muito menos no Supremo.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, parabenizo o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, tanto do ponto de vista da técnica jurídica, quanto da perspectiva das razões históricas e sociais que levaram à edição da lei e do dispositivo ora impugnados.

Mas, em primeiro lugar, em razão de votos que proferi em outros *habeas corpus*, que tratavam, por exemplo, da possibilidade de concessão de liberdade provisória no crime de tráfico ou de conversão da pena privativa de liberdade em substitutiva, é necessário distinguir que aqui – aqueles casos também foram defendidos, e muito bem defendidos da tribuna, como hoje, de maneira corajosa, veio o nobre defensor fazer a defesa do seu constituído – não estamos no campo da individualização da pena. Nós, aqui, estamos no campo de saber se o legislador estabeleceu, ou não, a aplicação para a defesa desse bem jurídico que é a integridade física da mulher no âmbito familiar desse ou daquele rito processual – no caso, se seria ou não submetido ao art. 98, I. Então, não há conexão aqui com votos que proferi no sentido de conceder a ordem naquelas outras hipóteses relativas à Lei de Drogas, porque lá eu estava no âmbito da individualização da pena; aqui estamos no âmbito de qual é o rito processual e se são aplicáveis ou não determinadas situações como a suspensão do processo neste caso.

Dito isso, Senhor Presidente, o meu posicionamento vai no sentido de acompanhar o eminente Relator, mas gostaria de mencionar algumas das razões extremamente graves e importantes que levaram à edição dessa Lei.

Se nós formos nas Ordenações Filipinas, que vigoraram em âmbito de matéria penal até 1830 no Brasil, nós encontraremos o seguinte dispositivo: “achando

o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou o nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade". Se o adúltero tivesse um *status* social superior ao do marido, o marido não poderia matá-lo; se fosse de um *status* social inferior, poderia. Mas à mulher, sempre, ele poderia matar, e ele seria inimputável, excludente de punibilidade. Isso vigorou no Direito brasileiro até 1830.

Lembro-me de ter, nos bancos universitários, ao estudar Direito de família, observado que todos os teóricos do Direito privado criticavam o Código Civil de 1916, dizendo que o Código Civil de 1916 discriminava a mulher casada, porque a mulher casada, pelo Código de 1916, era considerada relativamente capaz. Foi só com o Estatuto da Mulher Casada, da década de sessenta, que se extinguiu esta *capitis deminutio*: a mulher, quando era solteira e maior, era capaz, e, quando se casava, tornava-se relativamente capaz.

Se fôssemos analisar as ordenações, que, em matéria civil, vigoraram até então, a situação da mulher casada e a da mulher solteira era ainda mais inferior. Quer dizer, houve já um avanço, embora a teoria jurídica posterior tenha negado, no Código Civil de 1916, assim como houve um avanço no Código Penal de 1830, muito embora ainda não levando a situação jurídica da mulher à equiparação com a do homem, é verdade, mas já avançando historicamente.

Dentre esses avanços, tivemos então o Código Penal de 1830; tivemos o Código Civil de 1916; o Estatuto da Mulher Casada, de 1962; tivemos alterações pontuais na legislação e tivemos, na Constituição de 1988, o ápice da igualdade entre o homem e a mulher. Mas é evidente que questões culturais e históricas não se mudam só com lei. É necessária uma política afirmativa, é necessário que o Estado proponha políticas públicas no sentido de transformar essa igualdade formal numa igualdade material.

Esta lei, a Lei Maria da Penha, que vem em boa hora garantir uma proteção maior à mulher no seio de sua família, além de constitucional, a meu ver, é extremamente necessária, porque é no seio da família que, infelizmente, se dão, no dia a dia da sociedade, as maiores violências e as maiores atrocidades. É lá que se forma a pessoa que se torna violenta no futuro, a criança que apanha, a criança que é maltratada, a criança que vê o pai ser violento com a sua mãe.

Se nós formos ao Código Civil, ainda há uma excrescência em vigor, Ministro Marco Aurélio, ao meu modo de ver, no art. 1638 – e, aqui, eu já saio do âmbito exclusivo da mulher e vou para o âmbito da família e da criança:

> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
> I – castigar imoderadamente o filho.

A contrario sensu, permite-se castigar moderadamente; *a contrario sensu*, pode castigar moderadamente alguém indefeso. O mais vil dos criminosos, se tiver um processo e uma ação penal contra ele, terá direito a um advogado de defesa, que será por nós constituído, acaso não tenha constituído um por vontade própria. E essa criança? Ou a mulher, no seio familiar? Que defesa ela tem contra

essa violência? Que advogado de defesa dativo ela tem? Que defensor público ela tem? Ela não tem. Ela não tem essa defesa, e é isso que gera a violência que nós vemos depois nas ruas; é isso que gera psicopatas futuros.

Bater em uma criança, bater no seu filho é torturar o seu filho. O mais vil dos criminosos, se confessa o crime sob tortura, o que nós fazemos aqui? Nós declaramos a invalidade e a nulidade da confissão, em razão da atrocidade que aquele adulto, por mais vil que seja, foi submetido. **E a lei brasileira permitimos que uma criança seja moderadamente castigada!**

E como definir o que vai além de uma palmada, o que vai além disso? Nós temos que extirpar isso da nossa cultura. A Lei Maria da Penha vem nessa política afirmativa, mas ela sozinha não basta. Não transfiram, senhores parlamentares e membros do Poder Executivo, exclusivamente ao Judiciário e ao Ministério Público a responsabilidade pelo combate à violência doméstica, por intermédio da criminalização. A criminalização pegará o residual. Ela vale como simbólico, como uma questão realmente sinalizadora para a sociedade, mas o importante, o mais importante e o mais eficaz são as políticas educativas cotidianas, a serem feitas pelo Estado brasileiro.

Nós temos que afirmar, cada vez mais, a necessidade de se pôr um fim à violência no seio familiar, e isso tem que ser estendido às crianças. Há projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional. Mas só a lei não basta. E aqui eu vejo que, na assistência, nós temos parlamentares, deputados federais, deputadas federais, senadoras da República, ministra de Estado.

Eu já disse, em entrevistas que tive oportunidade de conceder, que um dos grandes problemas do País é a violência no seio familiar. E, para combater essa violência, não basta só a lei criminalizadora, porque a lei criminalizadora vai atingir a exceção, vai penalizar o residual. São necessárias políticas públicas, especialmente políticas públicas de comunicação.

Com efeito, já tive a oportunidade de asseverar que é de todos conhecida uma marca de refrigerante que não fica um dia sequer sem que haja propaganda dela nos intervalos do horário nobre da televisão brasileira. Será porque gosta ela de gastar dinheiro com propaganda? As cervejas do País? Todos os dias nós ligamos a televisão e nós temos lá a propaganda da cerveja. Por que estas empresas todo dia veiculam propaganda? É porque elas gostam de gastar com propaganda? Não. É porque é necessário manter, para os fins comerciais dessas empresas, na mente das pessoas, que é bom tomar isso, que é bom tomar aquilo, na visão delas.

Pois bem, **as políticas públicas de Estado na área de comunicação em relação à violência contra a criança, à violência contra a mulher, à violência no seio da família deviam ser cotidianas e o tempo todo**. Eu não entendo essas campanhas que duram um mês, porque vamos ter o Dia Internacional da Mulher, ou porque vamos ter a semana das crianças em outubro. Aí, se faz uma campanha ou campanhas contra a violência no trânsito só nas épocas de festas de fim de ano ou de carnaval. Essas campanhas educativas têm que ser permanentes, senhoras parlamentares, senhores integrantes do Poder Executivo. Penso

que não pode haver um dia em que as famílias brasileiras não vejam propagandas educativas e formativas.

Senhor Presidente, com essas considerações, acompanho o brilhante voto do eminente Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, começo por dizer que entendo perfeitamente o constrangimento declarado pelo nosso nobre defensor, sempre presente, especialmente na Primeira Turma, porque se trata da defesa de uma tese da parte dele, que cumpre muitíssimo bem e o engrandece na sua função de defensor, mas que realmente representa uma dificuldade em face da realidade a que nós assistimos o tempo todo.

Eu diria, ao iniciar o meu voto, Ministro Dias Toffoli, que Vossa Excelência iniciou citando uma Lei de 1830. E para nós, mulheres, juízas, advogadas, que não tenham profissão ou que tenham qualquer profissão, o triste é que aquela lei passou, mas a cultura social ainda não se transformou. O preconceito continua, o preconceito gera raiva, raiva gera violência. E essa violência de dentro de casa é muito pior, porque ela é silenciosa e ela não quebra – e talvez isso, neste *habeas corpus*, especificamente, se deixa apenas entrever –, não é a carne de uma de nós, até porque, todas as vezes que uma de nós é atingida, todas as mulheres do mundo são. É a circunstância de que se quebra a psiquê de cada uma de nós. É a autoestima que vai abaixo, é esta mulher que não tem mais condições de cumprir o seu papel com a dignidade – estamos falando, na verdade, da dignidade humana.

E esses preconceitos dificultam muito a vida de todas nós, mulheres. Primeiro, porque o Direito não combate o preconceito – nem pode, nem tem como, o Direito combate a manifestação do preconceito. Qualquer uma de nós, mulheres – estamos aqui, neste Plenário, assentadas pelo menos três: a Ministra Ellen Gracie, a nossa Subprocuradora e eu mesma –, mesmo contra nós há preconceito. E o preconceito se passa no olhar da pessoa, no carro ao lado, quando uma de nós está no carro oficial, porque não se imagina que uma de nós possa ser titular do carro. E este olhar não vai mudar. Mas a manifestação do preconceito realmente são as políticas públicas e as leis como esta que podem mudar ou que podem fazer que a sociedade mude. Este preconceito gera vergonha. E, normalmente, a vergonha e o medo são, a meu ver, os piores fatores de enfraquecimento do ser humano e de afronta ao princípio da dignidade humana, porque temos que nos reconstruir, todos os dias, em face desses elementos.

Por isso, essa nossa trajetória de mulher objeto – que até a década de sessenta e de setenta ainda se falava nisso –, a mulher sujeito de direitos. Realmente, foram lutas e conquistas que acabaram gerando leis como esta, no atendimento de princípios constitucionais, que fizeram com que houvesse mudanças significativas para se ter eficácia dos direitos constitucionais, já que o princípio da igualdade foi tão enfatizado – é o princípio mais vezes repetido na Constituição brasileira de 1988.

Norberto Bobbio dizia que, no século XXI, o nosso problema – nosso que eu digo é de todo ser humano, de todas as sociedades – não era mais a da conquista de direitos, mas a de tornar efetivos os direitos que foram conquistados. Nós, mulheres, conquistamos, sim, direitos, mas a eficácia e a efetividade não apenas jurídicas, mas social dos direitos, ainda é um caminho longo a percorrer por todos os que passam – as chamadas minorias não numéricas, mas minorias de direito, e aí incluímos nós, as mulheres.

Penso que, neste caso, em que pese o brilhante trabalho da defensoria pública, realmente não há que se falar em inconstitucionalidade. Parece que fica claro – a Procuradoria deixou isso, o voto do eminente Relator – no sentido de que o art. 41, que é aqui questionado, não apenas não desatende à Constituição, mas bem ao contrário, vem dando cumprimento à norma constitucional, especificamente ao § 8º do art. 226, que protege não apenas a integridade física de uma pessoa, da mulher, mas a integridade física e moral da própria família. Porque é esta mulher quem vai educar o homem e a mulher de amanhã.

Na minha concepção do que seja igualdade – e aqui falo de uma igualdade que precisa ser transformada para chegar ao mesmo patamar de não apenas titularizar direitos iguais, mas de poder usufruir dos direitos de forma igual, com igualdade de oportunidades humanas –, eu acho que o que se fez aqui foi, em face da ineficácia das medidas adotadas o tempo todo, por até tentativas que foram feitas desde a década de sessenta, especialmente, no sentido de garantir a igualdade de direitos, acho que esta lei veio exatamente dotar de instrumentos que tornam eficazes as medidas que a Constituição estabeleceu. Essas medidas seriam providências estatais necessárias para que se pudesse realmente usufruir dos direitos em condições iguais, homens e mulheres, e livrar as mulheres, senão da violência que continua a acontecer, principalmente que pudessem fazer com que, ocorrida a violência, se desse uma resposta estatal pronta a esta violência que fica, muitas vezes, escondida.

Não apenas, a meu ver, a norma é constitucional, e, portanto, impõe-se a denegação da ordem, que é como eu voto. Eu diria que – quem conhece bem a realidade das mulheres sabe, e sabe bem, não apenas no Brasil, mas o que nos atinge, nossa responsabilidade constitucional, como julgadores, é com o Brasil e com as mulheres brasileiras – qualquer caminhada nossa, em qualquer lugar deste País, faz com que o que a gente vê ainda de violência contra a mulher, contra nós todas, ainda é de multiplicar muitas vezes as nossas dores.

São leis como essas, são medidas políticas estatais adotadas pelos Três Poderes, no caso, a lei, que fazem com que eu possa aplicar aqui o verso de Paulo Mendes Campos: "Que se multiplicou a minha dor ao saber de tantas dores de tantas mulheres". O fato de estarmos a julgar uma lei que dá exatamente instrumentos que possibilitam a igualação das mulheres e não apenas a igualdade, que é estática, mas a dinâmica da igualdade, multiplica muito a nossa esperança de que realmente tenhamos os direitos constitucionais das mulheres devidamente resguardados.

Por isso, Senhor Presidente, não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade, também denego o *habeas corpus.*

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, quando o legislador ordinário definiu, no art. 41 da Lei 11.340, que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher estavam fora do âmbito da Lei 9.099, na verdade fez uma opção legislativa, uma opção de política criminal perfeitamente consentânea com a Constituição Federal, como foi demonstrado à saciedade pelos Colegas que me precederam, especialmente porque deu cumprimento ao que se dispõe no art. 226, § 8º, da Constituição.

O que fez o legislador ordinário no art. 41? Retirou esse tipo de crime praticado contra a mulher no âmbito doméstico daquele rol de crimes considerados de menor potencial ofensivo. O legislador ordinário diz o seguinte: são crimes de maior potencial ofensivo, exatamente porque atingem um dos valores mais importantes da Constituição, que é justamente a proteção da família. O art. 226, *caput*, diz: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

Por essas razões, Senhor Presidente, também indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Presidente, também não vejo nenhuma inconstitucionalidade na lei.

Em primeiro lugar, a exemplo do Ministro Lewandowski, entendo que a lei é uma opção de política criminal do legislador. Em segundo lugar, vejo que as previsões da lei buscam proteger e fomentar o desenvolvimento do núcleo familiar sem violência, impedindo que, sob o manto da família e da intimidade, seja imposta uma submissão física, econômica e psicológica à mulher com a consequente limitação da sua liberdade. Isto, sim, desconfigura o conceito de família, protegido constitucionalmente, e conduz ao surgimento de um núcleo social de poder patriarcal que se auto excluiria da obediência ao ordenamento jurídico.

Não é outro o sentido do art. 226, § 8º, da Constituição que estabelece:

> Art. 226. (...)
> (...)
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Por essas considerações, também, denego o *habeas corpus*, acompanhando o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, também, não consigo enxergar inconstitucionalidade no art. 41 da lei agora adversada, a Lei Maria da Penha, seja sob o ângulo da igualdade, seja sob o ângulo da proporcionalidade.

Em rigor, estamos a apreciar o caso num contexto mais do que penal. Embora seja um *habeas corpus*, o contexto jurídico da questão é muito mais do que de Direito Penal ou de Direito Processual Penal, é rigorosamente de Direito Constitucional. A Constituição é especialmente zelosa no trato jurídico da condição feminina, mas para conferir à mulher uma superioridade jurídica, como uma forma de compensação das desvantagens históricas experimentadas pela mulher como espécie do gênero humano.

Na verdade, a matéria de proteção à mulher se inscreve no âmbito do que eu venho chamando – permito me referir à obra de doutrina "Teoria da Constituição", que escrevi em 2003 – de advento do constitucionalismo fraternal, que é um constitucionalismo diferente do social, porque não busca propriamente a inclusão social dessa ou daquela pessoa num plano econômico ou num plano cultural genérico. Não é isso. Busca a integração comunitária daquelas pessoas integrantes de segmentos historicamente desfavorecidos e até vilipendiados, como o segmento das mulheres, dos negros, dos homoafetivos, dos portadores de deficiência física, para ficar apenas nesses estamentos – chamemos assim.

A Constituição, desde o preâmbulo, fala da igualdade, mas na perspectiva da construção de uma sociedade fraterna. E o que é uma sociedade fraterna? É uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Depois, a Constituição, no art. 3º, IV, ao falar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, proíbe expressamente a discriminação, o preconceito em função do sexo. E "sexo" aí não é aparelho genital, não é órgão sexual, é "sexo" no contexto daquela dicotomia básica entre homem e mulher. A Constituição faz uso do vocábulo "sexo" para dizer que não pode haver discriminação entre homem e mulher – discurso, aliás, normativo, que é repetido no art. 5º, I:

> Art. 5º (...)
> I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Mas essa igualdade só interessa às mulheres, porque, para proclamar a igualdade dos homens, nunca houve necessidade nem de lei nem de constituição. No plano dos fatos, os homens sempre se comportaram como se superiores fossem, levando para o campo da honra ou para o campo da dignidade intrínseca a sua vistosa superioridade física. E a Constituição, em diversas passagens, vai falando da mulher no sentido superlativo, juridicamente superlativo, como forma de compensação das suas desvantagens no plano factual, mas não só factual, factual-histórico, numa renitência de patriarcalismo ou de machismo sul-americano, que toca as raias da brutalidade contra a mulher.

Daí por que já, no capítulo dos direitos sociais, a Constituição diz que a licença à gestante é de cento e vinte dias, e a licença ao homem é de oito dias, nos termos fixados em lei, quanto à licença paternidade. Depois, a Constituição, no inciso XX, do art. 7º, diz que haverá:

> XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Por quê? Porque, no mercado de trabalho, a mulher também é desfavorecida, seja quanto às oportunidades de ocupação de vaga, seja quanto à fixação do próprio salário. Então, para proteger o homem, nunca houve necessidade de lei, porque o que provoca instabilidade social, temerária, é a superioridade factual dos homens em relação às mulheres, inclusive no mercado de trabalho.

O Direito existe para quê? Para sanear ambientes instabilizados por efeito de desigualdades que persistem no tempo e com intensidade suficiente para provocar sérios ou temerários desequilíbrios. Essa pretensa superioridade masculina é que provoca desequilíbrios sociais a justificar respostas normativas compensatórias das mulheres. Então, sempre que a Constituição fala de igualdade de mulheres e homens, é aquele tipo de igualdade que se confere, por exemplo, ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo perante o Poder Executivo. Nunca houve necessidade de lei para proteger o Poder Executivo, só houve necessidade de lei e de Constituição para proteger o Legislativo e o Judiciário, porque o Executivo sempre foi o detentor da força policial, da força armada, do erário, detendo em suas mãos as chaves do cofre e das prisões. A mesma coisa acontece com as mulheres. Quando a Constituição também proíbe diferença de salário em função do sexo, está fazendo num contexto de proteção da mulher. Mesmo quando reduz em cinco anos a idade de aposentadoria das mulheres, a Constituição está fazendo justiça àquilo de que falou o Ministro Marco Aurélio, citando, apropriadamente, Rui Barbosa, o qual aperfeiçoou a máxima de Aristóteles, segundo a qual a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais. Mas Rui Barbosa foi além, dizendo que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, na medida em que se igualam, factualmente, e desigualmente os desiguais, na medida em que também, factualmente, se desigualam.

A Constituição, no próprio capítulo "Da família", volta a falar de igualdade, mas nesse contexto de preocupação com a promoção da mulher.

Diz a Constituição:

> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A quem interessa esse tipo de norma? À mulher, e não ao homem, porque o homem – volto a dizer – nunca precisou de proteção jurídica, as mulheres, sim.

Depois, a Constituição no § 8º, do art. 226, diz:

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Ora, quem, historicamente, é vítima de violência nos ambientes domésticos? Os homens? As mulheres. E proteger as mulheres é mais do que proteger as mulheres, é proteger as crianças, com quem as mulheres têm muito mais afinidade, identidade, intensidade de afetos, comportando-se perante seus filhos como se eles fossem crias, e como se elas fossem verdadeiras lobas, como se diz, tradicionalmente, numa linguagem literária. As mulheres dão a vida pelos seus próprios filhos, sem qualquer pestanejamento, sem qualquer hesitação.

É curiosa essa discrepância entre a ordem social, desfavorecedora das mulheres, e a ordem divina – digamos assim –, porque salta aos olhos – para quem é criacionista, e eu sou criacionista – que a obra-prima da criação é a mulher. Daí se falar até de instinto maternal, e ninguém nunca falou de instinto paternal. As mulheres têm premonição. Deus, quando criou a mulher, não se permitiu terceirizar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência me permite? Inclusive as mulheres suportam o que aponto como deformidade sublime, que é a gravidez, portando um ser. E, portar um ser é a grande compensação, além de ter-se a volta ao perfil primitivo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Pois é.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, uso a palavra apenas para aditar o voto quanto à interpretação que empreendi. Precisamos afastar a incongruência que seria ter na lei especial a criação dos juizados específicos e cogitar da aplicação da Lei 9.099/1995, olvidando, inclusive, a regra do art. 4º, segundo a qual – um verdadeiro farol interpretativo, pedagógico –, na interpretação, serão considerados os fins sociais a que a lei se destina e especialmente as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E, vias de fato consubstanciam violência contra a mulher.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Foi, exatamente.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Foi a ADI 3.096. O Plenário analisou a aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes previstos no Estatuto dos Idosos e deu interpretação conforme ao art. 94 do Estatuto no sentido de que os crimes contra idosos, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, somente se aplica a lei nos aspectos estritamente processuais – é a Lei 9.099 –, não se admitindo, em favor do autor do crime, a incidência de qualquer medida despenalizadora. Ou seja, o idoso seria beneficiado com a celeridade processual, mas o autor do crime não seria beneficiado com a eventual composição civil dos danos, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Senhor Presidente, então, em última análise, eu entendo que o voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido do indeferimento do *habeas corpus*, está

rigorosamente conforme a Constituição, e o art. 41 da Lei Maria da Penha só merece da nossa parte louvores pela sua compatibilidade material com a Constituição brasileira.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, também gostaria de louvar o voto do eminente Relator e lembrar que, de fato, nós já tivemos outras manifestações. Foi citada a ação direta de inconstitucionalidade da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se apontou que uma proteção reforçada a determinados valores previstos no texto constitucional não significa desigualdade ou mesmo violação ao princípio da proporcionalidade.

Lembrava a douta Vice-Procuradora-Geral, que, neste tema, e nesses temas específicos, além da ideia da proporcionalidade, que nós temos discutido na dimensão da proibição do excesso legislativo, há também a outra dimensão: é a proibição da proteção insuficiente, a ideia da violação, exatamente, ao princípio da proibição da proteção insuficiente, que é a outra faceta dessa noção de proporcionalidade.

De um lado, nós temos a chamada proibição do excesso, o chamado *Übermassverbot,* e, do outro, a da proibição da proteção insuficiente ou a chamada *Untermassverbot,* e, aqui, então, nós temos a necessidade de medidas que, de fato, protejam as pessoas, eventualmente, que estão numa situação de possível diferenciada hipossuficiência. Nós já tivemos oportunidade de discutir essa matéria, no que dizia respeito a eventual benefício pretendido por autor de crime sexual contra menor, valendo-se da chamada união estável. Já tivemos oportunidade de discutir isso nessa dimensão.

Também aqui me parece legítimo que o legislador faça esse experimento institucional. O ideal até é que haja um acompanhamento para se verificar o resultado dessas providências ao longo do tempo, porque o que o legislador quer é, de fato, superar também um quadro deficiente no plano cultural. Nós vemos, inclusive, que – o Ministro Dias Toffoli lembrou bem toda essa evolução histórica –, no próprio universo mental masculino, muitas vezes, essas questões são tratadas de forma jocosa, pejorativa, sinalizando uma certa leniência com uma prática que realmente traduz uma deplorável violência, um deplorável aproveitamento de uma situação. A situação de domínio, muitas vezes, nós vemos no quadro hoje dominante, no quadro em que a mulher, às vezes, depende economicamente do homem e, por isso, não dispõe de condições de denunciar, de pedir auxílio. Nós vimos, não faz muito tempo, o relato de episódio – acho que ocorreu em Belo Horizonte – em que uma pessoa havia pedido proteção e, tempos depois – a Procuradora relatou isso –, essa sequência de atos culminou com o seu assassinato.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência me permite? Nesse campo, a reincidência é regra, não é exceção.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, em geral há um agravamento, e este caso, inclusive, indicava isso; foi um caso filmado pelas câmeras do local de trabalho da vítima, que culminou com o seu assassinato.

Então, é necessário, inclusive, que nós tenhamos presentes todos esses aspectos envolvidos nessa cultura altamente negativa de violência que contamina toda a família. Já o disse bem o Ministro Dias Toffoli que quem assiste à violência contra a mulher, a criança, certamente vai cultivar todos os seus traumas. De modo que talvez a própria Lei Maria da Penha merecesse realmente um acompanhamento quanto a sua aplicação. Significa dizer: Qual é o resultado que se obtém? Quantos são os casos? Hoje comemoramos – uma comemoração um tanto quanto macabra – o resultado positivo da denúncia, o fato de hoje já termos mais denúncias, até porque esses crimes em geral ficam cobertos por essa névoa, assumem esse caráter encoberto ou recôndito. Mas temos que trabalhar agora numa outra perspectiva, que é a de redução significativa desses casos, de mudança dessa cultura. E, nesse sentido, é evidente que não se pode dar um tratamento privilegiado, é diferente, inclusive, a ótica da Lei Maria da Penha e da Lei 9.099, são desideratos, *approaches* diferentes.

Com essas considerações, chamando a atenção, então, para esse aspecto, também acompanho e louvo o cuidadoso voto trazido por Sua Excelência, o Ministro Relator, e pelas manifestações que já se seguiram, ressaltando a necessidade de se fazer, realmente, um acompanhamento para se saber da efetividade da medida no tempo.

É muito comum, Ministra Ellen, nos Estados Unidos, por exemplo, aquela obrigatoriedade de se fazerem relatórios sobre os experimentos legislativos para que, de fato, se possam fazer no futuro os devidos aperfeiçoamentos. Aqui estamos diante de um caso, e hoje temos tantos grupos de trabalho, o próprio CNJ tem um grupo que se dedica a essa questão, desde a gestão de Vossa Excelência, que foi extremamente bem conduzido, à época, pela Conselheira Andréa Pachá, que pode subsidiar esse tipo de estudo e ajudar no aprimoramento deste diploma, que tem em vista não apenas coibir a violência contra a mulher, mas superar essa cultura negativa. De fato, é importante, então, que nós tenhamos esses aspectos todos em vista.

Presidente, um fato curioso: quando surgiu o debate sobre a constitucionalidade ou não da Lei Maria da Penha em seus diversos aspectos, nos visitava a presidente da Corte Constitucional Espanhola, Professora Maria Emília. Ela dizia que também lá se discutia a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, tendo em vista essa questão da isonomia. E acredito que lá, como aqui, há esses aspectos culturais relevantes que estão sendo agora levados em conta na afirmação da constitucionalidade da disposição.

Indefiro a ordem também.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, acompanho às inteiras o brilhante voto do eminente Relator e faço minhas as palavras de todos os Colegas que já se manifestaram. Verifico que este Tribunal compreendeu perfeitamente a extensão do problema que a Lei Maria da Penha veio tentar resolver.

A violência doméstica, Presidente, isso já o disseram os Colegas, muito bem, é sub-reportada. Os casos de que se toma conhecimento são apenas alguns, os casos que chegam aos tribunais são as exceções, de modo que é um problema muito mais amplo, muito mais profundo da sociedade brasileira.

À época em que eu estava no Conselho Nacional de Justiça – o Ministro Gilmar Mendes lembrou isso – foi a da edição da Lei Maria da Penha e, naquele exato momento, coube-nos dar um impulso, uma convocação aos tribunais de justiça de todo o País para que, desde logo, estabelecessem esses Juizados Especiais. É muito importante, Senhor Presidente, que haja não apenas uma bela lei, mas que essa lei seja efetiva, que seja aplicada, e seja aplicada nas condições que se exige.

Uma vara, para aplicação da Lei Maria da Penha, precisa estar equipada não apenas com o juiz, o promotor e um secretário, mas com psicólogos, assistentes sociais, ela precisa ter casas de apoio para encaminhar essas vítimas, precisa de toda uma infraestrutura para recolocá-las no mercado de trabalho ou treiná-las para que possam fugir da dependência econômica, que é, muitas vezes, a causa de sua submissão.

De modo que eu fico hoje extremamente feliz. Congratulo-me de pertencer a esta Corte que compreende, com tanta adequação, a problemática que realmente enfrentamos, bem como que é preciso haver medidas muito concretas na direção dessa solução.

Senhor Presidente, não há também – passando para a análise jurídica – nenhuma inconstitucionalidade no art. 41. Ele não faz outra coisa que não tornar efetiva a Lei Maria da Penha. E – talvez tentando já adiantar um pouco a pesquisa que o Ministro Gilmar Mendes sugere – tenho certeza de que a Secretaria de Políticas Especiais para Mulheres haverá de, no futuro, acompanhar esse trabalho, bem como todas as entidades femininas do País.

Senhor Presidente, Senhores Ministros, é preciso que diminua significativamente a cultura de violência doméstica. Que o empurrão na mulher – é o caso presente – não seja tratado como algo de somenos, ele não é um delito de menor gravidade, ele tem repercussões muito amplas e que vão além da vítima. Ele se reflete sobre toda família, ele gera violência, ele faz introjetar violência nas crianças daquele grupo familiar e reproduz essa violência no futuro.

Portanto, se nós queremos um País em paz, com boas condições de vida para sua população, e liberado desse fantasma, que a todos assombra, o da violência geral na nossa sociedade, precisamos começar tomando providências para que a violência doméstica seja reduzida o mais breve possível. Não é um problema só do Brasil, mas, no Brasil, ele alcança níveis muito preocupantes.

De modo que eu me congratulo com o Tribunal e acompanho o eminente Relator para denegar a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Eu também acompanho o eminente Relator.

Posta a questão do ponto de vista jurídico perante os arts. 98 e 5º, *caput*, da Constituição Federal, não posso deixar de observar, em primeiro lugar, que o art. 98, I, não define o que sejam infrações penais de menor potencial ofensivo. Isso significa, portanto, que a lei infraconstitucional está autorizada a adotar tantos critérios quantos lhe pareçam convenientes do ponto de vista político-legislativo para definir o que seja infração de menor potencial ofensivo. Ou seja, não basta que uma lei, a partir do critério de pena máxima para certos tipos penais, considere como crimes de menor potencial ofensivo certos comportamentos, para que isso seja obrigatoriamente observado por todas as leis. É possível, como sucede no caso, que outra lei tome outro critério para discriminar, desse universo compreendido pelos comportamentos, cuja cominação de pena não atinja a esse máximo, alguns que não sejam considerados infrações de menor potencial ofensivo. Isso parece-me ter acontecido no caso em que esse art. 41 deixou claro que tal norma não reputa de menor potencial ofensivo a violência específica contra a mulher no âmbito doméstico. E, a meu ver, fê-lo com inteira razão, porque levou em conta diversas peculiaridades que, para o estabelecimento do regime jurídico, a mulher enfrenta, sobretudo dentro do quadro amplo daquilo que podemos chamar de relação amorosa. E são particularidades de ordem conceitual e de ordem histórica.

Do ponto de vista conceitual – o Ministro Joaquim falou, e já foi bem observado por vários votos de maneira exaustiva –, a violência contra a mulher não é apenas a violência física, considerada assim de um ponto de vista estritamente limitado, é também violência, sobretudo, de caráter psicológico, extremamente grave, independentemente das suas repercussões de ordem familiar. Considerada apenas do ponto de vista da vítima, ela já é extremamente grave. Por quê? Porque a mulher, dentro desse quadro, apresenta como dado de realidade uma vulnerabilidade do ponto de vista psicológico, do ponto de vista psíquico, do ponto de vista físico, do ponto de vista material e do ponto de vista econômico, salvo raras exceções. Como a lei vem responder a uma situação de caráter geral, é esta situação que é levada em conta para a norma.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência permite? A ênfase que Vossa Excelência coloca no aspecto da vulnerabilidade foi bem apanhada pela lei que, quando fala em violência doméstica, está se referindo à casa, digamos, ao lar. E, ali a mulher é mais desprotegida, porque está isolada com o seu agressor – a casa é o asilo inviolável do indivíduo –, ela não tem nem de quem se socorrer, e se submete à brutalização do agressor que, ao espancá-la, empurrá-la, agredi-la, incorre em suprema covardia e suprema desonra. Então, este aspecto

da vulnerabilidade – de que fala Vossa Excelência com propriedade – foi bem considerado pelo art. 41.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E a meu ver bastava o reconhecimento desta vulnerabilidade como dado da realidade social sob a qual incide a norma, para justificar que ela, absolutamente, não ofende em coisa alguma o princípio, o critério da igualdade.

Mas as razões não são apenas de ordem conceitual, em relação à natureza mesma e à repercussão desta violência à mulher, mas, também, são de ordem histórica. Por quê? Porque o que se verifica é uma inanidade – como bem relevou, com muita propriedade, a eminente Subprocuradora-Geral –, perante a experiência normativa dos Juizados Especiais quanto à repressão da violência doméstica. Quase uma década esses crimes eram submetidos aos Juizados Especiais, dentro do regime previsto pela Lei 9.099, mas isso na prática se tornou, absolutamente, inútil e ineficaz, e exigia, portanto, do legislador, uma mudança ativa. Para quê? Para, superando a ineficácia dessa experiência normativa, adotar uma estratégia, que eu chamo de uma estratégia de reação quanto a preconceitos culturais, históricos e normativos contra a mulher.

Eu não preciso aqui fazer retrospecto histórico de tudo que a respeito conhecemos. Mas não posso deixar de fazer algumas referências – que me parecem até pitorescas – a partir de uma data relativamente próxima, que é do Direito Romano, em que se distinguia em relação à posse dos bens, o patrimônio; e, em relação às coisas domésticas, o matrimônio.

E mais, a mulher sempre foi, no Direito Romano, considerada como parte do patrimônio. Na grande família, comandada pelo *pater familias*, a mulher era equiparada, de certo modo, aos escravos, etc., a *res*, a coisa. E, de lá para cá, passando pelas nossas Ordenações, vamos relembrar apenas o que dispunha o nosso velho Código de 1916, que consagrou, textualmente, em diversas normas, o primado da superioridade masculina sobre a mulher. Eu relembro o art. 240, em que a mulher assumia, pelo casamento, não apenas os apelidos do marido, obrigatoriamente, mas também a condição de companheira e de auxiliar nos encargos de família.

Pela Lei 4.121, que é 1962, a mulher durante o casamento continuava em situação de inferioridade em relação ao marido, que enfeixava aquilo que hoje conhecemos como autoridade parental, aquilo que o Código chamava de pátrio poder. E a mulher só podia exercê-lo com exclusividade no impedimento do marido etc. Mais do que isso, a mulher só podia praticar atos de comércio com autorização do marido – o Código era expresso em dizer que a mulher só estava autorizada a praticar certos atos jurídicos.

Noutras palavras, o que esta norma veio representar?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite também, sem querer ser inoportuno? A mulher só ganhou o direito de votar em 1932.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Isso também eu ia anotar.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E, em 1934, na Constituição. Pela primeira vez, uma Constituição falou do direito de voto da mulher. Somente em 1934.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Exatamente. Também tinha anotado aqui que, em relação aos eleitores, eram só os cidadãos maiores de 21 anos, proibido o alistamento dos mendigos e analfabetos. E era silencioso sobre a condição das mulheres. E mais: o art. 247 e outras normas, para demonstrar como realmente era a própria ordem jurídica que proclamava o estatuto da inferioridade feminina.

Essa norma está simplesmente, no curso do tempo, resgatando alguma coisa da dignidade do ser humano, da mulher, na igualdade intrínseca que tem em relação ao homem, como uma das medidas tendentes a protegê-la e a restituir-lhe a posição que realmente ela deve ocupar dentro da sociedade humana.

Razão pela qual, congratulando-me com todos os votos que ventilaram aspectos altamente relevantes da mesma questão, também acompanho o brilhante voto do eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 106.212/MS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Cedenir Balbe Bertolini. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferiu a ordem de *habeas corpus*. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Falaram, pelo paciente, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público Federal, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

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

Brasília, 24 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 106.481 — MS

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Recorrente: Defensoria Pública da União — Paciente: Joel Calves Barbosa — Recorrido: Ministério Público Federal

Constitucional e penal. Acessórios de celular apreendidos no ambiente carcerário. Falta grave caracterizada. Inteligência ao art. 50, VII, da Lei 7.210/1984, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007. Inexistência de ofensa ao princípio da reserva legal. Interpretação extensiva. Possibilidade. Precedente.

1. Pratica infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/1984, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional.

2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na *mens legis*.

3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/1984 e na Súmula Vinculante 9, e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime.

4. Negar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 8 de fevereiro de 2011 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: 1. Recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pela **Defensoria Pública da União** contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual, no HC 135.602 impetrado em favor de **Joel Calves Barbosa**, decidiu:

Habeas corpus. Posse de componente essencial de aparelho celular. Conduta praticada após o advento da Lei 11.466/2007. Anotação de falta

grave. Possibilidade. Interrupção do lapso legal para fins de progressão de regime. Possibilidade. Denegação.

1. A Lei 11.466/2007, ao acrescentar o inciso VII ao art. 50 da Lei de Execução Penal, passou a punir de modo mais severo os segregados surpreendidos portando telefone, rádio ou similar, sendo incluídos neste rol os componentes de aludidos aparelhos, essenciais ao seu funcionamento, já que o legislador buscou coibir a comunicação dos presos entre si e com o ambiente externo.

2. A posse de duas carcaças de celular enseja o reconhecimento da falta grave e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime carcerário.

3. Ordem denegada.

2. A recorrente, seguindo a linha de raciocínio enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, ponderou que "a decisão impugnada mantém o paciente em constrangimento, além de contrariar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu ser impossível dar interpretação extensiva às hipóteses taxativas de norma quando causar prejuízo ao réu".

Anotou que "o inciso VII do art. 50 da Lei 7.210/1984 não estipula que a simples posse de armação de aparelho de telefone celular constitua falta grave", como proclamou o acórdão atacado, ferindo os princípios constitucionais da taxatividade e da reserva legal.

3. Pediu a recorrente o deferimento de liminar, embora não especificasse o seu conteúdo, e o provimento do recurso, "a fim de modificar a decisão prolatada pela Quinta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o não enquadramento da conduta do paciente no rol de faltas graves do art. 50 da LEP, por ausência de previsão legal, mantendo assim a data-base para a execução da pena."

4. Às fls. 159/163, apresentou o Ministério Público Federal as contrarrazões ao recurso, pugnando pelo improvimento do recurso.

5. Em síntese, destacou que "com a edição da Lei 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo".

Anotou que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica ao decidir que a prática de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal de 1/6 da pena para a progressão de regime prisional", revelando-se, portanto, "correta a decisão" atacada.

6. Indeferi a liminar às fl. 167/169, determinando que se colhesse o pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, o que se atendeu às fls. 172/174.

7. Opinando pelo desprovimento do recurso, destacou o Ministério Público Federal que "em sendo vedada a posse do celular, mostra-se igualmente proibida, por dedução lógica, a posse de quaisquer acessórios ou partes integrantes daquele, cuja junção leva ao efetivo funcionamento do aparelho".

8. É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. Recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pela Defensoria Pública da União contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu caracterizar falta grave, nos moldes previstos no inciso VII do art. 50 da Lei 7.210/1983, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, a conduta do preso que tem em seu poder carcaças de aparelhos celular.

2. O presente recurso não oferece fundamentação jurídica que possibilite o seu provimento.

3. Estabelece o art. 50, VII, da Lei de Execuções Penais, que comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que "tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo."

4. A proibição à posse de aparelhos telefônicos alcança, também, os acessórios ou as suas partes integrantes.

A lei contempla uma situação de perigo abstrato, de modo que é prescindível o efetivo uso do aparelho para a tipificação da falta grave, bastando apenas que o preso tenha em seu poder material que possa viabilizar aquela comunicação.

Não se deve perder de vista que a carcaça apreendida em poder do paciente recepciona os componentes do aparelho e se mostra essencial à utilização do aparelho celular.

Nessa linha de raciocínio, o entendimento proposto pela recorrente implicaria contrariar a verdadeira intenção do legislador, que é, insista-se, a de coibir a comunicação dos presos. De fato, se a lei proíbe a posse dos celulares, veda, também, a posse de seus componentes que, reunidos, levam ao seu funcionamento.

5. Não há que se cogitar em afronta aos princípios da reserva legal e da taxatividade, já que a interpretação que o Superior Tribunal de Justiça conferiu à hipótese não se distancia da *mens legis*.

Não se criou um novo tipo penal, mas apenas deu ao existente o seu verdadeiro dimensionamento, isto é, ao tipificar como falta grave a posse de aparelho celular, por dedução lógica, alcançou também os componentes que permitem o funcionamento do equipamento.

Essa extensão admitida no acórdão atacado não acrescenta à norma elementos não existentes. Ela apenas revela a intenção do legislador, que não se expressou adequadamente, o que é perfeitamente admissível em Direito Penal, como esclarece Heleno Cláudio Fragoso, *verbis*:

> A interpretação extensiva é perfeitamente admissível em relação à lei penal, ao contrário do que afirmavam autores antigos. Nestes casos não falta a disciplina normativa do fato, mas, apenas, uma correta expressão verbal. Há interpretação extensiva quando se aplica o chamado argumento *a fortiori*, que são casos nos quais

> a vontade da lei se aplica com maior razão. É a hipótese do argumento *a maiori ad minus* (o que é válido para o mais, deve necessariamente prevalecer para o menos) e do argumento *a minori ad maius* (o que é vedado ao menos é necessariamente no mais). Exemplo deste último argumento: se o Código Penal incrimina a bigamia, logicamente também pune o fato de contrair alguém mais de dois casamentos (Manzini).
> (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: a nova parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 86.)

6. O Supremo Tribunal já se pronunciou acerca do tema, firmando o mesmo entendimento para situações similares:

> *Pena – Execução – Falta grave – Art. 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal*. O disposto no inciso VII do art. 50 da Lei de Execução Penal alcança a introdução de chips de telefone celular em penitenciária.
> (HC 99.896, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 23-11-2010.)

7. Caracterizada a falta grave, por imperativo legal – art. 127 da Lei 7.210/1984 –, suportará o infrator as consequências de seu ato, traduzidas na perda total dos dias remidos (Súmula Vinculante 9) e no reinício da contagem do prazo da pena remanescente para o deferimento de progressão de regime.

8. Pelo exposto, **encaminho a votação no sentido de negar provimento ao recurso interposto pela Defensoria Pública da União.**

EXTRATO DA ATA

RHC 106.481/MS — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Recorrente: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Paciente: Joel Calves Barbosa. Recorrido: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-Geral da República).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 8 de fevereiro de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

MEDIDA CAUTELAR EM HABEAS CORPUS 109.544 — BA

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Paciente: Everaldo Paulo do Nascimento — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal Militar

***Habeas corpus* – Imputação, ao paciente, que é civil, de crime militar em sentido impróprio – Suposto uso de documento alegadamente falso (CPM, art. 315) – Caderneta de inscrição e registro (CIR) emitida pela Marinha do Brasil – Licença de natureza civil – Caráter anômalo da jurisdição penal militar sobre civis em tempo de paz – Regulação desse tema no plano do direito comparado – Ofensa ao postulado do juiz natural – Incompetência da Justiça Militar – Pedido deferido.**

A questão da competência penal da Justiça Militar da União e a necessária observância, pelos órgãos judiciários castrenses, do princípio constitucional do juiz natural.

– A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, *ratione personae*. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar).

– O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, *tout court*. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz.

A regulação do tema pertinente à Justiça Militar no plano do direito comparado.

– Tendência que se registra, modernamente, em sistemas normativos estrangeiros, no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar: Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (*Ley* Federal 26.394/2008), Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), México (Constituição de 1917, art. 13) e Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c *Ley* 18.650/2010, arts. 27 e 28), *v.g.*

– Uma relevante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*”, de 2005): determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que “um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)” (item 269, n. 14, da parte dispositiva, “*Puntos Resolutivos*”).

– O caso “*ex parte Milligan*” (1866): importante “*landmark ruling*” da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O postulado do juiz natural representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar Da União.

– É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural –, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado –, consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Possibilidade de julgamento imediato da ação de “*habeas corpus*”.

– Mostra-se regimentalmente viável, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento imediato, monocrático ou colegiado, da ação de *habeas corpus*, independentemente de parecer do Ministério Público, sempre que a controvérsia versar matéria objeto de jurisprudência prevalecente no âmbito desta Suprema Corte. Emenda Regimental 30/2009. Aplicabilidade, ao caso, dessa orientação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de *habeas corpus*, para invalidar o procedimento penal instaurado contra o ora paciente perante a Justiça Militar da União (Processo 0000014-30.2008.7.06.0006 – Auditoria da 6ª CJM), desde a denúncia, inclusive, sem prejuízo da renovação da *persecutio criminis* perante órgão judiciário

competente da Justiça Federal comum, contanto que ainda não consumada a prescrição penal da pretensão punitiva do Estado. A presente decisão deverá ser comunicada ao E. Superior Tribunal Militar (HC 0000054-90.2011.7.00.0000) e ao Senhor Juiz-Auditor da 6ª CJM (Processo 0000014-30.2008.7.06.0006), para que os autos do Procedimento Ordinário em questão sejam encaminhados ao Ministério Público Federal na Seção Judiciária da Bahia, tudo nos termos do voto do Relator. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 9 de agosto de 2011 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: A presente impetração **insurge-se** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal Militar, **encontra-se consubstanciada** em acórdão **assim** ementado:

> ***HABEAS CORPUS – FALSIFICAÇÃO DE CARTEIRA AQUAVIÁRIA – POLICIAMENTO NAVAL – ATIVIDADE SUBSIDIÁRIA DA MARINHA – CRIME MILITAR – "RATIONE LEGIS" – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DECRETO-LEI 1.001/1969 – LEI COMPLEMENTAR 136/2010***.
>
> *– **A Constituição Federal de 1988 reforça em seu texto**, art. 124, o critério objetivo para conceituação de crime militar. Previsão infraconstitucional no art. 9º, inciso III, letra "a", do CPM.*
>
> *– **A Lei Complementar n. 136/2010** conferiu às atuações subsidiárias desempenhadas pela Marinha a natureza de atividade militar para os fins previstos no artigo 124 da Carta Magna.*
>
> *– **A falsificação de carteiras aquaviárias afeta bem jurídico tutelado**, qual seja, a credibilidade, a fé pública da Administração Militar. O "falsum" recai sobre documentos públicos, cuja expedição é de exclusiva jurisdição da Marinha.*
>
> *– **Conhecida e denegada a ordem**, por falta de amparo legal.*
>
> *– **Decisão unânime**.*
>
> (**Grifei.**)

Sustenta-se, *nesta sede processual*, **a absoluta incompetência** da Justiça Militar da União para processar e julgar o ora paciente, **que foi denunciado** *por suposta* prática **do crime militar** de "*falsificação de carteira aquaviária*", **que constitui** – segundo o Ministério Público militar – documento público, "*cuja expedição é de exclusiva jurisdição da Marinha*".

Registro, *por necessário*, que a douta Procuradoria-Geral da República, *que não se manifestou no presente caso*, **tem opinado** *favoravelmente* **ao deferimento** do pedido de "*habeas corpus*" **em diversos** processos instaurados, **nesta** Suprema Corte, **a propósito** *do mesmo* tema ora em exame (**HC 96.083/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 96.561/PA**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **HC 103.318/PA**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, *v.g.*).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Registro**, *preliminarmente*, **que esta** ação de *"habeas corpus"* é por mim submetida, *diretamente*, **ao exame** desta colenda Turma, **sem** prévia manifestação da douta Procuradoria-Geral da República, **por efeito** *de expressa autorização* **constante** da Emenda Regimental 30/2009 (**RISTF**, art. 192, "*caput*"), **que permite** *o julgamento liminar* **e** *imediato* do *"writ"* constitucional **nos casos** que versem matéria objeto de jurisprudência *prevalecente* **no âmbito** desta Suprema Corte.

Devo ressaltar que a douta Procuradoria-Geral da República, **ao examinar idêntica pretensão** à ora deduzida **nesta** causa, **tem se pronunciado** no sentido *da concessão* da ordem de "*habeas corpus*", **como resulta claro** de seus ilustrados pronunciamentos **no HC** 103.318/PA, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **no HC** 104.617/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO **e no HC** 104.837/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, "*inter alia*".

Sendo esse o contexto, **passo a analisar** a presente impetração. **E**, *ao fazê-lo*, **reconheço que se impõe a concessão** da ordem de "*habeas corpus*" ora impetrada, **eis que as razões** constantes da presente impetração **evidenciam a densa plausibilidade jurídica** da pretensão deduzida **nesta** sede processual, *especialmente se se considerar* julgamento, *por mim proferido* **nesta colenda** Segunda Turma, **em que** este Tribunal, **examinando** a suposta prática, *por civil*, **em tempo de paz**, de crime militar, **reconheceu não configurado** o delito castrense **em acórdão** que possui a seguinte ementa:

> ***HABEAS CORPUS*** *– CRIME DE LESÕES CORPORAIS CULPOSAS* ***CONTRA*** *MILITAR EM MANOBRA –* ***INOCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR*** *– COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA* ***COMUM*** *–* ***POSTULADO DO JUIZ NATURAL*** *– (...) –* ***PEDIDO DEFERIDO****.*
>
> ***EXCEPCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, EM TEMPO DE PAZ, TRATANDO-SE DE RÉU CIVIL.***
>
> *–* ***Não se tem por configurada*** *a competência penal da Justiça Militar da União,* ***em tempo de paz****, tratando-se* ***de réus civis****,* ***se*** a ação delituosa, a eles atribuída, ***não afetar****, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento* ***e*** *a respeitabilidade das instituições militares,* ***que constituem****, em essência,* ***nos delitos castrenses****, os bens jurídicos penalmente tutelados.*
>
> *–* ***O caráter anômalo*** *da jurisdição penal castrense sobre civis,* ***notadamente*** *em tempo de paz.* ***O caso*** *"****Ex Parte Milligan****" (1866):* ***um precedente histórico valioso****.*
>
> ***O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.***
>
> *–* ***O princípio da naturalidade do juízo*** *representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas* ***que conformam*** a própria atividade legislativa do Estado ***e condicionam*** *o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório,* ***notadamente*** *quando exercidas em sede judicial.*

***O postulado do juiz natural**, em sua projeção político-jurídica, **reveste-se de dupla função instrumental**, pois, **enquanto garantia indisponível**, tem, por titular, **qualquer** pessoa **exposta**, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, **enquanto limitação insuperável**, representa **fator de restrição** que incide sobre os órgãos do poder estatal **incumbidos** de promover, judicialmente, a repressão criminal.*

*– **É irrecusável**, em nosso sistema de direito constitucional positivo – **considerado o princípio do juiz natural** – que **ninguém** poderá ser privado de sua liberdade **senão** mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. **Nenhuma pessoa**, em consequência, **poderá ser subtraída ao seu juiz natural**. **A nova** Constituição do Brasil, **ao proclamar** as liberdades públicas – **que representam** limitações expressivas aos poderes do Estado – **consagrou**, de modo explícito, **o postulado fundamental** do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que "**ninguém** será processado nem sentenciado **senão** pela autoridade competente". (...).*

(**HC 81.963/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Cumpre enfatizar, *desde logo*, **que a Justiça Militar da União – cujos órgãos** (Conselhos de Justiça **e** o E. Superior Tribunal Militar) **não** se identificam **nem** se subsumem à noção de tribunais de exceção **ou** de juízos "*ad hoc*" (ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 88/89, item n. 21.1, 25. ed., 2010, Atlas; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 669, item n. 47.3, "**c**", 5. ed., 2010, Saraiva; SYLVIO MOTTA e GUSTAVO BARCHET, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 215, item n. 2.29, 2007, Elsevier; PEDRO LENZA, "**Direito Constitucional Esquematizado**", p. 777/778, item n. 14.9.22, 14. ed., 2010, Saraiva, *v.g.*) – **dispõe de competência penal** para processar e julgar **civis**, *mesmo em tempo de paz*, por **suposta** prática de crime militar **tipificado** *em lei* (KILDARE GONÇALVES CARVALHO, "**Direito Constitucional**", p. 1076, item n. 14, 13. ed., 2007, Del Rey, *v.g.*), **eis** que a Constituição da República, **ao remeter** ao plano da legislação ordinária **a definição** dos delitos castrenses, **viabilizou** a qualificação *de qualquer* civil, em **algumas** situações específicas, como *possível* sujeito ativo dessa especial modalidade de infração penal, **como claramente resulta** da leitura do próprio Código Penal Militar, **considerada** a regra **inscrita** em seu art. 9º, **em contexto que permite reconhecer** que, no ordenamento positivo brasileiro, **a conceituação** de crime militar **rege-se** pelo critério objetivo, **estabelecido** "*ratione legis*", **segundo se extrai** do magistério da doutrina (JORGE ALBERTO ROMEIRO, "**Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral**", p. 66, item n. 48, 1994, Saraiva; CÉLIO LOBÃO, "**Direito Penal Militar**", p. 50/53, item n. 8, 1990, Brasília Jurídica; JOSÉ DA SILVA LOUREIRO NETO, "**Direito Penal Militar**", p. 17/28, item n. 2.2, 5. ed., 2010, Atlas, *v.g.*).

Isso significa, *portanto*, que a Justiça Militar da União possui, *excepcionalmente*, **em tema** de delitos castrenses, jurisdição penal *sobre civis*, **quer** em tempo de paz, **quer** em tempo de guerra externa.

A tentativa de o Estado **pretender sujeitar**, *arbitrariamente*, a Tribunais castrenses, **em tempo de paz**, *réus civis*, **fazendo instaurar**, *contra eles*, **perante** órgãos da Justiça Militar da União, **fora** das **estritas** hipóteses legais,

procedimentos de persecução penal, por **suposta** prática de crime militar, **representa clara violação** ao princípio constitucional do juiz natural (**CF**, art. 5º, LIII).

Não se pode deixar de acentuar, *bem por isso*, **o caráter anômalo** da submissão **de civis**, *notadamente em tempo de paz*, à jurisdição dos Tribunais **e** órgãos integrantes da Justiça Militar da União, por **suposta** prática de crime militar, **especialmente** se se tiver em consideração que tal situação – **porque** revestida de excepcionalidade – **só** se legitima **se e quando** configuradas, *quanto a réus civis*, as hipóteses delineadas em sede legal e cujo reconhecimento **tem merecido**, *do Supremo Tribunal Federal*, **estrita** interpretação.

É importante observar que, *no plano do direito comparado*, **registra-se**, *modernamente*, em **diversos** sistemas normativos **vigentes** em Estados **impregnados** *de perfil democrático*, clara tendência, **quer** no sentido **da extinção** (*pura e simples*) de tribunais militares *em tempo de paz*, **permitindo-lhes**, *no entanto*, **a existência**, *embora circunstancialmente*, **apenas** quando deflagrado estado de guerra, **quer**, *ainda*, no sentido **da exclusão** de civis da jurisdição penal militar, **valendo destacar**, *sob tais aspectos*, o ordenamento positivo **de alguns** países, **como o de Portugal** (Constituição de 1976, art. 213, *Quarta Revisão* Constitucional de 1997), **o da Argentina** (*Ley Federal* n. 26.394/2008), **o da Colômbia** (Constituição de 1991, art. 213), **o do Paraguai** (Constituição de 1992, art. 174), **o do México** (Constituição de 1917, art. 13) **e o do Uruguai** (Constituição de 1967, art. 253, *c/c Ley* 18.650/2010, arts. 27 e 28).

De outro lado, **cabe registrar** *importantíssima* decisão **proferida** pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22-11-2005, **no julgamento** do "*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*", **em que se determinou**, à República do Chile, dentre **outras** providências, **que ajustasse**, em prazo razoável, **o seu** ordenamento interno **aos padrões internacionais** *sobre jurisdição penal militar*, **de forma tal** que, **se** se considerasse necessária a existência (**ou** subsistência) de uma jurisdição penal militar, **fosse esta limitada**, *unicamente*, ao conhecimento de delitos funcionais **cometidos por militares** *em serviço ativo*.

Mais do que isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, **na Sentença** proferida no "*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*", **determinou** que a República do Chile **estabelecesse**, em sua legislação interna, **limites** à competência material **e** pessoal dos Tribunais militares, **em ordem a que**, "***en ninguna*** *circunstancia* ***un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares*** *(...)*" (**grifei**).

O Supremo Tribunal Federal, *por sua vez*, **tem entendido**, *em casos idênticos* ao ora em análise, **que não se tem** por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, **tratando-se** de réus civis, **se** a ação eventualmente delituosa, por eles praticada, **não afetar**, *de modo real* **ou** *potencial*, a integridade, a dignidade, o funcionamento **e** a respeitabilidade das instituições militares **que constituem**, *em essência*, os bens jurídicos penalmente tutelados.

Mostra-se grave, *por isso mesmo*, a instauração, *em tempo de paz*, de inquérito policial militar (IPM) **contra civil**, **com o objetivo** de submetê-lo, **fora** dos casos **autorizados** em lei, a julgamento perante a Justiça Militar da União!

Cabe rememorar, *por oportuno*, **histórica decisão** da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (**verdadeira** "*landmark ruling*"), **proferida** no julgamento, **em 1866**, do caso "*Ex Parte Milligan*" (**71 U.S. 1**).

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *nesse importante precedente*, **ao examinar** decisão condenatória **motivada** por fatos ocorridos no curso da Guerra Civil americana, **veio a invalidar** tal condenação, **que impusera** a pena de morte (enforcamento), por traição, **a um acusado civil**, *Lambden P. Milligan*, **por entender** que, **mesmo** que se tratasse de um crime praticado nas circunstâncias de tempo e de lugar em que ocorrera, **ainda assim um civil não poderia ser julgado por uma Corte militar** ("*martial court*"), **desde** que os órgãos judiciários da Justiça comum *estivessem funcionando regularmente*.

Nesse julgamento, enfatizou-se, **por unânime votação**, que a Constituição **não se suspende** em períodos de crise **ou** de emergência nacional, **pois ela representa**, *enquanto estatuto do poder e instrumento das liberdades*, a lei suprema **que a todos** se aplica, **tanto** a governantes, **como** a governados, **quer** em tempo de paz, **quer** em tempo de guerra.

Concluiu-se, *por tal razão*, **naquela decisão**, que o julgamento **de civis**, *por tribunais militares* (cortes marciais), **era inadmissível** nos locais **em que houvesse** tribunais civis **em pleno e regular funcionamento**:

> ***On the 10th day of May, 1865**, Lambden P. Milligan presented a petition to the Circuit Court of the United States for the District of Indiana, to be discharged from an alleged unlawful imprisonment...*
>
> ***Milligan insists** that said military commission had no jurisdiction to try him upon the charges preferred, or upon any charges whatever; because he was a citizen of the United States and the State of Indiana, and had not been, since the commencement of the late Rebellion, a resident of any of the States whose citizens were arrayed against the government, and that the right of trial by jury was guaranteed to him by the Constitution of the United States...*
>
> ***The importance of the main question** presented by this record cannot be overstated; for it involves the very framework of the government and the fundamental principles of American liberty.*
>
> *(…)*
>
> ***The controlling question in the case is this**: Upon the facts stated in Milligan's petition, and the exhibits filed, had the military commission mentioned in it jurisdiction, legally, to try and sentence him? Milligan, not a resident of one of the rebellious states, or a prisoner of war, but a citizen of Indiana for twenty years past and never in the military or naval service, is, while at his home, arrested by the military power of the United States, imprisoned, and, on certain criminal charges preferred against him, tried, convicted, and sentenced to be hanged by a military commission, organized under the direction of the military commander of the military district of Indiana. Had this tribunal the legal power and authority to try and punish this man?*

No graver question *was ever considered by this court, nor one which more nearly concerns the rights of the whole people; for it is the birthright of every American citizen when charged with crime, to be tried and punished according to law. The power of punishment is, alone through the means which the laws have provided for that purpose, and if they are ineffectual, there is an immunity from punishment, no matter how great an offender the individual may be, or how much his crimes may have shocked the sense of justice of the country, or endangered its safety. By the protection of the law human rights are secured; withdraw that protection, and they are at the mercy of wicked rulers, or the clamor of an excited people. If there was law to justify this military trial, it is not our province to interfere; if there was not, it is our duty to declare the nullity of the whole proceedings. The decision of this question does not depend on argument or judicial precedents, numerous and highly illustrative as they are. These precedents inform us of the extent of the struggle to preserve liberty and to relieve those in civil life from military trials. The founders of our government were familiar with the history of that struggle; and secured in a written constitution every right which the people had wrested from power during a contest of ages. By that Constitution and the laws authorized by it this question must be determined. The provisions of that instrument on the administration of criminal justice are too plain and direct, to leave room for misconstruction or doubt of their true meaning. Those applicable to this case are found in that clause of the original Constitution which says, "That the trial of all crimes, except in case of impeachment, shall be by jury"; and in the fourth, fifth, and sixth articles of the amendments...*

Have any of the rights guaranteed *by the Constitution been violated in the case of Milligan? and if so, what are they?*

(…)

But it is said *that the jurisdiction is complete under the "laws and usages of war."*

(…)

It is claimed that martial law *covers with its broad mantle the proceedings of this military commission. The proposition is this: that in a time of war the commander of an armed force (if in his opinion the exigencies of the country demand it, and of which he is to judge), has the power, within the lines of his military district, to suspend all civil rights and their remedies, and subject citizens as well as soldiers to the rule of his will; and in the exercise of his lawful authority cannot be restrained, except by his superior officer or the President of the United States.*

If this position is sound *to the extent claimed, then when war exists, foreign or domestic, and the country is subdivided into military departments for mere convenience, the commander of one of them can, if he chooses, within his limits, on the plea of necessity, with the approval of the Executive, substitute military force for and to the exclusion of the laws, and punish all persons, as he thinks right and proper, without fixed or certain rules.*

The statement of this proposition shows its importance*; for, if true, republican government is a failure, and there is an end of liberty regulated by law. Martial law, established on such a basis, destroys every guarantee of the Constitution, and effectually renders the "military independent of and superior to the civil power" – the attempt to do which by the King of Great Britain was deemed by our fathers such an offence, that they assigned it to the world as one of the causes which impelled them to declare their independence. Civil liberty and this kind of martial law cannot*

endure together; the antagonism is irreconcilable; and, in the conflict, one or the other must perish.

(…)

***It follows**, from what has been said on this subject, **that there are occasions** when martial rule can be properly applied. If, in foreign invasion or civil war, the courts are actually closed, and it is impossible to administer criminal justice according to law, then, on the theatre of active military operations, where war really prevails, there is a necessity to furnish a substitute for the civil authority, thus overthrown, to preserve the safety of the army and society; and as no power is left but the military, it is allowed to govern by martial rule until the laws can have their free course. As necessity creates the rule, so it limits its duration; for, if this government is continued after the courts are reinstated, it is a gross usurpation of power. Martial rule can never exist where the courts are open, and in the proper and unobstructed exercise of their jurisdiction. It is also confined to the locality of actual war.*

(**Grifei.**)

Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância **em face** do caráter de fundamentalidade **de que se reveste**, *em nosso sistema jurídico*, **o princípio do juiz natural**.

Com efeito, **o princípio da naturalidade do juízo** representa uma das *mais* importantes matrizes político-ideológicas **que conformam** a própria atividade legislativa do Estado **e que condicionam** o desempenho, *por parte do Poder Público*, das funções de caráter penal-persecutório, **notadamente** quando exercidas em sede judicial.

Daí a advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**O Processo Penal na Atualidade**", "*in*" "Processo Penal e Constituição Federal", p. 19, item n. 7, 1993, Ed. Acadêmica/Apamagis, São Paulo), **no sentido** de que, *ao rol de postulados básicos*, **deve acrescer-se** "*aquele do Juiz natural, contido no item n. LIII do art. 5º, que declara que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". **É que autoridade competente só será aquela que a Constituição tiver previsto**, explícita ou implicitamente, **pois**, se assim não fosse, **a lei poderia burlar** as garantias derivadas do princípio do Juiz independente e imparcial, **criando outros órgãos** para o processo e julgamento de determinadas infrações*" (**grifei**).

A essencialidade do princípio do juiz natural **impõe**, *ao Estado*, **o dever de respeitar** essa garantia básica **que predetermina**, *em abstrato*, os órgãos judiciários **investidos** de competência funcional para a apreciação dos litígios penais.

Na realidade, o princípio do juiz natural **reveste-se**, *em sua projeção político-jurídica*, **de dupla** função instrumental, pois, **enquanto garantia indisponível**, tem, por titular, **qualquer** pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, **e**, **enquanto limitação insuperável**, *incide sobre os órgãos do poder* incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.

Vê-se, *desse modo*, **que o postulado** da naturalidade do juízo, **ao qualificar-se** como prerrogativa individual (*ex parte subjecti*), tem, *por destinatário*

específico, o réu, **erigindo-se**, *em consequência*, como direito público subjetivo **inteiramente** oponível ao próprio Estado. Esse **mesmo** princípio, *contudo*, **se analisado** em perspectiva diversa, *ex parte principis*, **atua** como **fator** de inquestionável **restrição** ao poder de persecução penal, **submetendo**, *o Estado*, **a múltiplas limitações inibitórias** de suas prerrogativas institucionais.

Isso significa que o postulado do juiz natural **deriva** de cláusula constitucional tipicamente *bifronte*, **pois**, *dirigindo-se* a **dois** destinatários distintos, *ora representa* um **direito do réu** (*eficácia positiva* da garantia constitucional), *ora traduz* uma **imposição** ao Estado (*eficácia negativa* dessa mesma garantia constitucional).

O princípio da naturalidade do juízo, *portanto*, **encerrando** uma garantia constitucional, **limita**, *de um lado*, os poderes do Estado (**impossibilitado**, *assim*, de instituir juízos "*ad hoc*" **ou** de criar tribunais de exceção) **e assegura** ao acusado, *de outro*, o direito ao processo perante autoridade competente, **abstratamente** designada na forma de lei **anterior** (vedados, *em consequência*, os juízos "*ex post facto*").

É por essa razão que ADA PELLEGRINI GRINOVER – **após destacar** a importância histórica **e** político-jurídica do princípio do juiz natural – **acentua**, *com apoio no magistério* de JORGE FIGUEIREDO DIAS ("**Direito Processual Penal**", vol. 1/322 – 323, 1974, Coimbra), **que esse postulado constitucional** acha-se tutelado por garantias irredutíveis **que se desdobram**, "*na verdade, **em três conceitos**: **só são** órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; **ninguém pode** ser julgado por órgão constituído **após** a ocorrência do fato; **entre** os juízes **pré**-constituídos **vigora** uma ordem taxativa de competências, **que exclui** qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja*" ("**O Processo em Sua Unidade – II**", p. 39, item n. 6, 1984, Forense – **grifei**).

O fato irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – **considerado o princípio do juiz natural** – é que **ninguém** poderá ser privado de sua liberdade **senão** mediante julgamento pela autoridade judicial competente. **Nenhuma pessoa**, *em consequência*, **poderá ser subtraída ao seu juiz natural**. A nova Constituição do Brasil, **ao proclamar** as liberdades públicas – **que representam** limitações expressivas aos poderes do Estado – **consagrou**, *agora de modo explícito*, **o postulado fundamental** *do juiz natural*. O art. 5º, LIII, da Carta Política **prescreve** que "***ninguém** será processado **nem** sentenciado **senão** pela autoridade competente*".

A importância político-jurídica desse princípio essencial – **que traduz** uma das projeções concretizadoras da cláusula do "*due process of law*" – **foi acentuada** pelo autorizado magistério de eminentes autores, **tais como** ADA PELLEGRINI GRINOVER ("**O Processo em sua unidade – II**", p. 3/4, 1984, Forense), GIUSEPPE SABATINI ("**Principii Costituzionali del Processo Penale**", p. 93/131, 1976, Napoli), TAORMINA ("**Giudice naturale e processo penale**", p. 16, 1972, Roma), JOSÉ CIRILO DE VARGAS ("**Processo Penal e Direitos Fundamentais**", p. 223/232, 1992, Del Rey Editora), MARCELO FORTES

BARBOSA ("**Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**", p. 80/81, 1993, Malheiros) **e** ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ("**Constituição de 1988 e Processo**", p. 30/32, item n. 10, 1989, Saraiva).

O exame da impetração **revela** que o ora paciente **é civil**, havendo sido denunciado, *pelo Ministério Público Militar*, **como autor** de *suposta* prática delituosa, *de natureza castrense*, **tipificada** no art. 315 do Código Penal Militar.

Sustenta-se, na presente causa, **que seria** "*pacífico nessa E. Suprema Corte que os crimes cometidos por civis contra atividades que possam ser desempenhadas **tanto** por instituições militares **quanto** por instituições do âmbito da segurança pública, são de competência da Justiça Federal*" (**grifei**).

Cumpre destacar, no ponto, *por relevante*, **o magistério jurisprudencial** desta Suprema Corte, **que teve** a oportunidade **de advertir** – em precedentes **de ambas** as Turmas –, **em situações idênticas** à ora examinada, **que o delito** de falsificação de documento **ou** de uso de documento falso, **como** *a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR)*, **emitida** pela Capitania dos Portos **e demais** órgãos que integram a estrutura administrativa da Marinha do Brasil, **não configura** hipótese tipificadora de crime militar, *ainda mais* **se** alegadamente praticado *por civil* (**HC 96.083/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 96.561/PA**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **HC 103.318/PA**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA):

> ***COMPETÊNCIA – JUSTIÇA MILITAR VERSUS JUSTIÇA FEDERAL "STRICTO SENSU" – CRIME DE FALSO – CARTEIRA DE HABILITAÇÃO NAVAL DE NATUREZA CIVIL. A competência** para julgar processo penal **a envolver a falsificação** de carteira de habilitação naval **de natureza civil** é da Justiça Federal, sendo titular da ação o Ministério Público Federal.*
> (**HC 90.451/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Grifei.**)
>
> "***HABEAS CORPUS". COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR. CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. CADERNETA DE INSTRUÇÃO E REGISTRO (CIR). LICENÇA DE NATUREZA CIVIL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA***.
>
> ***1. Ao contrário do entendimento do Superior Tribunal Militar**, é excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, **em tempo de paz**. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do "intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado" (**CC 7.040**, da relatoria do Ministro Carlos Velloso).*
>
> ***2. O cometimento do delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional**. Tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal).*
>
> ***3. No caso dos autos**, a conduta supostamente protagonizada pelos pacientes configura, em tese, infração comum, em detrimento de bens, serviços ou interesses da União. A atrair, assim, a incidência do inciso IV do art. 109 da Carta Magna de 1988.*

4. O policiamento naval é tratado pelo inciso III do § 1º do art. 144 da Constituição Republicana ***como ação de segurança pública****, "de maneira que é um tipo de atividade que se abre para múltipla cobertura pública,* ***vale dizer****, a Polícia Federal* ***também tem*** *essa expressa competência: exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras".* ***Precedentes: HC 90.451****, da relatoria do ministro Marco Aurélio;* ***HC 96.561****, da relatoria do Ministro Cezar Peluso.*

5. Ordem concedida *para determinar a remessa do processo-crime à Justiça comum federal, anulando-se os atos processuais eventualmente praticados, inclusive a denúncia.*

(**HC 104.617/BA**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **Grifei.**)

"HABEAS CORPUS". CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. CRIMES DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO OU USO DE DOCUMENTO FALSO (ARTS. 311 E 315 DO CPM). CADERNETA DE INSCRIÇÃO E REGISTRO (CIR) OU HABILITAÇÃO DE ARRAIS-AMADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

I – Em diversas oportunidades*, esta Suprema Corte* ***afirmou o entendimento de que é da Justiça Federal a competência para processar e julgar civil*** *denunciado pelos crimes de falsificação de documento* ***ou*** *uso de documento falso (arts. 311 e 315, respectivamente, do CPM),* ***quando se tratar*** *de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR)* ***ou*** *Habilitação de Arrais-Amador,* ***ambas expedidas*** *pela Marinha do Brasil,* ***por aplicação*** *dos arts. 21, XXII, 109, IV, e 144, § 1º, III, todos da Constituição da República.*

II – *"****Habeas corpus" concedido para anular*** o acórdão ora atacado ***e declarar a incompetência da Justiça Militar*** *para processar e julgar o feito.*

(**HC 104.837/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Grifei.**)

Também eu próprio tenho decidido essa **mesma** controvérsia jurídica *de modo idêntico* aos precedentes que venho de referir, **destacando**, *a esse propósito*, **julgamento** consubstanciado em acórdão assim ementado:

*"****HABEAS CORPUS*** *– **CRIME MILITAR** EM SENTIDO IMPRÓPRIO – **FALSIFICAÇÃO/USO** DE CADERNETA DE INSCRIÇÃO E REGISTRO (CIR),* ***EMITIDA*** *PELA MARINHA DO BRASIL –* ***LICENÇA DE NATUREZA CIVIL – CARÁTER ANÔMALO*** *DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR* ***SOBRE CIVIS*** *EM TEMPO DE PAZ –* ***OFENSA*** *AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL –* ***INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO****.*

A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CASTRENSES, DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL*.*

*– **A competência penal*** *da Justiça Militar da União* ***não se limita****, apenas,* ***aos integrantes*** *das Forças Armadas,* ***nem se define****, por isso mesmo, "ratione personae".* É aferível, *objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente,* ***mesmo*** *o civil,* ***ainda*** *que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador* ***consubstanciado*** *nos tipos penais definidos em lei (****o Código Penal Militar****).*

*– **O foro especial*** *da Justiça Militar da União* ***não existe*** *para os crimes* ***dos*** *militares,* ***mas****, sim,* ***para os delitos militares****, "tout court".* ***E o crime militar****, comissível por agente militar* ***ou****, até mesmo, por civil,* ***só existe*** *quando o autor procede* ***e*** *atua* ***nas circunstâncias*** *taxativamente referidas* ***pelo art. 9º*** *do Código*

Penal Militar, ***que prevê a possibilidade jurídica*** *de configuração de delito castrense* ***eventualmente*** *praticado por civil, mesmo em tempo de paz.*

A REGULAÇÃO DO TEMA PERTINENTE À JUSTIÇA MILITAR NO PLANO DO DIREITO COMPARADO.

*– **Tendência** que se registra, modernamente, em sistemas normativos estrangeiros,* ***no sentido da extinção*** *(pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz* ***ou****, então,* ***da exclusão de civis*** *da jurisdição penal militar:* ***Portugal*** *(Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997),* ***Argentina*** *(Ley Federal n. 26.394/2008),* ***Colômbia*** *(Constituição de 1991, art. 213),* ***Paraguai*** *(Constituição de 1992, art. 174),* ***México*** *(Constituição de 1917, art. 13)* ***e Uruguai*** *(Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27* ***e*** *28), v.g..*

*– **Uma relevante sentença** da Corte Interamericana de Direitos Humanos ("Caso Palamara Iribarne vs. Chile", de 2005):* ***determinação*** *para que a República do Chile,* ***adequando*** *a sua legislação interna* ***aos padrões internacionais*** *sobre jurisdição penal militar,* ***adote*** *medidas* ***com o objetivo de impedir****, quaisquer que sejam as circunstâncias,* ***que*** *"****um civil*** *seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)" (****item*** *n. 269, n. 14,* ***da parte dispositiva****, "Puntos Resolutivos").*

*– **O caso** "ex parte Milligan" (1866):* ***importante*** *"landmark ruling" da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.*

O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.

*– **É irrecusável**, em nosso sistema de direito constitucional positivo –* ***considerado o princípio do juiz natural*** *–, que* ***ninguém*** *poderá ser privado de sua liberdade* ***senão*** *mediante julgamento pela autoridade judiciária competente.* ***Nenhuma pessoa****, em consequência,* ***poderá ser subtraída ao seu juiz natural****.* ***A nova*** *Constituição do Brasil,* ***ao proclamar*** *as liberdades públicas –* ***que representam*** *limitações expressivas aos poderes do Estado –,* ***consagrou****, de modo explícito,* ***o postulado fundamental*** *do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que "****ninguém*** *será processado* ***nem*** *sentenciado* ***senão*** *pela autoridade competente".*

(**HC 106.171/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Desse modo, e considerados **os precedentes** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em análise, **reconheço configurada**, no caso, *a absoluta incompetência* da Justiça Militar da União, **para processar e julgar** o ora paciente, *que é civil*, **a quem** se imputou a prática de delito que, *evidentemente*, **não** se qualifica como crime de natureza militar.

A densa plausibilidade jurídica da postulação ora deduzida **em favor** do paciente *ainda mais se acentua* **se** se tiver presente que o acórdão **emanado** do E. Superior Tribunal Militar **põe-se** *em relação de antagonismo* com diretriz jurisprudencial **prevalecente** nesta Suprema Corte, **o que provoca** situação **de conflito** com o postulado da naturalidade do juízo.

É que o ora paciente **deixou** de ser submetido, *sem causa legítima*, ao seu juiz natural, **decorrendo**, *de tal situação*, **ofensa evidente** à cláusula tutelar **que protege**, em nosso sistema jurídico, **qualquer** réu (**CF**, art. 5º, LIII).

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas **e acolhendo** a diretriz jurisprudencial **prevalecente** nesta Corte Suprema, **defiro** o pedido de "*habeas corpus*", **para invalidar** o procedimento penal **instaurado** contra o ora paciente **perante** a Justiça Militar da União (**Processo** 0000014-30.2008.7.06.0006 – Auditoria da 6ª CJM), **desde** a denúncia, *inclusive*, **sem prejuízo** da renovação da "*persecutio criminis*" **perante** órgão judiciário competente da Justiça Federal comum, **contanto** que *ainda não consumada* a prescrição penal da pretensão punitiva do Estado.

A **presente** decisão **deverá** ser comunicada ao E. Superior Tribunal Militar (**HC** 0000054-90.2011.7.00.0000) **e** ao Senhor Juiz-Auditor da 6ª CJM (**Processo** 0000014-30.2008.7.06.0006), **para que os autos** do Procedimento Ordinário em questão **sejam encaminhados** ao Ministério Público Federal na Seção Judiciária da Bahia.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 109.544-MC/BA — Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Everaldo Paulo do Nascimento. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: *Habeas corpus* concedido, para invalidar o procedimento penal instaurado contra o ora paciente perante a Justiça Militar da União (Processo 0000014-30.2008.7.06.0006) – Auditoria da 6ª CJM, desde a denúncia, inclusive, sem prejuízo da renovação da *persecutio criminis* perante órgão judiciário competente da Justiça Federal comum, contanto que ainda não consumada a prescrição penal da pretensão punitiva do Estado. A presente decisão deverá ser comunicada ao E. Superior Tribunal Militar (HC 0000054-90.2011.7.00.0000) e ao Senhor Juiz-Auditor da 6ª CJM (Processo 0000014-30.2008.7.06.0006), para que os autos do Procedimento Ordinário em questão sejam encaminhados ao Ministério Público Federal na Seção Judiciária da Bahia. Tudo nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 9 de agosto de 2011 — Karima Batista Kassab, Coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 253.472 — SP

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Recorrente: Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP — Recorrido: Município de Santos — Assistente: União

Tributário. Imunidade recíproca. Sociedade de economia mista controlada por ente federado. Condições para aplicabilidade da proteção constitucional.

Administração portuária. Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP). Instrumentalidade estatal.

Arts. 21, XII, *f*, 22, X, e 150, VI, *a*, da Constituição. Decreto federal 85.309/1980.

1. Imunidade recíproca. Caracterização.

Segundo teste proposto pelo Ministro Relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, *a* da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais:

1.1 A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto.

1.2 Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política.

1.3 A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante.

2. Sociedade de economia mista. Exploração de serviços de administração portuária. Controle acionário majoritário da União. Ausência de intuito lucrativo. Falta de risco ao equilíbrio concorrencial e à livre-iniciativa.

Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois:

2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público.

2.2 O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado.

2.3 Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação.

3. Ressalva do Ministro Relator, no sentido de que "cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado".

Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer parte do recurso e, por maioria, na parte conhecida, dar parcial provimento, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa, que redigirá o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que negavam provimento ao recurso.

Brasília, 25 de agosto de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou acolhida a pedido formulado em apelação, ante fundamentos assim sintetizados (fl. 280):

> *Tributo* – IPTU – Pretendida imunidade e isenção pela Codesp, em relação aos imóveis que compõem o acervo do Porto de Santos – Aplicação dos arts. 150, § 3º, e 151, inciso III, da Constituição Federal – Imposto devido – Recurso provido.
>
> *Tributo* – Taxas de conservação e limpeza de logradouros públicos, remoção de lixo e iluminação pública – Alegação da Codesp de que não utiliza tais serviços – Serviços, no entanto, postos à disposição pela Municipalidade nos logradouros públicos limítrofes a área portuária – Art. 151, III, da Constituição Federal – Legalidade da exigência – Recurso provido.

No extraordinário de fls. 292 a 308, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, a Codesp articula com a ofensa aos arts. 21, inciso XII, alínea *f,* 22, inciso X, e 150, inciso VI, alínea *a,* da Carta Política da República. Argumenta serem as instalações portuárias de propriedade da União, cabendo à recorrente apenas a guarda, responsabilidade e gestão do patrimônio, nos termos de legislação ordinária. Aduz ser competência privativa da União legislar sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial bem como legislar, fiscalizar, planejar, investir, administrar e explorar a atividade portuária. Sustenta que os imóveis objeto da tributação são bens públicos de uso especial, imunes, portanto, ao imposto municipal. Entende que a posição que desfruta, de guardiã e gestora dos bens públicos, "não pode colocá-la na qualidade de sujeito passivo do IPTU" (fl. 301), diante da regra de imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea *a,* da Constituição Federal. Quanto às taxas, insiste na assertiva de que não são devidas, uma vez que não utiliza os serviços prestados pelo Município.

O recorrido apresentou as contrarrazões de fls. 335 a 338, ressaltando não haver sido demonstrada ofensa direta aos preceitos evocados. Diz também do acerto da conclusão adotada pela Corte de origem.

O Juízo primeiro de admissibilidade obstou o trânsito do recurso, que foi processado em razão do provimento dado ao agravo em apenso.

O especial simultaneamente interposto teve a mesma sorte, seguindo-se a protocolação de agravo, desprovido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 367 a 372, preconiza o não conhecimento do recurso. Eis a síntese da peça:

> *Recurso extraordinário – Tributário – Cobrança de IPTU e das taxas de conservação e limpeza de logradouros, de remoção de lixo domiciliar e de iluminação pública – Alegação de imunidade e isenção frente ao tributo, além de inexistência de utilização dos serviços prestados pela municipalidade – Ausência de prequestionamento – Súmulas 282 e 356/STF – Deficiência de fundamentação – Súmula 284/STF – Fundamento autônomo de cunho infraconstitucional – Subsistência do aresto recorrido – Precedente do STF sobre o tema – Parecer pelo não conhecimento do recurso*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de fls. 309, 397 a 400, 404 a 406, 239 e 240, os dois últimos do apenso n. 3, revelam a regularidade do preparo e da representação processual. Quanto à oportunidade, a decisão atacada foi veiculada no Diário de 17 de outubro de 1995, terça-feira (fl. 286), seguindo-se a protocolação do inconformismo em 27 imediato, sexta-feira (fl. 292), no prazo assinado em lei.

Sob o ângulo dos pressupostos específicos de recorribilidade, o recurso extraordinário padece do indispensável debate e decisões prévios atinentes à asseverada violação dos arts. 21, inciso XII, alínea *f*, e 22, inciso X, da Constituição Federal. A leitura do acórdão de fl. 280 a 285 revela que, em momento algum, a controvérsia sobre a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) foi equacionada à luz desses artigos, não havendo a recorrente protocolado embargos declaratórios visando a atender, com o debate e decisão prévios, o instituto do prequestionamento.

Também não cabe o conhecimento do extraordinário relativamente às taxas. É que, nas razões recursais, não se apontou o dispositivo constitucional que teria sido olvidado pela Corte de origem, no que assentada a dispensa da utilização do serviço, bastando que seja colocado à disposição do contribuinte. Então, no tocante ao conhecimento, o recurso somente se viabiliza em se tratando da imunidade evocada tendo em conta o disposto no art. 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição Federal.

Relativamente ao IPTU, a Constituição de 1988 não trouxe inovação. Compete aos Municípios instituí-lo, considerada a propriedade predial e territorial urbana. Pois bem, sob tal aspecto, há muito se encontra em vigor o Código Tributário Nacional, mais precisamente o art. 32 desse diploma, no que revela como fato gerador do tributo "a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, conforme definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município". Mais do que isso, o Código define como contribuinte do imposto "o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título". Essas balizas levaram a Corte a editar, tendo em vista os casos concretos, o Verbete 583 da Súmula:

> Promitente comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano.

Ora, não se afigura como fato gerador do imposto em comento apenas a propriedade, o que desaguaria na convicção de ser contribuinte de direito, sempre e sempre, o proprietário. Requer-se a existência física do imóvel, mas admissível é que se tome como fato gerador não só a propriedade, como também o domínio útil ou a posse quando esses fenômenos não estão na titularidade daquele que normalmente os tem, ou seja, o proprietário. Pois bem, a União realmente é a proprietária do imóvel, mas, ante a concessão de obras e serviços, o domínio útil cabe à Companhia Docas do Estado de São Paulo, sociedade de economia mista. A regra da imunidade da alínea *a* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal está restrita a instituição de imposto sobre patrimônio ou renda ou serviços das pessoas jurídicas de direito público.

Sendo pacífico como fato imponível o domínio e a posse e como contribuintes aqueles que os detenham em patrimônio e envolvida sociedade de economia mista a explorar atividade econômica, não é dado, por verdadeiro empréstimo, cogitar da imunidade. Vale frisar que o § 3º do referido art. 150 revela que as vedações do inciso VI, alínea *a*, do mesmo artigo não se aplicam ao patrimônio, à renda

e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação e pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. Ora, no caso, a recorrente possui o domínio útil do imóvel e atua na exploração de atividade econômica, sujeitando-se, ante o disposto no § 2º do art. 173 da Constituição Federal, à incidência tributária. Conheço do recurso e o desprovejo.

DEBATE

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Há um recurso extraordinário do Ministro Ilmar Galvão reconhecendo, da própria Codesp, a imunidade com relação ao IPTU, não reconhece com relação às taxas.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, é o RE 253.394.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Verdade que ali a ementa fala em delegatária.

O Sr. Ministro Ayres Britto: E é delegatária porque se trata de empresa do próprio governo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): E é empresa do próprio governo?

O Sr. Ministro Ayres Britto: É do próprio governo. No caso, não é nem concessão nem permissão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): É economia mista?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Deve ser economia mista, porque, se for do próprio governo, é delegação.

O Sr. Advogado Benjamin Gallotti: Senhor Presidente, esclarecimento de matéria de fato.

O Porto de Santos era concessionário dos Guinle. A concessão acabou em 7 de novembro de 1980. No dia 8 de novembro de 1980, recebemos a concessão do Porto: da Companhia Docas de Santos (CDS) – para Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP).

Existia um contrato de concessão com a CDS, porque era uma empresa particular. Com a Companhia Docas do Estado de São Paulo, que é uma sociedade de economia mista federal, não existe contrato de concessão, nenhum ato contratual, nem de permissão, nem de autorização. O que existe é o Decreto 85.309, cujo artigo pertinente diz que ela tem apenas a guarda e gestão para afastar o serviço público federal. E isso já foi decidido neste egrégio Supremo Tribunal Federal, nas duas Turmas, e, recentemente, no STJ.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sendo economia mista, realmente o que opera é o instituto da delegação. A própria lei transfere, por força própria dela, a execução do serviço, que a Constituição define como de natureza pública. Porque, se é

próprio da União, é porque é serviço público, não é propriamente uma atividade econômica, *data venia* de entendimento contrário.

Do ponto de vista semântico, há um fato interessante. Quando a Constituição diz:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (...).

Esse "diretamente" não significa a União por um dos seus órgãos despersonalizados, mas, por qualquer dos seus entes juridicamente personalizados. Vale dizer, quando a Constituição diz "Compete à União (...) explorar, diretamente," quer dizer, explorar o serviço público por meio do setor público, de uma entidade integrante do setor público. Ainda que essa entidade seja de administração indireta – porém, aí, se dá, semanticamente, isso que estou a dizer; é uma coisa interessante –, a União, diretamente, ou seja, por qualquer dos seus órgãos ou entidades, explora a atividade, no caso, o serviço público. Não há confundir, portanto, "explorar diretamente" com "explorar por meio da administração direta". Mesmo que a exploração de dê por entidade da administração indireta, ainda assim ela será direta; ou seja, pelo setor público, em oposição ao setor privado. É uma particularidade interessante.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): A dificuldade é o dispositivo a que alude o Ministro Marco Aurélio: exclui da imunidade tributária recíproca patrimônio, rendas ou serviços em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas. Acho que Vossa Excelência vai pedir vista.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Apenas por curiosidade, qual foi o dispositivo que Vossa Excelência leu agora?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Art. 150, § 3º. Está no voto do Ministro Relator. Aí se aplicaria ainda a exploração direta pela União.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ainda que fosse direta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A impressão é que a norma quer evitar exatamente que se retirem recursos dos entes públicos reciprocamente, não das outras entidades que recebem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E como reforço ainda há o art. 173, § 2º, da Constituição Federal.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): No art. 173 tenho dúvidas se é uma atividade econômica. É um serviço público monopolizado. Pode haver dois portes.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Acho que é serviço público. Na minha concepção, se é próprio da União, é público.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Sim, os portes, por definição, são serviços públicos, aliás, serviços públicos remunerados mediante tarifa.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, mas por definição serviços públicos.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Ministro Carlos Britto, Vossa Excelência vai pedir vista?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Como a matéria é instigante no seu equacionamento jurídico e deverá servir como paradigma para tantas outras questões, vou realmente acatar a sugestão do Ministro Sepúlveda Pertence e pedir vênia ao Relator para requerer vista dos autos.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Ministro Marco Aurélio, nega provimento também com relação às taxas?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Às taxas não, porque não houve indicação.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Quanto a isso, concorde com o precedente, ademais falta prequestionamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, quanto às taxas, não teria havido indicação.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): É, não há fundamento constitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não sei se seria o caso, Presidente. Vamos admitir que se conclua pelo provimento do recurso. O tema não chegará ao Plenário porque não há aresto paradigma adotando entendimento diverso.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Tenho este caso que é da Primeira Turma, embora da Primeira Turma só sobrevivo eu.

O Sr. Ministro Ayres Britto: A matéria é muito relevante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ou julgamos simplesmente, se houver convencimento ao da maioria, e ter-se-á aberta a via dos embargos de divergência para o Plenário.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): É exatamente a equação da nossa famigerada ECT, não é?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Está lá a proposta de IPVA.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Caso se conclua quanto ao IPVA, estender-se-á também ao tributo sobre o patrimônio.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Típica delegatária de serviço público.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Se bem que ali os imóveis são da própria ECT.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, mas discutem-se os bens móveis.

Recepciona a imunidade. Mesmo em relação às pessoas jurídicas de direito público, recepciona a imunidade.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ali os bens imóveis de que se vale a ECT para prestar o serviço...

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Não é o caso, a meu ver, de atividades econômicas. É típico de serviço público.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito, estamos de acordo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Agora, "atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados" são exatamente aquelas que concorrem no mercado. Não é o caso.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito, não é o caso.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): "Ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário" quer dizer que essa regra não é atinente apenas a concessionárias ou delegatárias; ela é atinente às entidades federativas.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso leva a raciocinar que a finalidade da imunidade tributária é restrita à possibilidade de uma entidade ter de receber recursos da outra, mas não nos casos em que os recursos provêm do pagamento de tarifas, preços, etc.

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, poderíamos, então, ficar no aguardo do julgamento daquele caso pelo Plenário.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senão paramos e o Município fica sem esse aporte, se for procedente o tributo. Qual é o número desse processo?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): É o n. 253. O acórdão do Ministro Octavio Gallotti é de 16 de novembro de 2002.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É mais uma pressão para se julgar logo o que servirá de *leading case*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Tenho um parecer do professor Yves Gandra.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Afetaríamos o caso?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Acredito ser melhor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: No caso dos Correios, há um voto do Ministro Carlos Velloso nesse sentido.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): De IPVA, concedendo a imunidade, não é?

O Sr. Ministro Ayres Britto: É, Ministro Cezar Peluso, vamos afetar ao Pleno.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Afetamos ou julgamos e deixamos que outro integrante da Segunda Turma relate perante o Pleno?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Acho melhor afetar ao Pleno.

EXTRATO DA ATA

RE 253.472/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP (Advogados: Odacir Klein e outros). Recorrido: Município de Santos (Advogados: Santiago Moreira Lima e Nice Aparecida de Souza Moreira). Assistente: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, negando provimento ao recurso extraordinário, a Turma decidiu afetar o feito a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. Benjamin Gallotti e, pelo recorrido, o Procurador Municipal, Dr. Santiago Moreira Lima.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Carlos Britto. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha.

Brasília, 11 de outubro de 2005 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou acolhida a pedido formulado em apelação, ante fundamentos assim sintetizados (fl. 280):

> *Tributo* – IPTU – Pretendida imunidade e isenção pela Codesp, em relação aos imóveis que compõem o acervo do Porto de Santos – Aplicação dos arts. 150, § 3º, e 151, inciso III, da Constituição Federal – Imposto devido – Recurso provido.
>
> *Tributo* – Taxas de conservação e limpeza de logradouros públicos, remoção de lixo e iluminação pública – Alegação da Codesp de que não utiliza tais serviços – Serviços, no entanto, postos à disposição pela Municipalidade nos logradouros públicos limítrofes a área portuária – Art. 151, III, da Constituição Federal – Legalidade da exigência – Recurso provido.

No extraordinário de fls. 292 a 308, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, a Codesp articula com a ofensa aos arts. 21, inciso XII, alínea *f*, 22, inciso X, e 150, inciso VI, alínea *a*, da Carta da República. Argumenta serem as instalações portuárias de propriedade da União,

cabendo à recorrente apenas a guarda, responsabilidade e gestão do patrimônio, nos termos de legislação ordinária. Aduz ser competência privativa da União legislar sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial bem como legislar, fiscalizar, planejar, investir, administrar e explorar a atividade portuária. Sustenta que os imóveis objeto da tributação são bens públicos de uso especial, imunes, portanto, ao imposto municipal. Entende que a posição que desfruta, de guardiã e gestora dos bens públicos, "não pode colocá-la na qualidade de sujeito passivo do IPTU" (fl. 301), diante da regra de imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição Federal. Quanto às taxas, insiste na assertiva de que não são devidas, uma vez que não utiliza os serviços prestados pelo Município.

O recorrido apresentou as contrarrazões de fls. 335 a 338, ressaltando não haver sido demonstrada ofensa direta aos preceitos evocados. Diz também do acerto da conclusão adotada pela Corte de origem.

O Juízo primeiro de admissibilidade obstou o trânsito do recurso, que foi processado em razão do provimento dado ao agravo em apenso.

O especial simultaneamente interposto teve a mesma sorte, seguindo-se a protocolação de agravo, desprovido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 367 a 372, preconiza o não conhecimento do recurso. Eis a síntese da peça:

> *Recurso extraordinário – Tributário – Cobrança de IPTU e das taxas de conservação e limpeza de logradouros, de remoção de lixo domiciliar e de iluminação pública – Alegação de imunidade e isenção frente ao tributo, além de inexistência de utilização dos serviços prestados pela municipalidade – Ausência de prequestionamento – Súmulas 282 e 356/STF – Deficiência de fundamentação – Súmula 284/STF – Fundamento autônomo de cunho infraconstitucional – Subsistência do aresto recorrido – Precedente do STF sobre o tema – Parecer pelo não conhecimento do recurso.*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de fls. 309, 397 a 400, 404 a 406, 239 e 240, os dois últimos do apenso n. 3, revelam a regularidade do preparo e da representação processual. Quanto à oportunidade, a decisão atacada foi veiculada no Diário de 17 de outubro de 1995, terça-feira (fl. 286), seguindo-se a protocolação do inconformismo em 27 imediato, sexta-feira (fl. 292), no prazo assinado em lei.

Sob o ângulo dos pressupostos específicos de recorribilidade, o recurso extraordinário padece do indispensável debate e decisões prévios atinentes à asseverada violação dos arts. 21, inciso XII, alínea *f*, e 22, inciso X, da Constituição Federal. A leitura do acórdão de fl. 280 a 285 revela que, em momento algum, a

controvérsia sobre a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) foi equacionada à luz desses artigos, não havendo a recorrente protocolado embargos declaratórios visando a atender, com o debate e decisão prévios, o instituto do prequestionamento.

Também não cabe o conhecimento do extraordinário relativamente às taxas. É que, nas razões recursais, não se apontou o dispositivo constitucional que teria sido olvidado pela Corte de origem, no que assentada a dispensa da utilização do serviço, bastando que seja colocado à disposição do contribuinte. Então, no tocante ao conhecimento, o recurso somente se viabiliza em se tratando da imunidade evocada tendo em conta o disposto no art. 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição Federal.

Relativamente ao IPTU, a Carta de 1988 não trouxe inovação. Compete aos Municípios instituí-lo, considerada a propriedade predial e territorial urbana. Pois bem, sob tal aspecto, há muito se encontra em vigor o Código Tributário Nacional, mais precisamente o art. 32 desse diploma, no que revela como fato gerador do tributo "a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, conforme definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município". Mais do que isso, o Código define como contribuinte do imposto "o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título". Essas balizas levaram a Corte a editar, tendo em vista os casos concretos, o Verbete 583 da Súmula:

> Promitente comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano.

Ora, não se afigura como fato gerador do imposto em comento apenas a propriedade, o que desaguaria na convicção de ser contribuinte de direito, sempre e sempre, o proprietário. Requer-se a existência física do imóvel, mas admissível é que se tome como fato gerador não só a propriedade, como também o domínio útil ou a posse quando esses fenômenos não estão na titularidade daquele que normalmente os tem, ou seja, o proprietário. Pois bem, a União realmente é a proprietária do imóvel, mas, ante a concessão de obras e serviços, o domínio útil cabe à Companhia Docas do Estado de São Paulo, sociedade de economia mista. A regra da imunidade da alínea *a* do inciso VI do art. 150 da Lei Maior está restrita a instituição de imposto sobre patrimônio ou renda ou serviços das pessoas jurídicas de direito público.

Sendo pacífico como fato imponível o domínio e a posse e como contribuintes aqueles que os detenham em patrimônio e envolvida sociedade de economia mista a explorar atividade econômica, não é dado, por verdadeiro empréstimo, cogitar da imunidade. Vale frisar que o § 3º do referido art. 150 revela que as vedações do inciso VI, alínea *a*, do mesmo artigo não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação e pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. Ora, no

caso, a recorrente possui o domínio útil do imóvel e atua na exploração de atividade econômica, sujeitando-se, ante o disposto no § 2º do art. 173 da Constituição Federal, à incidência tributária. Conheço do recurso e o desprovejo.

EXTRATO DA ATA

RE 253.472/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP (Advogados: Odacir Klein e outros). Recorrido: Município de Santos (Advogada: Nice Aparecida de Souza Moreira). Assistente: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), conhecendo e negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, as Ministras Ellen Gracie (Presidente), Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Falou pela recorrente o Dr. Benjamin Gallotti Beserra. Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence (art. 37, inciso II, do RISTF).

Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 20 de setembro de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Imunidade recíproca. Sociedade de economia mista controlada por ente federado. Condições para aplicabilidade da proteção constitucional.

Administração portuária. Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP). Instrumentalidade estatal.

Arts. 21, XII, f, 22, X, e 150, VI, a, da Constituição. Decreto federal 85.309/1980.

1. Imunidade recíproca. Caracterização.

Segundo teste proposto pelo Ministro Relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, *a*, da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais:

1.1 A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto.

1.2 Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política.

1.3 A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante.

2. Sociedade de economia mista. Exploração de serviços de administração portuária. Controle acionário majoritário da União. Ausência de intuito lucrativo. Falta de risco ao equilíbrio concorrencial e à livre-iniciativa.

Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois:

2.1 Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público.

2.2 O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado.

2.3 Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação.

3. Ressalva do Ministro Relator, no sentido de que "cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado".

Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que estabeleceu a validade da incidência do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU) sobre propriedade imóvel que compõe o acervo do Porto de Santos, bem como da cobrança de Taxas de Conservação, Limpeza e Iluminação de Logradouros Públicos.

Sustenta a recorrente que o acórdão viola os arts. 21, XII, *f,* 22, X, e 150, VI, *a,* da Constituição. Segundo entende, a propriedade imóvel dos bens destinados às atividades portuárias é imune à incidência do IPTU, pois tais serviços são inerentes à União (bens públicos de uso especial), e a Codesp somente tem a guarda, a responsabilidade e a gestão do acervo patrimonial.

Iniciado o julgamento, na sessão de 20-9-2006, o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, após examinar os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade do recurso extraordinário, concluindo pela ausência de prequestionamento da alegada violação dos arts. 21, XII, *f,* 22, X, da Constituição, bem como da questão atinente à validade da incidência das taxas, votou pelo desprovimento do recurso, na parte conhecida.

Ponderou Sua Excelência que a matriz constitucional do IPTU abrange como fatos geradores admissíveis, além da propriedade imóvel em si, o domínio útil e a posse. Tal circunstância caracterizaria a recorrente como sujeito passivo do tributo. Por outro lado, o uso dos bens imóveis em jogo na exploração econômica desenvolvida por empresa de economia mista descaracteriza a imunidade recíproca, nos termos do art. 150, § 3º, da Constituição.

Pedi vista dos autos para examinar com mais profundidade a questão, tendo em vista que sou relator de dois outros recursos extraordinários que versam sobre o alcance da imunidade, especificamente em relação aos templos de qualquer culto e à propriedade imóvel cedida a particular, para exploração de atividade econômica privada.

Passo ao voto.

De início, anoto que a Codesp é uma sociedade de economia mista, cujo objetivo é realizar a administração e a exploração comercial do Porto de Santos e dos demais portos ou instalações portuárias que já estejam ou vierem a lhe ser incorporados. Trata-se de atividade cuja exploração está a cargo da União, de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, XII, *f,* da Constituição). Ademais, nos termos do Relatório de Administração para o exercício de 2006, a União é acionista majoritária da empresa, com 99,97% das ações.

Por outro lado, a propriedade imóvel que a recorrida pretende tributar integra o acervo das instalações portuárias e, segundo a recorrente, submete-se ao regime instituído pelo Decreto 85.309/1980.

Para confirmar a sujeição passiva da recorrente ao IPTU, a decisão recorrida adotou dois fundamentos.

O primeiro diz respeito à extensão da imunidade recíproca. Entendeu o Tribunal de origem que a circunstância de a propriedade imóvel que se pretende tributar pertencer à União não firma por si mesma a imunidade, pois, como dispõe o art. 150, § 3º, da Constituição, o patrimônio relacionado com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação pelo pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, não estão abrangidas pela exoneração.

O segundo argumento presente na decisão recorrida diz respeito à possibilidade de a Codesp ser tida como sujeito passivo do IPTU, na medida em que a caracterização da imunidade recíproca não transcende a personalidade jurídica da União, e o fato gerador do tributo também abrange a posse a qualquer título (arts. 32 e 34 do Código Tributário Nacional).

Portanto, a questão de fundo submetida ao crivo da Corte se resume ao exame do alcance dos requisitos para reconhecimento da imunidade recíproca, pois, como observou o Ministro Relator, as questões relativas à violação dos arts. 21, XII, *f,* 22, X, e em relação à validade das taxas, não foram prequestionadas.

Passo ao exame das razões do recurso.

Parto de três constatações para compor o teste de adequação constitucional da salvaguarda tributária, assim enumerados:

1) A imunidade tem por objetivo impedir que os entes federados utilizem a tributação para retaliar uns aos outros, para induzir comportamento político desejado ou para obter vantagens capazes de pôr em risco o adequado desenvolvimento regional, previsto no art. 3º da Constituição;

2) A salvaguarda é oferecida em detrimento do direito de outros entes arrecadarem recursos úteis à obtenção de seus objetivos institucionais;

3) A proteção refere-se aos interesses públicos primários, distanciados da questão da capacidade contributiva e do intuito de aumento patrimonial individual.

Com base em tais constatações, concluo que a aplicabilidade da imunidade recíproca depende da superação ou aprovação em teste de três estágios, presente a Constituição como parâmetro de controle, quais sejam:

1) A imunidade é "subjetiva", isto é, ela se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em condições mais vantajosas, independentemente do contexto;

2) Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. Em decorrência, a circunstância de a atividade ser desenvolvida em regime de monopólio, por concessão ou por delegação, é de todo irrelevante;

3) A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante.

No caso em exame a parte-recorrente **passa** nos três estágios do teste.

Concordo com a premissa adotada pelo Tribunal de origem que entende que a circunstância objetiva de o imóvel tributado pertencer à União não justifica, de *per se,* a aplicação da imunidade tributária. Coerente, ademais, a constatação de que o exercício de atividades puramente econômicas não atrai a proteção conferida pela imunidade.

O equívoco, a meu sentir, está na caracterização da atividade desempenhada pela empresa recorrente.

Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público (cf. o RE 172.816; Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* de 13-5-1994; o RE 356.711, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJ* de 7-4-2006; o RE 253.394, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJ* de 11-4-2003; e o RE 265.749, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, *DJ* de 12-9-2003). A matéria, contudo, tem raízes bem mais antigas, que datam da Constituição de 1891, como registrou **Francisco Campos** (*Direito Constitucional,* v. I. São Paulo: Freitas Bastos,

1956, p. 8-134) ao examinar a aplicação da imunidade à "Companhia Docas de Santos", antecessora da Codesp.

Confirmariam a lesão à livre-iniciativa, à livre-concorrência e ao dever fundamental de pagar tributos três quadros hipotéticos.

Em primeiro lugar, se a participação privada no quadro societário da Codesp fosse relevante, o intuito lucrativo sobrepor-se-ia à exploração portuária como instrumentalidade do Estado. Não é o caso dos autos, dado que a União detém 99,97% das ações da empresa, segundo relatório de 2007. Mantida a relevância da instrumentalidade estatal, não se vislumbra violação do dever fundamental de pagar tributos e de custeio dos demais entes federados.

Por outro lado, os autos também não indicam que a Codesp opere com intuito primordial de auferir vantagem econômica para simples aumento patrimonial da União, como ocorre com outras empresas que exploram atividades sujeitas a monopólio, concessão ou delegação (*e.g.*, a Petrobras, RE 285.716-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, *DJE* de 26-3-2010).

Em segundo lugar, se a Codesp operasse em mercado de livre acesso, o reconhecimento da imunidade violaria os postulados da livre-concorrência e da livre-iniciativa. Também não é o caso dos autos, já que não há indicação de que a Codesp tenha concorrentes em sua área de atuação específica (Porto de Santos).

Por fim, em terceiro lugar, considero importante examinar se a propriedade imóvel em questão é utilizada diretamente pela entidade imune em sua atividade-fim, ou se ao contrário, é cedida a terceiro, entidade privada que se dedica a explorá-la com intuito lucrativo.

Eu não teria dúvida em confirmar o acórdão recorrido se a propriedade da União fosse explorada economicamente por particular, com intuito lucrativo. Cheguei a esta conclusão durante o julgamento do RE 451.152, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, na sessão de 22-8-2006 na Segunda Turma. Naquela assentada, ponderei que a tributação do imóvel pertencente à União, mas explorado economicamente por particular, não traria risco algum ao equilíbrio entre os entes federados. Ademais, não se pode negar que a dedicação de particular à exploração de atividade econômica em caráter privado constitui signo demonstrativo de capacidade contributiva objetiva[1].

Naquele caso, o que se tinha era o particular deixando de concorrer com outros empreendedores em igualdade de condições por força de disposição constitucional impertinente ao exercício privado de atividades econômicas (imunidade recíproca), pondo de lado, assim, as questões econômicas ou de gerenciamento próprias do mercado. O valor do IPTU, naquela situação, deixa de ser um custo e, portanto, ou aumenta o lucro do negócio, ou diminui o preço do serviço.

No caso em exame não há tal risco, pois a recorrente é uma instrumentalidade da União. Ou seja: cuida-se de uma entidade derivada, criada com a finalidade de executar um mister que a Constituição atribuiu à própria União.

Em síntese, cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado. Não bastasse a grande quantidade de obrigações acessórias capazes de auxiliar a administração em tal objetivo, o lançamento por ofício traz instrumentos eficientes para indicar se o imóvel é utilizado por particular em seu próprio interesse, de modo integral ou em fração ideal.

Do exposto, pedindo vênia ao eminente Ministro Relator, conheço parcialmente do recurso extraordinário, tão somente no que se refere à incidência do IPTU, e, na parte conhecida, **dou-lhe parcial provimento**, para reconhecer a imunidade do imóvel pertencente à União, mas afetado à Codesp, utilizado em suas atividades-fim.

É como voto.

---

[1] Trecho do voto-vista proferido nos autos do RE 451.152: "Tais dispositivos permitem a instituição e cobrança de tributos sobre a renda, patrimônio ou serviços prestados pelos entes federados nas hipóteses em que os respectivos fatos geradores correspondam a atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

No que se refere às autarquias e às fundações mantidas pelo Poder Público, a proibição da instituição e cobrança de tributos somente alcança o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às respectivas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Ora, no caso em exame, é incontroverso que o imóvel de propriedade da União é empregado em atividade de fim exclusivamente privado e com intuito lucrativo. Com efeito, lê-se à fl. 3 que a recorrida presta serviços de *academia de ginástica*, atividade inequivocamente alheia à *administração aeroportuária*.

Ademais, não há como conciliar a função operada pela imunidade recíproca e o efeito jurídico e pragmático emprestado pelo acórdão recorrido à tributação da recorrida.

Observo que a imunidade tributária recíproca opera como mecanismo de ponderação e calibração do pacto federativo, destinado a assegurar que entes desprovidos de capacidade contributiva vejam diminuída a eficiência na consecução de seus objetivos definidos pelo sistema jurídico.

Por outro lado, a imunidade recíproca também é clara salvaguarda contra o risco de utilização de tributos como instrumento de pressão econômica entre os membros do pacto federativo.

Nesse sentido, tanto os objetivos como os efeitos do reconhecimento da aplicação da imunidade recíproca são passíveis de submissão ao crivo jurisdicional, em exame de ponderação, de modo que não basta a constatação objetiva de propriedade do bem.

Entendo que a circunstância objetiva de o imóvel tributado pertencer à União não justifica que a imunidade tributária tenha como efeito colateral a concessão de vantagem que não se coadune com as normas garantidoras da livreiniciativa e concorrência entre os agentes de mercado.

Assim entendo, em primeiro lugar, porque a tributação do imóvel pertencente à União, mas explorado economicamente por particular não implica risco algum ao equilíbrio entre os entes federados; em segundo, porque a recorrida demonstra capacidade contributiva objetiva, por dedicarse à atividade de exploração econômica em caráter privado. O simples sucesso em processo de licitação para uso de bem público não justifica a inferência de que tais agentes de mercado sejam diferenciados dos demais agentes, proprietários ou possuidores de imóveis que não pertençam ao acervo de ente federado.

Noto que a recorrida e os demais empreendedores deixam de concorrer em igualdade de condições por força de disposição constitucional que não contempla o exercício privado de atividades econômicas (imunidade recíproca), e não em razão de questões econômicas ou de gerenciamento próprias do mercado. O valor do IPTU deixa de ser um custo e, portanto, ou aumenta o lucro do negócio, ou diminui o preço do serviço.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também peço vênia ao Relator, Ministro Marco Aurélio, mas vou acompanhar a divergência iniciada

---

Cabe, aqui, a máxima extraída de reflexão a que chegou a Corte Suprema dos Estados Unidos no caso *Halliburton Oil Well Co. vs. Reily* (373 US 64, 1963): *'a igualdade, para propósito de concorrência e do fluxo comercial, é medida em dólares e centavos, e não em abstrações legais'*.

Rememoro ainda, adotadas as devidas ressalvas, a seguinte ponderação da Suprema Corte norte-americana quanto à extensão da imunidade recíproca, nas palavras do *Justice Stone*, textualmente:

> *'It was further pointed out that, as applied to the taxation of salaries of the employees of one government, the purpose of the immunity was not to confer benefits on the employees by relieving them from contributing their share of the financial support of the other government, whose benefits they enjoy, or to give an advantage to a government by enabling it to engage employees at salaries lower than those paid for like services by other employers, public or private, but to prevent undue interference with the one government by imposing on it the tax burdens of the other.*
>
> *(...)*
>
> *The Court concluded that the claimed immunity would do no more than relieve the taxpayers from the duty of financial support to the national government in order to secure to the state a theoretical advantage, speculative in character and measurement and too unsubstantial to form the bases of an implied constitutional immunity from taxation.'*
> *(Graves v. N.Y. ex rel. O'Keefe, 306 U.S. 483 1938)*

Registro, ainda, semelhante opinião de Misabel Derzi quanto à extensão da imunidade recíproca:

> *'(...) a imunidade recíproca não beneficia particulares, terceiros que tenham direitos reais em bens das entidades públicas, nem créditos ou rendas de outrem contra tais entidades como queria Pontes de Miranda – cessando os 'odiosos' privilégios de funcionários públicos, magistrados, parlamentares ou militares; não se estende, pelos mesmos fundamentos, aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos relativamente ao bem imóvel.'*
> *(BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Atualização e notas de Misabel Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 295.)*

Reconhecer a aplicabilidade da imunidade recíproca à tributação de imóvel locado a particulares, para exploração de atividade econômica de cunho privado, redundaria, em última análise, em privilegiar a exploração econômica particular, e não o pacto federativo.

Por essas razões, afasto o fundamento adotado pelo acórdão recorrido quanto à configuração de imunidade à tributação para a propriedade ou posse do bem imóvel que se pretende gravado por IPTU.

Quanto ao segundo fundamento, anoto que a circunstância de a parte recorrida não ser juridicamente classificável como *contribuinte* não impede que ela, ainda assim, faça parte da relação jurídica tributária como *sujeito passivo*. Com efeito, a sujeição passiva tributária compreende *tanto os contribuintes* como os *responsáveis tributários*.

Observo, ainda, que a responsabilidade pelo pagamento de tributos era conhecida por ambas as partes, pois o termo de contrato que veicula a concessão de uso (TC 2.99.65.0553) prevê expressamente:

> 'Correrão por conta do concessionário quaisquer ônus que recaiam ou venham a recair sobre a área dada em concessão de uso e os serviços nelas explorados, inclusive (...) Tributos (...) Municipais (...)'
>
> (Fl. 31.)

Ponderemos: a sujeição passiva por responsabilidade, no caso em exame, atenderia ao necessário tratamento tributário isonômico entre sujeitos passivos que, em comum, têm a característica de desempenharem a mesma atividade econômica e, a diferenciálos, apenas a circunstância de os imóveis onde exercem suas atividades serem um de propriedade de ente público e outro de propriedade de ente privado."

pelo Ministro Joaquim Barbosa, uma vez que, como ele comprovou e nos termos dos precedentes, o imóvel está afetado exatamente a uma função, a um mister que é definido e entregue à União.

Portanto, peço vênia, mas também conheço em parte e, na parte conhecida parcialmente, dou provimento ao recurso.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Gostaria de suscitar aqui uma questão que me parece grave.

O Imposto Predial e Territorial Urbano, segundo o Código Tributário Nacional, não recai apenas sobre a propriedade; textualmente, recai também sobre o domínio útil e a posse do imóvel. Por conseguinte, o responsável pelo pagamento do tributo não é apenas o proprietário, mas o titular do domínio útil e também o possuidor.

Há citação de Aliomar Baleeiro que me parece extremamente pertinente ao caso: se

> A posse está em mãos de terceiro, pouco importa que o titular do domínio goze de imunidade fiscal em relação a seus bens, como a União em relação as terras de fronteiras (CF de 1967, art. 4º, I, Lei 2.597, de 12-9-1955, etc.) e aos terrenos de marinha (CF, art. 4º, V; Decreto-Lei 9.760/1945 etc.), ou os Estados em relação as terras devolutas (CF, art. 5º). O ocupante e o foreiro desses bens públicos ficam sujeitos ao imposto territorial rural, do mesmo modo que os chamados "posseiros" de terras de domínio particular, podendo o legislador, neste último caso, por mera conveniência administrativa, escolher o proprietário ou o possuidor. [para exigir o tributo.]

O que acontece no caso? Desde 1980, a Codesp, e por via de sucessão, é titular do domínio útil, ou seja, ela é possuidora do imóvel e tira lucro dessa exploração.

Acho que, aqui, a meu ver, com o devido respeito, não há problema nenhum com o patrimônio da União, porque, na verdade, não é a União a responsável pelo pagamento do tributo, mas a concessionária que explora o imóvel da qual é possuidora por contrato de concessão, tirando lucros e proveitos dessa exploração.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas é uma concessionária ou uma delegatária do serviço público?

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

O Sr. Ministro Ayres Britto: Empresa privada.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não, é empresa privada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Possui imóvel da União que, se fosse usado pela União, seria imune a qualquer tributo, passando a ocupar, a explorar esse prédio e ter atividade econômica que lhe gera lucros, mas não quer pagar imposto para o Município.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então, não se trata de ente da administração pública, delegatário?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite? Vossa Excelência inclusive é de Santos; a cidade Santos é extremamente onerada em seu entorno, quer dizer, no entorno do porto, porque tem investimentos pesadíssimos para permitir o acesso ao porto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, e mais, a parte ocupada – isso eu conheço pessoalmente –, mas a parte, e é fato público e notório, por isso não estou invocando, aqui, nem conhecimento privado, é público e notório que a parte ocupada pela antiga companhia Docas e pela atual Codesp corresponde a área imensa do território do Município de Santos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Noutras palavras, a subtração eventual da parcela de receita tributária, que seria devida por essa concessionária, é significativa no orçamento do Município.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida. Não só essa subtração, como disse, todo o investimento em infraestrutura no entorno para que o porto funcione onera sobremaneira a prefeitura.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não está em jogo. Ninguém está sustentando incidência do imposto aqui, sobre patrimônio da União. Não é isso. Aqui, é a concessionária a título de possuidor.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas é serviço público da União utilizado na sua finalidade.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Na verdade, a União tem controle total disso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Por isso, a jurisprudência é pacífica. Esse tipo de compensação tem que ser buscada de outra forma. Por outro lado, essa é uma atividade comercial e industrial extremamente importante para a cidade de Santos. Essa é uma verdadeira indústria; na própria cidade há indústria portuária.

De modo que, parece-me, aqui, é o serviço público da União que estaria sendo tributado. De novo, temos uma empresa, uma sociedade de economia mista com controle da União em 99,99%. É disso que se cuida.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Então, na verdade, tecnicamente não há concessão, há delegação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro Ayres Britto, só para lembrar a ementa no RE 165.749 é expresso: Recurso extraordinário tributário. IPTU. Imóveis do acervo patrimonial do porto de Santos. Imunidade recíproca. Taxas. Foi Relator o Ministro Maurício Corrêa, e está assim posto: Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, que se encontram sob custódia da companhia em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não incidência do IPTU por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída

ao Poder Público nos termos do art. 21, XII, alínea *f*; 150, VI, da Constituição Federal, e, neste caso, quanto ao IPTU, que é o objeto deste agora, o recurso foi provido. Foi parcialmente provido, porque quanto a taxas foi eliminado.

O Sr. Advogado: Senhor Presidente, peço pela ordem, só por uma questão de fato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O Relator deste feito é o Ministro Marco Aurélio. Ministro Marco Aurélio?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, aqueles que estão discutindo a matéria é que precisam dos esclarecimentos. Eu proferi o meu voto, mas eu estou sempre pronto a ouvir os senhores advogados.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então, vamos ouvi-lo.

O Sr. Advogado: E só em relação à questão da antiga lei de concessões portuárias; ela foi revogada pela Lei 8.630, que é a atual lei de modernização dos portos. A Codesp, hoje, age em regime de delegação, não de concessão.

O Sr. Ministro Ayres Britto: De delegação?

O Sr. Advogado: De delegação.

Muito obrigado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Como era antes, delegação.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas há inúmeros precedentes, Senhor Presidente. Eu li, aqui, uns quatro ou cinco. É uma matéria pacífica, aqui, na Corte. Indiquei o RE 172.816; o 356.711; o 265.749; e outros, das duas Turmas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Agora, para mim, prevalece a lição de Geraldo Ataliba. A imunidade controvertida é subjetiva, e, no caso, a recorrente tem o domínio útil do imóvel e ela não está alcançada pelo preceito constitucional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E mais, cai sob a norma do 150, § 3º:

> Art. 150. (...)
> (...)
> § 3º As vedações do inciso VI, *a*, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, a renda ou serviço relacionado para a exploração das atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (...).

É expresso na Constituição, também. Está excluída da imunidade. Estaria, *data venia*. Mas, enfim, Vossa Excelência está com a palavra.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ou seja, quando se trata de delegação, é o próprio setor público atuando, prestando a atividade.

Aqui, a dicotomia não é entre a administração direta ou indireta, é entre setor público e setor privado. Quem explora o serviço típico de portos marítimos, fluviais, lacustres é o setor público diretamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas, Ministro, então há a assunção das dívidas da recorrente pelo setor público?

O Sr. Ministro Ayres Britto: Há quem diga que sim subsidiariamente. Há quem diga que sim, porque o serviço é público. O serviço é próprio da União. E, se é próprio da União, não é do mercado, não é dos particulares. E o Poder Público, podendo optar por um particular, optou pelo próprio Poder Público.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Criou uma instrumentalidade própria para aquele serviço.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Isso. Então é o setor público em ação.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Perfeito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É um dos serviços definidos na própria Constituição.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, vou pedir vênia pelos argumentos já deduzidos pelo eminente Ministro Marco Aurélio para acompanhar o Relator integralmente.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O Relator é o Ministro Marco Aurélio. Vossa Excelência está acompanhando a divergência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência está acompanhando o Ministro Joaquim Barbosa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, eu estou acompanhando o Relator.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É que o voto do Ministro Joaquim Barbosa foi tão fundamentado que deu a impressão de a relatoria ser de Sua Excelência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu estou negando provimento. Estou aqui no *site* da Codesp e estou verificando que ela presta uma série de outros serviços, além dos portuários, caráter privado, embora subsidiários. Também me sensibilizei pelo argumento do eminente Ministro Cezar Peluso de que, no caso, a Codesp detém o domínio útil e, portanto, é sujeito passivo do IPTU, com a devida vênia.

Acompanho o Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E ela não invoca a condição pública dela, não. Ela diz simplesmente que se aproveita da imunidade da União. Isso é o que ela diz. Ela não diz que faz parte da esfera pública etc. Ela invoca a imunidade da União, neste caso.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Relator, aos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso para acompanhar a divergência.

Também conheço parcialmente do recurso para provê-lo também parcialmente, ou seja, Ministro Relator, exclusivamente quanto ao...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O Relator é o Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Creio que, daqui a pouco, vamos deslocar a relatoria para Sua Excelência. Serei desbancado da relatoria!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu comecei bem, comecei pedindo vênia ao Relator, depois, pensei que o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Relator disse bem, embora ele fizesse um voto magnífico, mas o voto do Ministro Joaquim foi igualmente magnífico e nos dá a impressão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não disse que o voto foi magnífico. Não me referi ao vocábulo correto. Foi extenso, mas, claro, não concordo com as colocações de Sua Excelência, tanto que votei pelo desprovimento do recurso. Por isso, não posso subscrevê-lo.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas eu uso o adjetivo magnífico para ambos os votos, mas vou ficar com o segundo magnífico, que é o do Ministro Joaquim Barbosa, e vou conhecer parcialmente do recurso e também parcialmente provê-lo na parte conhecida. Vossa Excelência disse parcialmente porque afastou o IPTU, não é isso?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não. Quanto ao conhecimento parcial, eu acompanhei o Ministro Marco Aurélio. Ele restringiu o conhecimento.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Certo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não há divergência quanto a isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Há matéria em relação a qual não houve o debate e a decisão prévios.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Porque Vossa Excelência, quanto às taxas – não é isso? – fez...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Quanto às taxas, não se apontou, nas razões do extraordinário, o dispositivo que teria sido infringido, inobservado, pela Corte de origem. Por isso não conheci do recurso nesse ponto.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Também estou de pleno acordo. Agora, quanto ao IPTU, Vossa Excelência está afastando a incidência e eu estou acompanhando Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Está reconhecendo a imunidade.

EXTRATO DA ATA

RE 253.472/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP (Advogados: Odacir Klein e outros). Recorrido: Município de Santos (Advogada: Nice Aparecida de Souza Moreira). Assistente: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, por maioria, na parte conhecida, deu parcial provimento, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa, que redigirá o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que negavam provimento ao recurso. Ausentes, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

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

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

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 254.764 — SP

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo — Recorrido: Município de Sorocaba

Ação civil pública – Meio ambiente – Esgoto – Lançamento em rio – Viabilidade. Mostra-se consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem julgamento do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 24 de agosto de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acolhendo pedido formulado em apelação, declarou extinto o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Consignou que a extensão do pleito inicial, consistente na obrigação de dar tratamento adequado ao esgoto, antes do lançamento em águas fluviais, em prazo determinado, implica ofensa aos princípios da autarquia municipal e da independência dos Poderes. Registrou o Colegiado (fls. 890 e 891):

> Pois bem, a amplitude do pedido formulado pelo autor acarreta verdadeira subversão de tais princípios, pois que invade a área de atuação *política* dos Poderes Executivo e Legislativo municipais, entendida tal atuação como o permanente exercício de opções de atuação administrativa, dentre as inúmeras possíveis, tendo em vista o bem comum dos munícipes.
>
> Não se negue que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui bem de uso comum do povo e é essencial à sadia qualidade de vida (CR, art. 225). Mas, na esfera de atuação dos Municípios, apenas no âmbito constitucional (CR, art. 30), também o são o transporte coletivo, os serviços de atendimento à saúde, a educação pré-escolar e de ensino fundamental, a proteção ao patrimônio histórico-cultural local e a promoção do adequado ordenamento territorial, isso para não se falar na abertura e conservação de vias públicas, na disciplina da circulação viária, na iluminação pública, na coleta de lixo, na limpeza dos logradouros públicos, na organização do abastecimento de gêneros alimentícios (feiras-livres), na promoção do lazer e atividades culturais.

> Bem se vê que é imensa a gama de atividades atribuídas aos agentes públicos do Município. E, aqui, as opções serão de natureza essencialmente política, como consequência necessária do sistema democrático representativo.
>
> Por decorrência, comprometer o orçamento da Municipalidade na proporção estimada no noticiário a fls. 810 é aniquilar o exercício do poder político conferido aos representantes dos munícipes. Munidos que estão de mandato popular, compete-lhes a escolha das áreas nas quais os recursos municipais deverão ser empregados, segundo critérios que poderão até ser decorrência de argumentos de caráter eleitoral e que terão servido para sua eleição.

Os embargos de declaração que se seguiram foram desprovidos (fls. 903 e 904).

No extraordinário de fls. 907 a 913, protocolado com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, o Ministério Público do Estado de São Paulo articula com a transgressão dos arts. 23, incisos II e VI, e 225 da Carta Federal.

Aponta ter o Poder Público municipal o dever legal de não poluir e de preservar o meio ambiente. Alude à Lei 6.938/2001, que versa a Política Nacional do Meio Ambiente. Considera que a autonomia municipal e o princípio da independência dos Poderes não podem ser evocados para normas que tratam da proteção ambiental.

O recorrido, nas contrarrazões de fl. 923 a 926, ressalta a ausência de demonstração de ofensa aos preceitos citados.

O recurso foi admitido por meio da decisão de fl. 932 a 934.

O especial simultaneamente interposto não ultrapassou a barreira do conhecimento no Superior Tribunal de Justiça (fl. 943 a 950).

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 959 a 971, preconiza o conhecimento e o provimento do recurso. Eis o resumo da peça (fl. 959):

> *Constitucional. Ação civil pública. Condenação de Município ao cumprimento de obrigação de fazer concernente ao adequado tratamento dos esgotos urbanos, antes do lançamento em águas fluviais. Aresto recorrido no sentido de ofensa à autonomia municipal e à independência entre os poderes. Alegação de ofensa aos arts. 23, II e VI, e 225, da Constituição Federal. Obrigação de defesa ambiental que deve ser garantida judicialmente, sob pena de perda de eficácia das normas constitucionais*.
>
> Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por Procurador de Justiça, foi protocolada no prazo dobrado a que tem jus o recorrente.

Observem a importância revelada pela Carta da República em relação ao meio ambiente. Nela consta capítulo próprio sobre o tema. O art. 225 consigna balizas para lograr-se meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entender-se que o desrespeito ao que preconizado pela Constituição cinge-se à opção política dos Poderes Executivo e Legislativo municipais implica o esvaziamento, até mesmo, da atribuição prevista no art. 129 do Diploma Maior no tocante à ação civil pública. É função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Descumprindo o Poder Público regras próprias à vida em sociedade, à preservação do meio ambiente, abre-se campo propício para, mediante ação civil pública, chegar-se à condenação à obrigação de fazer. No caso, essa diz respeito à comezinha noção de saneamento, ou seja, o ato de lançar em águas fluviais esgoto *in natura*. Cogitar-se de extinção do processo sem apreciação do mérito, potencializando a atividade pública contrária à Constituição Federal, é feri-la de morte.

O Juízo de Direito da 5ª Vara Cível, ante o contexto e o que demonstrado no processo, condenou a Prefeitura de Sorocaba na obrigação consistente em fazer submeter a prévio tratamento, de acordo com a melhor tecnologia disponível, a ser apurada em perícia, ou por anterior aprovação do Juízo, todos os efluentes advindos da rede pública de coleta de esgotos urbanos, antes do lançamento no rio Sorocaba ou em qualquer de seus tributários diretos ou indiretos. Para isso, fixou, desde logo, como termo inicial, 2 de fevereiro de 1993, considerados o disposto no art. 167, inciso I, da Constituição Federal e a Lei 4.320/1964. Não dando a Prefeitura início à obra bem como não a concluindo no prazo de três anos, a contar do termo inicial, ser-lhe-ia cominada pena pecuniária diária correspondente a 800 BTN's ou outro índice oficial que porventura viesse a substituí-lo na mesma paridade de valores.

A toda evidência, mostra-se cabível a ação civil pública ajuizada. Não se pode cogitar de extinção do processo sem julgamento do mérito a partir da óptica relativa ao implemento de certa política pública e a impossibilidade de o Judiciário pronunciar-se a respeito da harmonia, ou não, com a ordem jurídica em vigor. O que decidido pela Corte revisora não implicou exame da matéria de fundo. Assentou-se simplesmente a inviabilidade jurídica do pedido, o que não ocorre na espécie.

Conheço e provejo o extraordinário para, afastando a extinção declarada, determinar o julgamento do tema de fundo veiculado na apelação do Município, pronunciando-se o órgão quanto à remessa obrigatória.

EXTRATO DA ATA

RE 254.764/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo (Procurador: Procurador-Geral do Estado de

São Paulo). Recorrido: Município de Sorocaba (Procurador: Procurador-Geral do Município de Sorocaba).

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. 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. Wagner Mathias.

Brasília, 24 de agosto de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 317.574 — MG

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Recorrente: Prefeito do Município de Betim — Recorrida: Câmara Municipal de Betim

Servidor público. Prefeito municipal. Ausência do país. Necessidade de licença prévia da Câmara Municipal, qualquer que seja o período de afastamento, sob pena de perda do cargo. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 49, III, e 83, c/c o art. 29, *caput*, da CF. Normas de observância obrigatória pelos Estados e Municípios. Princípio da simetria. Ação julgada procedente para pronúncia de inconstitucionalidade de norma da lei orgânica. É inconstitucional o parágrafo único do art. 99 da Lei Orgânica do Município de Betim, que não autoriza o Prefeito a ausentar-se do país, por qualquer período, sem prévia licença da Câmara Municipal, sob pena de perda do cargo.

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 conhecer e dar provimento ao recurso para julgar procedente a ação e declarar, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 99 da Lei Orgânica do Município de Betim, Estado de Minas Gerais. Ausente, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Brasília, 1º de dezembro de 2010 — Cezar Peluso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade, declarando constitucional o art. 99, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Betim, que condiciona à prévia autorização da Câmara Municipal as ausências do Prefeito do país, sob pena de perda do cargo. Eis a ementa do acórdão:

> *Ementa: Ausência do prefeito municipal do País – Lei orgânica – Autorização da Câmara – Exigência constitucional*. Constitucional é a exigência do art. 99, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Betim, dispondo que "O Prefeito não poderá ausentar-se do Município, o Vice-Prefeito do Estado, por mais de quinze dias consecutivos, e ambos, do País, *por qualquer tempo, sem autorização da Câmara*, sob pena de perder o cargo". Tal disposição encontra guarida no art. 29 da CF, cuja expressão "atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado (...)," não implica em cópia fiel, pois a

administração municipal não tem qualquer envolvimento com viagens ao exterior, como ocorre com o Presidente da República (art. 84, VII e VIII, da CF) e com os Governadores dos Estados-Membros (art. 52, VII, da CF).
(Fl. 151. Grifos do original.)

Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, *a*, ofensa aos arts. 2º, 29 e 83, todos da Constituição Federal, pugnando pela pronúncia de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 99 da Lei Orgânica Municipal de Betim, MG, que subordina à prévia autorização legislativa a saída do Prefeito ou de Vice-Prefeito, do país, por qualquer período, diversamente do que ocorre com Governador de Estado e o Presidente da República, conforme art. 83 da CF, que exige tal autorização apenas para período superior a 15 dias.

Invoca, a respeito, precedentes da Corte.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 245-246).

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Consistente o recurso.

É que o acórdão impugnado decidiu a causa em aberta desconformidade com a jurisprudência assentada da Corte sobre o tema e, segundo a qual, é, por simetria, de reprodução e observância obrigatórias pelos Estados e Municípios, o disposto nos arts. 49, III, e 83, c/c os arts. 25, *caput*, e 29, *caput*, todos da Constituição da República, como se vê a estas ementas exemplares:

Constitucional. Governador do Estado: ausência do território nacional por qualquer prazo: exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, inciso IV do art. 99, § 1º do art. 143. Constituição Federal, art. 49, III.

I – Extensibilidade do modelo federal – CF, art. 49, III – aos Estados-membros: a autorização prévia da Assembleia Legislativa para o Governador e o Vice-Governador se ausentarem do território nacional será exigida, se essa ausência exceder a quinze dias.

II – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(**ADI 678-9**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, Tribunal Pleno, *DJ* de 19-12-2002.)

Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado de Goiás. Governador e Vice-Governador. Licença para se ausentarem do país por qualquer período.

1. Afronta os princípios constitucionais da harmonia e independência entre os Poderes e da liberdade de locomoção norma estadual que exige prévia licença da Assembleia Legislativa para que o Governador e o Vice-Governador possam ausentar-se do país por qualquer prazo.

2. Espécie de autorização que, segundo o modelo federal, somente se justifica quando o afastamento exceder a quinze dias. Aplicação do princípio da simetria. Precedentes.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(**ADI 738-6**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, Tribunal Pleno, *DJ* de 7-2-2003.)

2. Do exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento, para, julgando procedente a ação, declarar *ex tunc* a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 99 da Lei Orgânica do Município de Betim, Estado de Minas Gerais.

EXTRATO DA ATA

RE 317.574/MG — Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: Prefeito do Município de Betim (Advogados: José Rubens Costa e outros). Recorrida: Câmara Municipal de Betim (Advogados: José de Vianna Vaz e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), conheceu e deu provimento ao recurso para julgar procedente a ação e declarar, com efeito *ex tunc,* a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 99 da Lei Orgânica do Município de Betim, Estado de Minas Gerais. Ausente, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski.

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, 1º de dezembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 346.566 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Amilton de Souza Gonçalves — Agravado: Estado do Rio de Janeiro

Processual civil. Embargos de divergência. Desnecessidade de preparo. Beneficiário da justiça gratuita. Embargos prematuros. Ausência de ratificação. Agravo regimental improvido.

I – O beneficiário de justiça gratuita não necessita comprovar o recolhimento do preparo para oposição de embargos de divergência.

II – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é extemporâneo o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido, sem que haja a devida ratificação do ato.

III – 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 Ayres Britto (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, desprover o recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Cezar Peluso (Presidente) e Gilmar Mendes.

Brasília, 18 de novembro de 2010 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental contra decisão que não admitiu os embargos de divergência, sob o fundamento de que o recurso é extemporâneo, porquanto oposto antes da publicação do acórdão impugnado. Consignou-se, ademais, que o recorrente não comprovou o pagamento do preparo no ato da interposição do recurso.

O agravante sustentou que se encontra amparado pelos benefícios da justiça gratuita e que os embargos de divergência foram opostos no prazo legal.

Desse modo, requer a reconsideração da decisão impugnada para que seja dado seguimento aos embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem reexaminados os autos, entendo que a decisão não merece reforma.

A decisão agravada está apoiada em dois fundamentos, a saber: extemporaneidade dos embargos de divergência e ausência de preparo.

Em que pese ter razão o agravante quanto à desnecessidade de preparo recursal, haja vista a concessão do benefício da justiça gratuita, mantém-se incólume o fundamento, suficiente para a manutenção da decisão agravada, acerca da interposição prematura dos embargos de divergência.

De fato, como assentado na decisão atacada, o acórdão embargado foi publicado em 24-11-2006 (fl. 183); entretanto, os embargos de divergência foram protocolados nesta Corte em 10-11-2006 (fl. 203), antes, portanto, da publicação do acórdão recorrido, o que evidencia a sua extemporaneidade.

Destaco que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é prematuro o recurso interposto antes da publicação do acórdão impugnado, sem que haja a devida ratificação do ato. Nesse sentido, menciono os seguintes julgados, entre outros: AI 764.861-AgR-ED/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 320.440-AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 771.678-ED/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 760.314-AgR/MG, Rel. Min. Eros Grau; AI 730.073-AgR/MG e AI 502.004-AgR/MG, Rel. Min. Ayres Britto; e o AI 375.124-AgR-ED/MG, Rel. Min. Celso de Mello, cuja ementa segue transcrita:

> *Embargos de declaração – Extemporaneidade – Impugnação recursal prematura, deduzida em data anterior à da publicação do acórdão recorrido – Não conhecimento do recurso*. A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações – impugnação prematura ou oposição tardia –, a consequência de ordem processual é uma só: o não conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, é a velha história: geralmente, o brasileiro deixa para fazer tudo na última hora, mas há aqueles que cumprem horário, que se antecipam nas providências.

Indago: é indispensável – é essencial à valia do ato praticado, da formalização do ônus processual, que é a interposição de um recurso – aguardar a

publicação da decisão a ser atacada? Ou, tomando a parte conhecimento dessa decisão, pode de imediato protocolar o recurso?

Custo muito, Presidente, a aceitar a extemporaneidade de um recurso não pelo extravasamento do prazo recursal, mas por haver o cidadão, o jurisdicionado se antecipado nessa interposição.

Peço vênia ao Relator para prover o agravo.

EXTRATO DA ATA

RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR/RJ — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Amilton de Souza Gonçalves (Advogados: Dilson Ferreira de Anaide e outros). Agravado: Estado do Rio de Janeiro (Advogado: PGE/RJ – Marcelo Mello Martins).

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, desproveu o recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros 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, 18 de novembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 391.623 — MA

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Município de São Luís — Recorrida: Companhia Energética do Maranhão – CEMAR

Imunidade – Operações relativas a energia elétrica – Art. 155, § 3º, da Constituição Federal. À luz da redação primitiva da Carta da República, descabe afastar da imunidade a Taxa de Licença e Verificação Fiscal alusiva à fixação de postes ao solo visando à sustentação da rede elétrica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 2 de dezembro de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão negou provimento a apelação, assentando a ilegalidade da cobrança da Taxa de Licença e Verificação Fiscal pelo Município de São Luís, ante a vedação prevista no art. 155, § 3º, da Constituição Federal. Ressaltou ter o Diploma Maior proibido a incidência de qualquer tributo sobre as operações de energia elétrica, ressalvados os casos dos arts. 155, § 3º, e 153, incisos I e II, da Carta da República. Consignou ser incabível a alegação do Município segundo a qual está-se a tributar somente a ocupação dos postes de transmissão de energia nos logradouros públicos e não a atividade da Companhia Energética do Maranhão. Consta do acórdão que, "se se admitir a tributação da colocação de postes públicos nos logradouros estar-se-á admitindo também seja tributado fornecimento de energia elétrica o que, de fato, não se pode conceber por absoluta impossibilidade prevista na Constituição Federal" (fl. 71).

No extraordinário de fls. 75 a 85, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, o Município de São Luís articula com a transgressão dos arts. 145, inciso II, e 153, § 3º, da Carta da República. Ressalta a insubsistência do entendimento firmado pela Corte de origem, consignando que ele significa criar "um novo tipo de imunidade que não foi da opção do legislador constituinte" (fls. 77 e 78). Salienta ser o fato gerador da taxa em debate a fixação de postes de sustentação no solo urbano e não o fornecimento de energia elétrica. Assevera que "o valor deste tributo considera tão somente os gastos da

municipalidade ao fiscalizar a fixação destes postes (correspondente ao custo da atuação estatal específica) e a sua adequação na rede urbana de São Luís" (fl. 81).

A Companhia Energética do Maranhão (CEMAR), apesar de intimada, não apresentou contrarrazões (certidão de fls. 88).

O recurso foi admitido mediante a decisão de fls. 90 a 92.

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer no sentido do provimento do extraordinário (fls. 105 a 108). Entende não haver vedação, consoante a imunidade tributária prevista no art. 155, § 3º, do Diploma Maior, a que os Municípios instituam taxas referentes à fiscalização da utilização de áreas e logradouros públicos eventualmente ocupados por postes de energia elétrica, tendo em vista a edição da Emenda Constitucional 31/2001, que, alterando o referido dispositivo constitucional, substituiu a vedação à instituição de "tributo" por "imposto", o que não impede a incidência de taxas. Salienta não se poder confundir a imunidade prevista no art. 155, § 3º, da Carta Federal com o fenômeno da repercussão tributária no preço final do serviço. Aduz que, "acaso cometido tal deslize, dever-se-ia chegar à conclusão, por exemplo, de que a supracitada norma constitucional não autoriza a incidência de IPTU sobre os terrenos nos quais estão estabelecidos postos de gasolina, ou, ainda, que é vedada a cobrança de imposto de renda de emissoras de televisão" (fls. 107 e 108).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade. O extraordinário, subscrito por procuradores municipais, restou protocolado no prazo assinado em lei.

No mais, observem as premissas do acórdão proferido. Em momento algum, a Corte de origem emitiu entendimento à luz da redação da Carta da República decorrente da Emenda Constitucional 31/2001. Considerou, isto sim, o que previsto na redação primitiva do § 3º do art. 155 do Diploma Maior:

> § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Então, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão assentou coberta pela citada imunidade a colocação de postes a servirem à sustentação da rede elétrica, consignando descaber a cobrança, pelo Município, da Taxa de Licença e Verificação Fiscal. O que decidido mostra-se harmônico com a Carta da República, presente o fato de ter-se como pano de fundo operação relativa a energia elétrica, pouco importando que, no caso, a taxa pretendida diga respeito à colocação dos postes. Entender de forma diversa é concluir-se pela possibilidade

de o intérprete distinguir onde a norma constitucional não distingue, versando o gênero operações relativas a energia elétrica. Desprovejo este extraordinário.

EXTRATO DA ATA

RE 391.623/MA — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Município de São Luís (Advogados: Airton José Tajra Feitosa e outros). Recorrida: Companhia Energética do Maranhão – CEMAR (Advogados: Lycurgo Leite Neto e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 2 de dezembro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 437.006 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Claro S.A. (atual denominação de BCP S.A.) — Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

ICMS – Crédito – Venda subsidiada do produto – Serviços – Fidelização. A pretensão de ter-se crédito relativo ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ante a venda do produto por preço inferior ao da compra não encontra respaldo no figurino constitucional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 9 de dezembro de 2010 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Adoto, como relatório, as informações prestadas pela assessoria:

> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acolheu pedido formulado em apelação para julgar improcedente pleito formalizado em mandado de segurança, ante fundamentos assim sintetizados (fl. 146):
>
> "Apelação Cível Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Mercadorias vendidas abaixo do preço de custo. Inexistência de violação ao princípio da não cumulatividade do imposto, que não deve ser confundida com um princípio geral, favorável aos creditamentos e compensações. Hipótese na qual o contribuinte de direito do imposto recolhido é o distribuidor ou produtor da mercadoria, e o contribuinte de fato, o consumidor final, na qual o crédito não pode ser atribuído à intermediária, sob pena de enriquecimento sem causa. Provimento do recurso, para julgar improcedente o pedido, denegando-se a segurança."
>
> Seguiram-se os declaratórios de fl. 151 a 153, acolhidos parcialmente apenas para esclarecer que afirmação presente no acórdão, atribuída à embargante, consta, na verdade, do parecer do Ministério Público.
>
> No extraordinário de fl. 170 a 181, interposto com alegada base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a recorrente articula com a transgressão do art. 155, § 2º, incisos I e II, alíneas *a* e *b*, da Carta Federal. Aponta a inconstitucionalidade do § 1º do art. 37 da Lei estadual 2.657, de 26 de dezembro de 1996, por conflitar com o princípio da não cumulatividade. Ressalta não poder a norma local haver determinado o estorno do montante do ICMS creditado, ante a circunstância de a mercadoria ter sido alienada por importância inferior à que serviu de base de

cálculo na operação de que decorreu a entrada. Assevera constituírem a isenção e a não incidência as únicas exceções previstas no texto constitucional ao exercício do direito do creditamento. Cita precedente do Plenário – o RE 161.031/MG – para reafirmar a óptica sustentada.

O Estado do Rio de Janeiro apresentou as contrarrazões de fls. 197 a 207. Aduz a ausência de prequestionamento dos dispositivos arrolados no extraordinário. Registra não terem sido atacados todos os fundamentos deduzidos pela Corte de origem para rejeitar a pretensão da recorrente, incidindo, na espécie, o Verbete 283 da Súmula do Supremo. Diz haver o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, diante da singularidade do caso, implementado a única solução compatível com a lei, sendo pertinente a aplicação do Verbete 400 da Súmula da Corte. Quanto à não cumulatividade, sustenta refletir tal princípio sobre a tributação do ciclo econômico do bem ou de todos os bens que compõem o produto final. Aponta não haver agregação de valor quando uma mercadoria é comercializada por valor abaixo do preço de entrada, o que implica a inexistência de tributo a recolher. Afirma ter-se, alfim, a redução da tributação do valor agregado de outra mercadoria, o que gera distorções no sistema, devendo ser eliminadas.

O procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade encontra-se à fl. 213 à 215.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 266 a 271, preconiza o provimento do extraordinário, ante fundamentos assim resumidos:

> *Recurso extraordinário. Direito tributário. ICMS. Art. 37, § 1º, da Lei n. 2.657/96 do Estado do Rio de Janeiro. Vedação de compensação de valor pago na operação anterior. Ofensa ao princípio da não cumulatividade*.
>
> 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do RE n. 161.031/MG, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou entendimento no sentido de que ofende o princípio da não-cumulatividade norma que veda a compensação do valor efetivamente pago na operação anterior, exceto nas hipóteses de isenção e não incidência, a teor do art. 155, § 2º, II, alíneas *a* e *b*, da Constituição Federal.
>
> 2. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste extraordinário, foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de fls. 15 e 16 revelam a regularidade da representação processual, estando, às fls. 182 e 183, as guias comprobatórias do preparo. Quanto à oportunidade, o acórdão impugnado teve notícia veiculada no *Diário* de 5 de abril de 2004 – segunda-feira (fl. 158) –, ocorrendo a manifestação do inconformismo no dia 20 imediato – terça-feira (fl. 170) –, havendo sido respeitado o prazo de quinze dias.

O quadro é incontroverso. A recorrente adquire mercadorias e vem a vendê-las por um preço inferior ao da aquisição. No primeiro passo, ocorre o recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços considerado o valor do negócio jurídico, gerando essa prática certo crédito. Na saída da mercadoria, ante o valor menor do negócio jurídico entabulado, tem-se cálculo

do tributo que deságua em quantitativo a ser recolhido inferior àquele da entrada do produto.

Diante dessa situação, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei 2.657/1996, transcrita na inicial do mandado de segurança, com a seguinte redação:

> Art. 37. O contribuinte efetuará o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:
> (...)
> § 1º Quando, por qualquer motivo, a mercadoria for alienada por importância inferior ao valor que serviu de base de cálculo na operação de que decorreu sua entrada, será obrigatória a anulação do crédito correspondente à diferença entre o valor citado e o que serviu de base de cálculo na saída respectiva.

Em primeiro lugar, levem em conta o fato de a razão do creditamento estar definida na própria Constituição Federal. Visa, na sucessividade de negócios jurídicos com a mesma mercadoria, a evitar o tributo em cascata, a cumulatividade. Em síntese, o direito ao crédito pressupõe operações subsequentes em que, no tocante ao mesmo produto, ter-se-á tributo superior ao recolhido anteriormente.

Por isso, no tocante ao ICMS, a Carta da República preceitua, no art. 155, inciso II, a incidência sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior". Para atender justamente ao princípio da não cumulatividade, o inciso I do § 2º do citado artigo revela que o tributo "será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

A lei local, portanto, ao prever a manutenção do crédito na extensão do débito final, atendeu, em última análise, à finalidade pretendida pelo texto constitucional, ou seja, evitar a cobrança cumulativa. Não ocorre esta última quando, em face do preço da mercadoria na entrada, há incidência de tributo em certo valor e, na saída, o total relativo ao imposto fica menor do que o inicialmente recolhido. Efetuada a operação a ponto de ter-se compensada a quantia anteriormente paga no limite do que devido na última operação, dá-se a observância do princípio da não cumulatividade.

O acolhimento do pleito da contribuinte acabaria, mantido o creditamento total, por implicar a diminuição do tributo quanto ao primeiro negócio jurídico – aquele atinente à entrada.

É dado esclarecer que, no julgamento do RE 161.031-0/MG, no qual atuei como Relator prolatando voto que veio a prevalecer, a situação era diversa. A lei do Estado vedava por completo a consideração do tributo recolhido inicialmente, isso tendo em conta a diminuição da base de incidência, para efeitos fiscais, quando do negócio subsequente. Em acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 6 de junho de 1997, a óptica do Plenário foi assim resumida:

ICMS – Princípio da não cumulatividade – Mercadoria usada – Base de incidência menor – Proibição de crédito – Inconstitucionalidade. Conflita com o princípio da não cumulatividade norma vedadora da compensação do valor recolhido na operação anterior. O fato de ter-se a diminuição valorativa da base de incidência não autoriza, sob o ângulo constitucional, tal proibição. Os preceitos das alíneas *a* e *b* do inciso II do § 2º do art. 155 da Constituição Federal somente têm pertinência em caso de isenção ou não incidência, no que voltadas à totalidade do tributo, institutos inconfundíveis com o benefício fiscal em questão.

Posteriormente, em 17 de março de 2005, este Tribunal Pleno julgou o RE 174.478-2/SP, que esteve sob a minha relatoria, sendo designado Redator do acórdão o Ministro Cezar Peluso. Fiquei vencido por entender que a regência ocorria considerado o período envolvido pela Constituição Federal anterior, e não pela Carta de 1988. Então, o Tribunal assim decidiu – acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 30 de setembro de 2005:

Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, inciso IV, da Lei estadual 6.374/1989, e art. 32, inciso II, do Convênio ICMS 66/1988. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, inciso II, letra *b*, da CF. Voto vencido. São constitucionais o art. 41, inciso IV, da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo, e o art. 32, incisos I e II, do Convênio ICMS 66/1988.

Alfim, não há, na Carta Federal, preceito que, interpretado e aplicado, conduza à conclusão a contemplar não o afastamento da cumulatividade, mas a diminuição do tributo devido na primeira operação.

O Estado, além de, em sadia política fiscal e social, não alcançar valor que normalmente seria devido, passaria, em última análise, a ter ônus, logrando o contribuinte uma vantagem em verdadeira substituição ao sujeito ativo do tributo.

Ao que tudo indica, em razão de vantagem indireta – celebração de contrato de prestação de serviços de telefonia com cláusula de fidelização –, a recorrente efetua a venda subsidiada de aparelhos de telefones celulares. Como, então, ante a diferença, alcançar creditamento total?

Ante o quadro, desprovejo o extraordinário.

EXTRATO DA ATA

RE 437.006/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Claro S.A. (atual denominação de BCP S.A.) (Advogados: Luiz Antônio Bettiol e outros). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e

Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o Dr. Geraldo Mascarenhas Lopes Cançado Diniz e, pelo recorrido, a Dra. Daniela Allan Giacomet, Procuradora do Estado.

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

Brasília, 9 de dezembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 499.093 — PR

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS — Agravada: Clínica Paranaense de Assistência Médica Ltda. – Clinipam

Constitucional. Processual civil. Competência da Justiça Federal. Aplicabilidade do art. 109, § 2º, da Constituição às autarquias federais.

I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido pela aplicabilidade do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição às autarquias federais.

II – Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, negar provimento ao segundo agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de novembro de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que, em juízo de reconsideração, negou seguimento a recurso extraordinário ao fundamento de que o art. 109, § 2º, da Constituição é aplicável às autarquias federais.

O agravante sustenta, em suma, que aquele dispositivo constitucional é aplicável apenas à União.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eis o teor da decisão agravada:

> Trata-se de agravo regimental interposto da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de que a apreciação dos temas constitucionais, no caso, dependeria do prévio exame de normas infraconstitucionais (fls. 128-129).

Alega a agravante, em suma, que a "(...) a lide foi decidida unicamente com base na Carta Magna" (fl. 139) e que "(...) como ocorreu, expressamente, a violação constitucional no presente caso, é necessário o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário" (fl. 140).

Assiste razão à agravante. Com efeito, o Tribunal *a quo* decidiu a questão com base unicamente em fundamento constitucional. Todavia, é de se manter a negativa de seguimento ao recurso extraordinário com base em novos fundamentos. Passo ao exame do recurso.

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que entendeu que o critério para definição do foro competente para ação ajuizada contra a autarquia federal recorrente é o previsto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal.

Neste recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se, em suma, que o acórdão recorrido ampliou indevidamente o alcance do mencionado dispositivo constitucional.

A pretensão recursal não merece acolhida.

O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada no sentido de que o art. 109, § 2º, da Constituição é aplicável às autarquias federais. Assim foi decidido pelo Plenário desta Corte no julgamento da Rcl 5.577-ED/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, no qual a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) figurou como embargada. A decisão mencionada possui a seguinte ementa:

> "Embargos de declaração em reclamação. Conversão em agravo regimental. Contrato temporário. Regime jurídico-administrativo. Art. 109, § 2º, da Constituição Federal. Juízo federal competente. Agravo regimental parcialmente provido.
>
> 1. A Jurisprudência desta Suprema Corte não admite a oposição de embargos declaratórios contra decisão monocrática. Embargos recebidos como agravo regimental, apresentado no prazo recursal deste.
>
> 2. Assentada a jurisprudência desta Suprema Corte fixando a competência da Justiça comum para processar e julgar as causas envolvendo o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa.
>
> 3. A ora agravante figura como parte autora na Reclamação Trabalhista 00766-2006-008-10-00-4, ajuizada na Vara do Trabalho de Brasília/DF, cujos autos deverão ser remetidos ao Juízo Federal competente para processar e julgar a causa.
>
> 4. De acordo com o art. 109, § 2º, da Constituição Federal, é legítima a opção da autora de que o feito seja processado no foro de seu domicílio, em Brasília/DF (RE 234.059/AL, de minha relatoria, *DJ* de 21-11-2008).
>
> 5. Agravo regimental parcialmente provido para determinar a remessa dos autos da Reclamação Trabalhista 00766-2006-008-10-00-4 para distribuição a uma das Varas Federais da Seção Judiciária de Brasília" (Grifos no original.)

Nesse mesmo sentido: RE 234.059/AL, Rel. Min. Menezes Direito; RE 484.235-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 474.691/SC e RE 491.331/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 596.436/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

Isso posto, reconsidero a decisão de fls. 128-129, mas nego seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, *caput*), com base em novos fundamentos.

(Fls. 150-151.)

Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que a recorrente não aduziu novos argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

Conforme afirmado na decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, tem decidido pela aplicabilidade do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição às autarquias federais. De fato, no julgamento dos RE 234.059/AL, Rel. Min. Menezes Direito, e RE 484.235-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, esta Corte decidiu pela aplicação daquele dispositivo, respectivamente, ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Ademais, no julgamento da Rcl 5.577-ED/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, o Plenário desta Corte entendeu pela incidência da norma mencionada em ação na qual figurava como parte a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ora agravante.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

RE 499.093-AgR-segundo/PR — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Advogado: Procuradoria-Geral Federal). Agravada: Clínica Paranaense de Assistência Médica Ltda. – Clinipam (Advogados: Caroline do Carmo Ferraz da Costa).

Decisão: Após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Relator e Presidente, e Dias Toffoli, e da Ministra Cármen Lúcia, que negavam provimento ao segundo agravo regimental no recurso extraordinário, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 17-8-2010.

Decisão: A Turma negou provimento ao segundo agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Compareceu à sessão o Ministro 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.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.619 — RS

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS — Recorrida: Dárcia Raquel de Matos Ávila

Recurso extraordinário. 2. Alegação de ofensa ao art. 87 do ADCT e ao § 4º do art. 100 da Constituição Federal. Ocorrência. 3. Fracionamento do valor de precatório em execução de sentença, com o objetivo de efetuar o pagamento das custas processuais por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV). Impossibilidade. 4. Recurso extraordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por unanimidade, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 8 de setembro de 2010 — Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão que deferiu a expedição de RPV para o pagamento das custas processuais. O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

> *Agravo. Processual civil. Previdenciário. Execução de sentença. Crédito individualizado inferior ao teto constitucional. Expedição de RPV* para o pagamento das custas processuais. *Possibilidade.*
>
> Nada obstante o Ato n. 17/2006-P, da Egrégia Presidência deste Tribunal, o pagamento direto por Requisição de Pequeno Valor (RPV) pode se dar sempre que destacados os valores que cada litigante em litisconsórcio ativo tenha a receber. Isso se dá por se tratar de parcela autônoma que permite autônoma execução, desde que individualmente considerada não exceda o teto constitucional.
>
> Agravo desprovido. Unânime.

Os embargos de declaração opostos contra essa decisão não foram acolhidos, ao fundamento de inexistência de omissão.

O recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, *a,* da Constituição Federal, foi admitido na instância *a quo.* Alegou-se violação ao art. 87 do ADCT e ao art. 100, § 4º, da Constituição Federal.

O recorrente sustenta que o acórdão recorrido merece reforma, "visto que, no caso concreto, é inviável a dispensa de precatório para satisfação dos créditos

relativos a custas processuais, uma vez que o crédito em execução supera o limite previsto no art. 87, I, do ADCT" (fl. 61).

Afirma que, com o "rito imprimido, a consequência que advirá será o pagamento do valor referente ao débito principal por precatório, e a quantia atinente às custas processuais por pagamento imediato" (fl. 62), o que é expressamente proibido, pelo art. 100, § 4º, da Carta Magna.

Alega que as custas processuais são acessório do valor principal exequendo, porquanto não existiriam se o crédito principal, fruto da procedência da ação, não existisse (CPC, art. 20), e, portanto, deve lhe seguir a sorte (fl. 64).

Recebidos os autos nesta Corte, o Relator, Ministro Cezar Peluso, determinou a sua devolução ao Tribunal de origem (fls. 98/99), com base no art. 543-B do CPC, tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral do tema debatido nos autos do RE 578.695-RG (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 20-3-2009).

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul remeteu novamente os autos ao STF, ao fundamento de que a Suprema Corte, ao julgar o recurso-paradigma da repercussão geral (RE 578.695-RG), não decidiu acerca da matéria presente nos autos, qual seja, a possibilidade, ou não, de fracionamento da execução principal contra a Fazenda Pública para o pagamento das custas processuais.

Verifico que o mérito do recurso-paradigma realmente não foi julgado, em virtude da existência de peculiaridades no caso concreto que impediram a apreciação da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): O presente recurso extraordinário diz respeito à possibilidade de fracionamento do valor de precatório em execução de sentença, com o objetivo de efetuar o pagamento das custas processuais por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV).

A matéria trazida nestes autos já foi tema de debate pelo Pleno desta Corte, no julgamento do RE 578.695-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 20-3-2009, que, inicialmente, deu provimento ao recurso extraordinário, vedando o pagamento de crédito relativo às custas processuais por meio de RPV, ou seja, independente de precatório.

Naquela ocasião, o Ministro Marco Aurélio indicou a existência de peculiaridades nesse recurso extraordinário que não se harmonizavam com os precedentes citados na jurisprudência, afirmando que os titulares dos valores eram diversos. A questão consistia em saber se a recorrida seria parte legítima para executar as custas devidas pelo Estado, tendo em vista que não as teria adiantado por ser beneficiária da justiça gratuita.

Concluiu-se que, em razão de a recorrida ser beneficiária de assistência judiciária gratuita, as custas pertencentes ao cartório não se incluiriam no precatório das verbas por ela pleiteadas. Logo, o cartório poderia executá-las diretamente. Assim, em virtude desse entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski reformulou o seu voto, para negar provimento ao recurso.

Desse modo, decidiu-se pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria, sem, no entanto, julgar o mérito da questão. O julgamento do RE 578.695, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, *DJE* de 20-3-2009, restou assim ementado:

> *Constitucional. Execução contra a Fazenda Pública*. Custas processuais. Pagamento via Requisição de Pequeno Valor (RPV). Fracionamento da execução princip*al. Questão não examinada pelo Tribunal. Peculiaridade do caso concreto. Recurso extraordinário desprovido*. I – A tese da possibilidade ou não do fracionamento da execução principal contra a Fazenda Pública para pagamento de custas processuais não pôde ser examinada em razão de peculiaridade do caso concreto. II – No caso, o titular do cartório tem legitimidade para executar as custas processuais, uma vez que a parte, por ser beneficiária de assistência judiciária gratuita, não as adiantou. III – Recurso extraordinário desprovido.

Por essa razão, trago ao Plenário este recurso extraordinário, com a mesma matéria de fundo tratada no RE 578.695.

Registro, no entanto, que o presente caso diverge do RE 578.695-RG: nesse recurso-paradigma, os titulares dos valores eram diversos, porquanto a autora – pensionista beneficiária da justiça gratuita – era credora do valor principal e as custas processuais – crédito acessório – eram devidas ao titular da serventia. Neste recurso extraordinário, ao contrário, o titular do principal e do acessório é o mesmo.

Inicialmente, deve-se atentar à alteração do art. 100, § 4º, da Constituição Federal, tido por violado. Com o advento da Emenda Constitucional 62/2009, a previsão desse dispositivo encontra-se no § 8º do mesmo artigo:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
>
> (...)
>
> § 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a execução da custas processuais não pode ocorrer de forma autônoma, devendo ser feita simultaneamente à da condenação principal. Em questão análoga a dos presentes autos, cito o RE 143.802, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 9-4-1999, assim ementado:

Direito constitucional e processual civil. Recurso extraordinário. Alegação de ofensa ao art. 33 do ADCT, por abranger o precatório os honorários de advogado. 1. O principal da justa indenização em processo expropriatório está sujeito à moratória prevista no art. 33 do ADCT, na conformidade da jurisprudência desta Corte. Se assim é com o principal, pela mesma razão há de ser com a verba acessória, de honorários advocatícios, em não se tratando aqui de ação proposta pelo Advogado contra o constituinte. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Do mesmo modo, no julgamento do RE 544.479, a Ministra Cármen Lúcia consignou:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a execução do pagamento das verbas acessórias não é autônoma, havendo de ser considerado em conjunto com a condenação principal. Deve, portanto, ser respeitado o art. 100, § 4º, da Constituição da República, que veda o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução.

Ademais, é pacífico o entendimento desta Corte, segundo o qual é impossível o fracionamento da execução para RPV. Nesse sentido o RE 509.252, Min. Eros Grau, *DJ* de 14-3-2007; RE 501.840-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 9-10-2009; e RE 523.199, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 26-6-2007, este assim ementado:

Execução contra a Fazenda Pública: obrigação divisível: litisconsórcio facultativo: desmembramento do processo para que os litisconsortes com crédito classificado como de pequeno valor possam receber sem a necessidade de precatório. Recurso extraordinário: descabimento: ausência, no caso, de violação do art. 100, § 4º, da Constituição. 1. O acórdão recorrido, à luz da legislação infraconstitucional, reconheceu que o direito pleiteado pelos litisconsortes é divisível, razão pela qual o litisconsórcio é facultativo. 2. De outro lado, a execução continuará sob o rito do precatório em relação aos litisconsortes com créditos não classificados como de pequeno valor. **3. A vedação de fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução – § 4º – se justifica a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida para obrigações de pequeno valor e, em parte, mediante expedição de precatório,** o que não ocorre no caso.
(Grifei.)

No presente caso, o acórdão recorrido, ao autorizar o fracionamento da execução para o pagamento de custas mediante RPV, divergiu da orientação firmada por esta Corte, uma vez que a execução das verbas acessórias não é autônoma, devendo ser considerada em conjunto com a condenação principal. Nesse sentido: RE 508.463-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* de 23-11-2007. Além dessa, cito algumas decisões monocráticas: RE 556.493, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* de 19-9-2007; RE 510.814 e RE 513.999, Rel. Min. Eros Grau, *DJE* de 28-2-2007 e *DJE* de 9-4-2008, respectivamente.

Dessarte, a execução das custas processuais não pode ser feita de modo independente, devendo ocorrer em conjunto com a do precatório que diz respeito ao total do crédito. Isso porque o art. 100, § 8º, da Constituição, com a redação

dada pela EC 62/2009, veda o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, não podendo a liquidação das custas ser feita de forma apartada.

Caso não fosse esse o entendimento, poderia ocorrer a situação hipotética sustentado pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, na qual ele seria obrigada a pagar "preferencialmente os escrivães e patronos em detrimento de seus clientes/pensionistas, os quais ficarão esperando o pagamento pela via do precatório, situação esta, a toda evidência, ilógica e intolerável" (fl. 64).

O acórdão recorrido deve ser reformado, uma vez que contraria o disposto no art. 100, § 8º, da Constituição Federal.

Pelo exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, no sentido de que é impossível o pagamento de custas processuais devidas pelo Estado por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV).

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Solicito um esclarecimento a Vossa Excelência. O caso aqui é de litisconsórcios e há verbas?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não. Comungamos que, se existe litisconsórcio, evidentemente há de ser considerada obrigação a obrigação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Então ele destacou sozinho?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Porque, no mesmo processo, há, em última analise, diversas ações e diversas decisões. Mas aqui não. Aqui, pretendeu-se separar as despesas processuais, enquanto custas, sem abranger os honorários, do principal. Isso é incabível.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Estou de acordo.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o Ministro Gilmar Mendes, Relator, ainda está no Plenário. Apenas surgiu uma dúvida agora. Temos distinguido a situação, referi-me ao gênero despesas processuais, quando se trata de honorários advocatícios, porque a titularidade – segundo a doutrina do Supremo – é do advogado, como hoje está previsto no estatuto.

Então, estou vendo no acórdão que o art. 100, § 3º, da Constituição Federal autoriza o pagamento direto, por requisição, de pequeno valor, destacando-se valores que cada litigante, cada litisconsorte ativo tenha a receber, valendo também para as custas. Transportou isso para as custas processuais e os honorários e desde que, individualmente considerados, não excedam a quarenta salários mínimos.

Tenderia a admitir que os honorários, não ultrapassando o teto previsto para pagamento na boca do caixa, devem assim ser satisfeitos, sem o precatório, porque reconheço a titularidade do advogado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nesse caso não estava envolvido isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: De uma forma geral, mencionaram-se custas processuais e honorários. As custas processuais não. Evidentemente, envolvem reembolso à parte vencedora, somando-se ao principal. Agora, os honorários são do advogado e, se – como disse – não ultrapassam o limite para pagamento imediato, devem ficar sujeitos a esse pagamento imediato. Então, tenderia, no caso – vamos ver se houve a explicitação no julgamento dos declaratórios –, a afastar a necessidade do precatório quanto aos honorários do advogado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mas, nesse caso, só as custas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não é o caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não é o caso, no caso só as custas.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aqui são só as custas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Queria executar só as custas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Envolvidas apenas as custas, estamos unís-sonos no pensamento.

EXTRATO DA ATA

RE 592.619/RS — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS (Advogados: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul e outros). Recorrida: Dárcia Raquel de Matos Ávila (Advogados: Andrize Leite Caldeira e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, 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, e Subprocuradora-Geral da República, a Dra. Sandra Verônica Cureau.

Brasília, 8 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 594.917 — ES

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Altair Cesquim Diniz — Agravada: União

Administrativo. Concurso público. Nomeação de candidato decorrente de decisão judicial. Preterição. Inexistência. Precedentes.

I – A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que não há preterição quando a administração realiza nomeações em observação a decisão judicial.

II – Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de novembro de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

O agravante sustenta, em suma, que a decisão agravada deve ser reformada, insistindo, dessa forma, no processamento do recurso extraordinário.

Insiste, ainda, na ofensa ao art. 37, *caput*, da Constituição. Ressalta que

> foi alijado da segunda etapa do concurso pelo fato de o Sr. Diretor Geral do DPRF ter convocado candidatos na condição *sub judice*, mediante inserção dos aprovados *sub judice* na mesma lista classificatória dos demais, em detrimento de candidatos regularmente aprovados na primeira etapa tão certame.
> (Fl. 448.)

Alega, também, que a convocação para a segunda etapa do concurso, mediante uma só ordem de classificação, tanto de candidatos regularmente aprovados na primeira fase, como daqueles que lograram êxito por meio de decisão judicial, ofendeu o art. 5º, *caput*, da Lei Maior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

Ademais, insiste o agravante, na verdade, na reforma de entendimento do Tribunal. Ressalte-se que, conforme consignado na decisão agravada, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não há preterição quando a administração realiza nomeações em observância à decisão judicial. Nesse sentido, cito as ementas abaixo, entre outras:

> *Agravo regimental no agravo de instrumento. Concurso. Público. Nomeação de candidato decorrente de decisão judicial. Preterição. Inexistência. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.*
> (AI 620.992-AgR/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia.)

> Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Concurso Público. Nomeações com base em decisão judicial. Preterição. Inocorrência. 4. Decisão proferida em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (RE 437.403-AgR/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes.)

No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: AI 478.908/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, e RE 595.075/ES, de minha relatoria.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

RE 594.917-AgR/ES — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Altair Cesquim Diniz (Advogados: Rodrigo Francisco de Paula e outros). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: Após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Relator Presidente, Dias Toffoli e da Ministra Cármen Lúcia, que negavam provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 17-8-2010.

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Compareceu à 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.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.133 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Iorque Barbosa Cardoso — Recorrido: Ministério Público Federal

Recurso extraordinário. Processual penal. Julgamento de apelação por turma julgadora composta majoritariamente por juízes federais convocados. Nulidade. Inexistência. Ofensa ao princípio do juiz natural. Inocorrência. Precedentes. Recurso desprovido.

I – Não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999.

II – Colegiado constituído por magistrados togados, integrantes da Justiça Federal, e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente.

III – Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

IV – Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, negar provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o provia. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Brasília, 17 de novembro de 2010 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário criminal contra acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu inexistir nulidade no julgamento proferido por Turma composta por maioria de juízes convocados, inclusive o relator.

Eis a ementa desse julgado:

Processual penal. Embargos de declaração. Contradição. Inexistência. Nulidade do julgamento. Não ocorrência. Turma composta majoritariamente por juízes federais. Possibilidade. Precedentes do STF.

1. Inexistente a contradição apontada, são descabidos os embargos de declaração.

2. A mera desconformidade da embargante com a rejeição da tese que entende cabível deve ser atacada pelo meio processual idôneo e não pela via estreita dos embargos de declaração.

3. Uniforme é o entendimento no Supremo Tribunal Federal de validade dos julgamentos realizados pelos Tribunais com juízes convocados, ainda que em maioria na sua composição. Nulidade rejeitada.

(Fl. 74.)

No recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se, em suma, violação aos princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição. Suscitou, ainda, desrespeito aos arts. 93, 94 e 98, I, da mesma Carta Política.

Quanto à repercussão geral, em preliminar, o recorrente aduziu que a questão constitucional versada no recurso suplanta interesses subjetivos das partes. Sustentou, ainda, que há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que, apesar de admitirem a possibilidade de convocação de juízes, declaram a nulidade de acórdãos proferidos por câmaras ou turmas de Tribunais compostas majoritariamente por juízes convocados.

Contrarrazões às fls. 94-101.

Em 4-6-2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da causa constitucional versada nos autos (fls. 119-124).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pelo improvimento do recurso (fls. 111-113).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de desprovimento do recurso.

Na inicial deste apelo extremo sustenta-se a nulidade do julgamento da apelação do recorrente pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao fundamento de que, à exceção do desembargador que presidiu a Sessão, todos os demais membros do órgão eram juízes federais convocados.

A questão posta neste extraordinário, pois, é saber se a convocação de juízes, tal como ocorreu no caso sob exame, ofende ou não alguma regra ou princípio constitucional.

Lembro, por oportuno, como o fiz por ocasião do julgamento do HC 96.821/SP, do qual fui Relator, que a Emenda Constitucional 45/2004, dentre outras inovações, assegurou a todos os jurisdicionados a duração razoável do processo e determinou a distribuição imediata dos feitos ajuizados em todos os foros e tribunais deste País.

No referido julgamento consignei que, o âmago teleológico do princípio do juiz natural consiste na estrita prevalência de um julgamento imparcial e isonômico para as partes, levado a cabo por magistrados togados, independentes e regularmente investidos em seus cargos.

Trata-se de uma garantia fundamental, albergada na Constituição de 1988, nos incisos XXVII e LIII do art. 5º, os quais dispõem, respectivamente, que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e, ainda, que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Ao tratar do tema, o Professor José Afonso da Silva ensina que, quando o texto constitucional abriga o princípio do juiz natural, em última análise, veda o juízo de exceção, definindo-o como aquele

> que não integra o sistema judiciário preestabelecido, o que é criado *ad hoc*, isto é, apenas para o caso, e *post facto*, ou seja, depois da ocorrência do fato objeto do julgamento.[1]

Esse é também o conceito que se contém, *mutatis mutandis*, no âmbito normativo internacional, valendo registrar, nesse sentido, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. X, consigna o seguinte:

> Toda pessoa tem direito, **em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial**, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (Grifei.)

A hipótese ora sob exame em nada se diferencia da que foi recentemente apreciada por este Egrégio Plenário.

Anoto que a Justiça Federal há mais de dez anos lança mão da sistemática aqui contestada – sem que se tenha notícia de que algum de seus julgamentos haja sido anulado –, valendo-se do permissivo contido no art. 4º da Lei 9.788/1999, *verbis*:

> Art. 4º Os Tribunais Regionais Federais poderão, em caráter excepcional e quando o acúmulo de serviço o exigir, convocar Juízes Federais ou Juízes Federais Substitutos, em número equivalente aos de Juízes de cada Tribunal, para auxiliar em Segundo Grau, nos termos de resolução a ser editada pelo Conselho da Justiça Federal.

É escusado lembrar que os direitos e garantias fundamentais, segundo dispõe o § 1º do art. 5º da Carta Magna, "têm aplicação imediata". Outra, pois, não poderia ser a reação da Corte Regional que a de dar pronto cumprimento a esse comando constitucional.

É certo, ademais, que esse novo direito fundamental guarda íntima relação com outros princípios abrigados na Lei Maior, a exemplo do postulado da

---

[1] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 136.

dignidade humana e da eficiência da administração pública, cujo cumprimento também não pode ser postergado a nenhum pretexto.

Recordo, mais uma vez, que a medida também visou a atender à determinação veiculada no inciso XV do art. 92, igualmente inserida no texto constitucional pela mencionada emenda, o qual exige a imediata distribuição dos processos "em todos os graus de jurisdição". Tal preceito, por certo, também não admite qualquer tergiversação.

E mais: permitiu-se, com a providência aqui impugnada, a ampla reapreciação das causas pendentes de decisão, mediante plena devolução, ao Tribunal, das questões debatidas – característica, de resto, própria dos recursos de apelação – em respeito ao universalmente consagrado direito ao duplo grau de jurisdição, como também se observou, de maneira escrupulosa, o postulado da presunção de não culpabilidade, a garantia do devido processo legal, da publicidade dos julgamentos, da ampla defesa e do contraditório.

Aliás, o recorrente, a rigor, parece não se insurgir contra a convocação de juízes de primeiro grau, pois na conclusão de seu recurso admite que a Turma julgadora seja, ao menos, composta "**majoritariamente**" por desembargadores (fl. 88).

Vale recordar, ainda, que a própria Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/1979), em seu art. 118, admite a convocação de juízes de primeiro grau para integrarem colegiados de segundo grau, em caráter excepcional e transitório, nas situações que explicita, sem que jamais se tenha invocado, contra essa prática, o argumento de ofensa ao princípio do juiz natural.

Prossigo para relembrar, no que concerne especificamente à composição do órgão julgador por juízes convocados, o que assentou o Ministro Ayres Britto no julgamento do HC 84.414/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *verbis*:

> Quando a Turma julgadora é composta, na sua maioria, por convocados, há um risco de se fugir da tendência do Tribunal. **Daí a dizer que o princípio constitucional do juiz natural restou vulnerado, parece-me que vai uma distância**. (Grifei.)

Neste ponto, permito-me reiterar o registro que fiz por ocasião do julgamento do mencionado HC 96.821/SP, qual seja, do importante papel que tem exercido o Conselho Nacional de Justiça, à época presidido pelo Ministro Gilmar Mendes e hodiernamente pelo Ministro Cezar Peluso, na busca de resultados satisfatórios para a sociedade no tocante à prestação jurisdicional, mediante a fixação de metas de produção para juízes e tribunais, bem como por meio da implantação do Plano de Gestão Criminal, que Sua Excelência, Ministro Gilmar Mendes, chamou de "mutirão institucional", emprestando-lhe o caráter de verdadeira política governamental.

Pois bem. Não há maior controvérsia quanto ao fato de que mesmo providências administrativas inovadoras, imbuídas dos mais louváveis propósitos, devem respeitar estritamente a Carta da República.

Ocorre que, a constitucionalidade da composição das Turmas julgadoras integradas por juízes de primeiro grau já foi examinada e reafirmada por diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal. Refiro-me aos seguintes HC: 68.905/SP, Rel. Min. Néri da Silveira; 69.601/SP, Rel. Min. Celso de Mello; 71.963/SP e 81.347/SP, ambos de relatoria do Ministro Carlos Velloso, entre outros.

Assentou-se nesses julgados que não vulnera o princípio do juiz natural a convocação de juízes de primeiro grau para substituir desembargadores ou integrar tais colegiados, não obstante tratar-se de casos cuja regência legal era a Lei Complementar paulista 646/1990.

Para evidenciar o mencionado entendimento, transcrevo a ementa do HC 71.963/SP, Rel. Min. Carlos Velloso:

> *Penal. Processual penal. Habeas corpus. Nulidade do acórdão. Alegação de irregularidade na composição do tribunal de justiça. Sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo.*
>
> I – Inexistência de irregularidade na composição da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por estar integrada por Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau. (Constituição Estadual, art. 72; Lei Complementar 646, de 8-1-1990, do Estado de São Paulo.)
>
> II – O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo não é ofensivo à Constituição (Lei Complementar Estadual 646/1990).
>
> III – *Habeas corpus* indeferido.

Ao examinar casos mais recentes, esta Corte manteve tal orientação. Refiro-me aos HC 86.889/SP, Rel. Min. Menezes Direito; 97.886/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; 103.243/GO e 99.240/AM, ambos de relatoria do Ministro Ayres Britto.

Entendo, portanto, que a composição de tais órgãos julgadores, integrados por juízes de direito convocados, cuja instituição teve o louvável escopo de desafogar o Tribunal *a quo* e, mais ainda, de materializar o ideal de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, não viola o princípio do juiz natural, sendo, desse modo, improcedente a tese principal suscitada neste recurso.

Por fim, deixo de examinar a alegada violação aos arts. 93, III, 94 e 98, I, da Constituição Federal, uma vez que não foram devidamente prequestionados.

Em face de todo o exposto, conheço parcialmente do recurso e, na parte conhecida, o desprovejo.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia ao Relator para divergir. Não fui o relator, mas atuei no MS 28.627/DF, impetrado contra uma decisão do Conselho Nacional de Justiça que veio a terminar com essa verdadeira clonagem, o que se verificava inclusive no Tribunal Regional Federal da 1ª

Região. Havia a convocação de juízes de primeira instância em número igual ao dos integrantes do Tribunal e, então, ocorria essa situação excepcionalíssima de uma mesma turma, em relação a determinados processos, atuar com a composição realmente prevista na Constituição Federal, na ordem jurídica, e, quanto a outros processos, atuar apenas com juízes convocados.

Somente concebo, Presidente, sob pena de ter-se a transgressão a esse princípio medular, que é o princípio do juiz natural, convocação em substituição. Não admito – como vinha acontecendo, e foi glosado, reafirmo, o processo é da relatoria, inclusive, do Ministro Celso de Mello, pelo Conselho Nacional de Justiça – a sobreposição, ou seja, se o tribunal está composto por quarenta integrantes, ter-se, além dos quarenta integrantes, quarenta juízes convocados, para, numa alternância que não está contemplada em lei, não está contemplada na Constituição, se revezarem na composição do órgão colegiado julgador. É essa a situação concreta.

Peço vênia ao Relator para, no caso, conhecer do recurso e o prover.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, só para registrar, nós já discutimos essa questão com alguma profundidade em outra oportunidade e, inicialmente, em um *habeas corpus*, manifestei-me, a propósito, no Plenário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ainda bem que não se pensou nessa clonagem em relação a nós próprios, os Ministros do Supremo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu já havia me manifestado no sentido de impor alguma reserva a esse modelo. Isso é um dado importante. E o Tribunal, creio que naquele julgamento, todavia, exigiu que houvesse base legal para a convocação. E a realidade dos tribunais, todos nós sabemos, impõe algum tipo de imaginação institucional, por conta da notória sobrecarga. De modo que, talvez, a ortodoxia devesse realmente nos levar para um modelo mais restritivo no que diz respeito a essa composição de grupos e turmas julgadoras. Nós sabemos, por exemplo, a partir de dados agora revelados pelo próprio Conselho da Justiça Federal, que o Tribunal Regional da Terceira Região de São Paulo, por exemplo, passa por uma gravíssima crise, não é por acaso que a Corregedora do CNJ está a propor um mutirão de julgamento.

Aqui, no Tribunal Regional Federal da Primeira Região, a inspeção realizada pelo Ministro Gilson Dipp mostrou uma disparidade entre os gabinetes. Alguns gabinetes têm dezoito ou vinte mil processos, outros com dois ou três mil processos, em suma, problemas que talvez passem por questões de organização, de distribuição de processos, mas que também passem pelo desempenho eventual dos relatores, o que está a sugerir medidas especiais.

Então, parece-me que esta questão vai envolver, em algum momento, uma reavaliação. Talvez nós, eu, na linha do que até discutimos recentemente, diria que é muito difícil, no atual estágio, com essa massa enorme de processos e com

a sobrecarga existente nos tribunais, ser extremamente rigoroso na aplicação desse princípio, nós temos de ter um tipo de pensamento do possível.

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

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Por favor.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Colaborando no mesmo sentido do raciocínio desenvolvido por Vossa Excelência, é que os tribunais hoje estão espremidos, de um lado, pela chamada explosão de litigiosidade a que se referia o sociólogo português Boaventura Souza Santos, de outro lado, pelo CNJ que exige meta de produção e, de outro lado, pelos recursos que são escassos, humanos e materiais. Então como diz Vossa Excelência, os tribunais estão engendrando soluções criativas, e essa é uma delas, e que têm inclusive base legal para poder enfrentar esses desafios.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Claro. Eu só faria esse registro.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: E é um tipo de solução necessariamente transitória, Ministro Lewandowski, justamente para permitir que o sistema volte à sua funcionalidade original, mediante a aplicação dos mecanismos que estamos utilizando de repercussão geral e súmula vinculante.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem lembrado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Até porque sabemos bem que esta é uma crise que se agravou durante aí um longo período, mas que já existem agora mecanismos mais ou menos adequados para a resposta: a própria súmula vinculante, a ideia da repercussão geral, o modelo dos recursos repetitivos no âmbito do STJ, todos eles oferecem fórmulas para a solução, para a racionalização inclusive do nosso afazer.

A crise numérica é uma crise também de racionalidade. É preciso destacar. Então é preciso que haja solução. E sabemos também, especialmente na base da magistratura, a solução, em geral, encomendada e recomendada, é sempre aquela que envolve a expansão dos quadros, e nós sabemos que há limites para a expansão de tribunais, de quadro de servidores.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: O incrementalismo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, é preciso que tenhamos cuidado em relação a esse tipo de situação e parece-me, então, que é importante fazermos esse tipo de juízo, sabendo que, no futuro, poderemos reavaliar o entendimento eventualmente hoje firmado.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Recurso extraordinário interposto por Iorque Barbosa Cardoso, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal

Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à Apelação Criminal 2008.71.00.003861-4/RS, com a seguinte ementa:

> *Processual penal. Incidente de restituição. Valores bloqueados. Conta bancária. Investigação criminal. Devolução. Não cabimento.*
>
> 1. Não demonstrada a origem lícita, incabível é a devolução de valores bloqueados em conta bancária.
>
> 2. O número bloqueado mostra-se inferior aos valores ilícitos que transitaram na conta do apelante.

2. Contra essa decisão, o recorrente opôs embargos de declaração, que não foram acolhidos, como se lê:

> *Processual penal. Embargos de declaração. Contradição. Inexistência. Nulidade do julgamento. Não ocorrência. Turma composta majoritariamente por juízes federais. Possibilidade. Precedentes do STF.*
>
> 1. Inexistente a contradição apontada, são descabidos os embargos de declaração.
>
> 2. A mera desconformidade da embargante com a rejeição da tese que entende cabível deve ser atacada pelo meio processual idôneo e não pela via estreita dos embargos de declaração.
>
> 3. Uniforme é o entendimento no Supremo Tribunal Federal de validade dos julgamentos realizados pelos Tribunais com juízes convocados, ainda que em maioria na sua composição. Nulidade rejeitada.

3. Noticia o recorrente que "busca o reconhecimento da nulidade do acórdão recorrido, tendo em vista que a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando do julgamento, era composta majoritariamente por juízes federais convocados, de primeiro grau, pelo Tribunal Regional Federal".

Afirma que "a presente situação afronta, diretamente, o princípio do juiz natural e do efetivo duplo grau de jurisdição, ou seja, representa violação ao direito das partes não só que o reexame das decisões de primeiro grau sejam revistas, mas que sejam reexaminadas por desembargadores, magistrados, em tese, de maior experiência e superior saber jurídico".

4. Em contrarrazões, o Ministério Público Federal argumenta que houve prequestionamento apenas das questões referentes ao art. 5, inciso XXXVII e LIII, mas não dos arts. 93, inciso III, 94 e 98, inciso I, da Constituição da República.

Cita a decisão proferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal, no HC 68.210/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, em que foi deferida a ordem para determinar novo julgamento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a observância da correta composição do órgão julgador. Mas sustenta que o que se decidiu foi "que há necessidade de lei e não apenas de previsão no regimento interno do Tribunal".

Alega que "o art. 98, inciso I, da Constituição Federal, que permite a criação de turmas de julgadores composta integralmente por juízes de primeira instância, reservada aos casos de infrações de menor potencial ofensivo (...) não

pode ser invocado para imaginar-se que apenas casos de menor complexidade possam ser julgados por juízes convocados. As situações são diversas, porque, para compor a lista de juízes aptos a serem convocados, é necessário estar entre os mais antigos, já em entrância especial. Aliás, os juízes convocados devem atender aos requisitos exigidos para o exercício do cargo, apesar de a lotação ser provisória e excepcional. As leis complementares existentes aludem, inclusive, ao fato de o juiz convocado estar atuando em última entrância".

5. O Procurador-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

6. A matéria objeto do presente recurso não é nova neste Supremo Tribunal. Na assentada de 18-12-1991, o Plenário deste Supremo Tribunal deferiu o HC 68.210, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, no qual ficou definido que o que ele chamou de "clientela da convocação" seria formada por juízes do Tribunal de Alçada, nos termos do art. 118 da Lei Complementar 35/1979.

Afirmou o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que "não se compreende porque admitir a convocação, para substituição eventual no Tribunal de Justiça ou para ocupar provisoriamente as vagas, do juiz que, no escalonamento hierárquico da carreira, a ele não possa ter acesso definitivo". À decisão plenária foi atribuída a seguinte ementa:

> Tribunal de Justiça: substituição de desembargador: escolha necessária do substituto dentre os Juízes do Tribunal de Alçada, onde houver. 1. O âmbito normativo do Estatuto da Magistratura, previsto no art. 93 CF, não se reduz a disciplina dos direitos e deveres funcionais dos magistrados: nele cabem normas fundamentais de um verdadeiro estatuto orgânico do Poder Judiciário, incluídas as que dizem respeito aos critérios para a substituição dos membros dos tribunais, em seus impedimentos: consequente recepção, pela ordem constitucional vigente, das regras pertinentes da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. 2. A LC 54/1985 deu nova redação ao *caput* e derrogou, por incompatibilidade com ele, a cláusula de sorteio, do § 1º do art. 118, Loman; não afetou, porém, a vigência do § 3, III, do mesmo artigo, que circunscreve aos juízes do Tribunal de Alçada, onde houver, a clientela de escolha do substituto dos desembargadores: donde a sua recepção, com o seu teor original, pela Constituição superveniente. 3. A recepção do referido preceito da Loman decorre ainda do seu ajustamento ao art. 93, III, da Constituição Federal. 4. A composição dos tribunais, particularmente, a fixação de critérios para a integração eventual de formação permanente por juízes que dela não participam e tema que ultrapassa o âmbito da competência regimental que lhes outorga o art. 96, I, *a*, da Constituição: no que não fosse objeto da Constituição Federal, nem de lei complementar nacional, poderia sê-lo da Constituição ou de lei local, mas, nunca, de regimento interno dos Tribunais.
> (HC 68.210/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, *DJ* de 21-8-1992.)

No mesmo sentido, o julgamento, em 10-11-1998, pela Primeira Turma do HC 78.051/PB, Relator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, com a seguinte ementa:

Ementa: I – Ação penal: independência da instância administrativa: não elide a ação penal pelo mesmo fato o arquivamento de procedimento administrativo contra magistrado por falta de provas. II – Prisão: execução em virtude de condenação em ação penal de competência originária dos Tribunais, sujeita unicamente a recursos extraordinário e especial, carentes de efeito suspensivo: legitimidade, conforme o entendimento dominante do STF; ressalva de posição pessoal do redator do acórdão. III – Tribunal de Justiça: processo penal contra juiz de Direito: *quorum*: necessária a participação da maioria absoluta de juízes efetivos do Tribunal competente. 1. Não havendo impedimento – ou suspeição que, para o efeito cogitado, ao impedimento se equipara (AOr 8, 13-9-1989, Moreira, *RTJ* 131/949) –, da maioria dos membros efetivos do Tribunal de origem, não se desloca para o Supremo Tribunal a competência originária para o processo. 2. Aplicação, *a fortiori*, do critério do art. 24 de Loman: a) se o número de desembargadores impedidos e suspeitos, somado aos dos licenciados por motivo de saúde impedir participe de sessão a maioria dos integrantes efetivos do Tribunal, impõe-se aguardar o retorno dos licenciados; b) se, no entanto, a soma dos desimpedidos em exercício aos temporariamente afastados, por motivos que não de saúde, formar a maioria do Tribunal, a solução será aguardar o retorno dos últimos ou, em caso de urgência, convocá-los de imediato. 3. Nulidade consequente da condenação em que a maioria absoluta do colegiado prolator do acórdão for composta por juízes de direito convocados para substituir desembargadores ausentes por motivos diversos.

7. A possibilidade de substituição dos membros de tribunal por juízes convocados foi objeto de outros *habeas corpus*, principalmente com origem no Estado de São Paulo. Firmou-se, nesses casos, a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário paulista não contrariava a Constituição da República, pois estava previsto na Lei Complementar 646/1990 do Estado de São Paulo.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Ementa. Penal. Processo penal. Habeas corpus. Nulidade do acórdão. Alegação de irregularidade na composição do tribunal de justiça. Sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

I – Inexistência de irregularidade na composição da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por estar integrada por juiz de direito substituto em Segundo Grau. (Constituição Estadual, art. 72; Lei Complementar 646, de 8-1-1990, do Estado de São Paulo).

II – O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo não é ofensivo à Constituição (Lei Complementar estadual 646/1990).

III – *Habeas corpus* indeferido.

(HC 71.963/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, *DJ* de 1º-2-1995.)

Ementa – Habeas corpus – Alegação de vício na composição do órgão julgador – Inocorrência – Lei Complementar 646/1990 do Estado de São Paulo – Constitucionalidade desse ato legislativo local – Legitimidade do quadro de juiz de direito substituto em segundo grau – Respeito ao postulado do juiz natural – Pedido indeferido. O sistema de substituição externa nos tribunais judiciários constitui,

no plano de nosso direito positivo, matéria sujeita ao domínio temático da lei. Subordina-se, em consequência, ao princípio da reserva legal absoluta, cuja incidência afasta, por completo, a possibilidade de tratamento meramente regimental da questão. Esse tema – cuja *sedes materiae* só pode ser a instância normativa da lei – não comporta, e nem admite, em consequência, que se proceda, mediante simples norma de extração regimental, a disciplina das convocações para substituição nos tribunais de justiça estaduais. Precedente do STF. Essa orientação, firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, prestigia o postulado do juiz natural, cuja proclamação deriva de expressa referencia contida na Lei Fundamental da República (art. 5º, LIII). O princípio da naturalidade do Juízo – que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais. Nesse contexto, o mecanismo das substituições dos juízes traduz aspecto dos mais delicados nas relações entre o Estado, no exercício de sua atividade persecutória, e o indivíduo, na sua condição de imputado nos processos penais condenatórios. – O Estado de São Paulo adotou um sistema de substituição em segunda instância que se ajusta, com plena fidelidade, ao modelo normativo consagrado pela Carta Federal. Esse sistema, instituído mediante lei local (Lei Complementar 646/1990), obedece a mandamento consubstanciado na Carta Política estadual que, além de prever a criação de cargos de juiz de direito substituto em segundo grau, dispõe que a respectiva designação, sempre feita pelo tribunal de Justiça, destinar-se-á, dentre outras funções especificas, a viabilizar a substituição de membros dos tribunais paulistas. – A regra consubstanciada no art. 93, III, da Constituição da República – que apenas dispõe sobre o acesso de magistrados aos tribunais de segundo grau, mediante promoção – não atua, especialmente ante a impertinência temática de seu conteúdo material e em face da absoluta ausência de norma restritiva, como aquela inscrita no art. 144, VII, da revogada Carta Federal de 1969, como causa impeditiva do exercício, pelos Estados-membros, de seu poder de instituir, mediante legislação própria concernente a organização judiciária local, sistema de convocação de juízes para efeito de substituição eventual nos tribunais. – O procedimento de substituição dos desembargadores no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante convocação de juízes de direito efetuada com fundamento na Lei Complementar estadual 646/1990, evidencia-se compatível com os postulados constitucionais inscritos no art. 96, II, *b* e *d*, da Carta Federal, e revela-se plenamente convivente com o princípio fundamental do juiz natural. Com isso, resta descaracterizada a alegação de nulidade do julgamento efetuado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a participação de juiz de direito substituto em segundo grau, por evidente inocorrência do vício de composição do órgão julgador.

(HC 69.601/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, *DJ* de 18-12-1992.)

Ementa: Tribunal de Justiça: composição: substituição de desembargador – conforme a lei estadual (LC estadual 649/1990/SP) e não por força de norma regimental – por juiz substituto de segundo grau, que não se situa, na carreira, em escalão inferior aos membros do Tribunal de Alçada: validade, conforme jurisprudência consolidada do Tribunal (HC 68.905, Segunda Turma, 10-12-1991, Néri, *Lex* 169/320; HC 69.601, Primeira Turma,

24-11-1992, Celso, *DJ* de 18-12-1992; HC 71.963, Plenário, 19-12-1994, Celso, *DJ* de 17-3-1995).
(HC 83.459/SP, Relator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 28-5-2004.)

Ementa: Habeas corpus. Júri. Nulidade. Prevenção de câmara. Perícia. Quesitos. Legítima defesa. Inexistência de contradição. I – A alegação de nulidade do julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça, por ilegitimidade da composição do órgão julgador, integrado por juiz de direito em substituição a desembargador, revela-se descaracterizada ante o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 69.601, Rel. Ministro *Celso de Mello*. II – A imputação ao trabalho pericial complementar não procede, pois a defesa teve ciência do despacho judicial que admitira o laudo complementar e não protestara, assim como nenhum registro fizera na sessão de julgamento pelo Júri. III – Nulidade inexistente quanto à indagação dos jurados sobre a natureza da agressão. Ao responderem negativamente sobre se o paciente se defendeu de uma agressão injusta, não contrariou a resposta anterior, que estimou ter o réu agido em legítima defesa própria. IV – *Habeas corpus* indeferido.
(HC 73.114/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJ* de 9-2-1996.)

Ementa: Penal. Processual penal. Habeas corpus. Nulidade do acórdão. Advogado. Recursos especial e extraordinário: pretensão de aguardar em liberdade o julgamento: impossibilidade. Alegação de irregularidade na composição do tribunal de justiça. Sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo. I – Improcedência da alegação de que o paciente, dada a sua condição profissional de advogado (Lei 8.906/1994), somente pode ser recolhido à prisão após o trânsito em julgado da sentença condenatória. II – O benefício de recorrer em liberdade não tem aplicabilidade relativamente aos recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, o que não ofende a presunção de não culpabilidade inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Precedentes. III – Inexistência de irregularidade na composição da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por estar integrada por dois juízes de direito substitutos em segundo grau. (Constituição Estadual, art. 72; Lei Complementar 646, de 8-1-1990, do Estado de São Paulo). IV – O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo não é ofensivo à Constituição (Lei Complementar estadual 646/1990). V – *Habeas corpus* indeferido.
(HC 81.347/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 9-5-2003.)

Na mesma linha, o Plenário deste Supremo Tribunal julgou a ADI 1.481/ES, Relator o Ministro Carlos Velloso, nos seguintes termos:

Ementa: Constitucional. Tribunal de justiça: regimento interno: substituição de desembargador. Lei Complementar 35/1979 – Loman – art. 118, redação da Lei Complementar 54/1986. CF, art. 93, art. 96, I, *a*, I – Os regimentos internos dos tribunais de justiça podem dispor a respeito da convocação de juízes para substituição de desembargadores, em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a trinta dias, observado o disposto no art. 118 da Loman, Lei Complementar 35/1979, redação da Lei Complementar 54/1986. II – Norma regimental que estabelece que o

substituído indicará o substituto: inconstitucionalidade. III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte.
(ADI 1.481, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, *DJ* de 4-6-2002.)

Entendeu-se, naquela assentada, que o art. 27 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça capixaba contrariou o sistema de substituição dos magistrados fixado no art. 118 da Loman, alterado pela Lei Complementar 54/1986.

8. Como bem observou o Ministério Público Federal em contrarrazões, no presente caso alega-se não apenas a presença de juiz convocado no órgão fracionário do tribunal que julgou o recurso de apelação, mas o fato de serem os juízes convocados a maioria na composição daquele órgão.

Contudo, essa questão foi objeto de recente decisão deste Supremo Tribunal no seguinte julgado:

> *Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Julgamento de apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgamento. Câmara composta majoritariamente por juízes convocados. Nulidade. Inexistência. Ofensa ao princípio do juiz natural. Inocorrência. Ordem denegada.* I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar 646/1990 do Estado de São Paulo, que disciplinou a convocação de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores do TJSP. II – Da mesma forma, não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial. III – Colegiados constituídos por magistrados togados, que os integram mediante inscrição voluntária e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente. IV – Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. V – Ordem denegada.
> (HC 96.821/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, *DJ* de 25-6-2010.)

No mesmo sentido: HC 97.886/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJ* de 20-8-2010; HC 103.243/GO, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, *DJ* de 8-10-2010; e HC 103.633/MG, de minha relatoria, decisão monocrática, *DJ* de 2-6-2010.

Na sessão plenária de 8-4-2010, em que foi julgado o HC 96.821, já mencionado, manifestei minha preocupação com a possível contrariedade ao princípio do juízo natural, entendi que "o princípio do juízo natural, que é base da impugnação à validade dos atos praticados pelo Tribunal de Justiça paulista, não me parece vulnerado, porque não foi, como disse agora o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, nem houve juízo *a posteriori*, não foi fixado *a posteriori*, não foi fixado *ad hoc*, não foi fixado especificamente e há lei prevendo exatamente essa composição em caráter extraordinário. Razão pela qual acompanho o Relator".

9. Na espécie vertente, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal n. 2008.71.00.003861-4, estava composta pelo juiz federal daquele tribunal, Amaury Chaves de Athayde

(Presidente) e pelos juízes convocados Marcos Roberto Araujo dos Santos e Nivaldo Brunoni.

A convocação de juízes para atuar em substituição na esfera da Justiça Federal está autorizada pelos arts. 107 e 118 da Lei Complementar 35/1979 e especificamente prevista no art. 4º da Lei 9.788/1999, que dispõem:

> Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979.
> Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.
> Art. 107. É vedada a convocação ou designação de juiz para exercer cargo ou função nos tribunais, ressalvada a substituição ocasional de seus integrantes (art. 118).
> Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos tribunais superiores, dos tribunais regionais, dos tribunais de justiça e dos tribunais de alçada, (Vetado) poderão ser convocados juízes, em substituição (Vetado) escolhidos (Vetado) por decisão da maioria absoluta do tribunal respectivo, ou, se houver, de seu órgão Especial: (Redação dada pela Lei Complementar 54, de 22-12-1986)
> § 1º A convocação far-se-á mediante sorteio público dentre:
> I – os juízes federais, para o tribunal federal de recursos;
> II – o corregedor e juízes auditores para a substituição de ministro togado do Superior Tribunal Militar;
> III – Os juízes da comarca da capital para os tribunais de justiça dos estados onde não houver tribunal de alçada e, onde houver, dentre os membros deste para os tribunais de justiça e dentre os juízes da comarca da sede do tribunal de alçada para o mesmo;
> IV – os juízes de direito do Distrito Federal, para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios;
> V – os juízes presidentes de junta de conciliação o julgamento da sede da região para os Tribunais Regionais do Trabalho.
> § 2º Não poderão ser convocados juízes punidos com as penas previstas no art. 42, I, II, III e IV, nem os que estejam respondendo ao procedimento previsto no art. 27.
> § 3º A convocação de juiz de tribunal do Trabalho, para substituir Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, obedecerá o disposto neste artigo.
> § 4º Em nenhuma hipótese, salvo vacância do cargo, haverá redistribuição de processos aos juízes convocados. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar 54, de 22-12-1986).

> Lei 9.788, de 19 de fevereiro de 1999.
> (...)
> Art. 4º Os Tribunais Regionais Federais poderão, em caráter excepcional e quando o acúmulo de serviço o exigir, convocar juízes federais ou juízes federais substitutos, em número equivalente ao de juízes de cada tribunal, para auxiliar em segundo grau, nos termos de resolução a ser editada pelo Conselho da Justiça Federal.

É certo que a Constituição da República prevê em seu o art. 5º, inciso XXXVII e LIII, respectivamente, que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", de modo a garantir o princípio do juízo natural em seu tríplice aspecto: da fonte, pois só a lei pode instituir o juiz natural e fixar-lhe a competência;

do tempo, na medida em que a fixação do juiz e de sua competência deve ser feita em lei vigente ao tempo da prática do delito, e da taxatividade, que impõe a necessidade de se fixar o juiz natural de acordo com uma ordem taxativa de competências capaz de impedir a escolha de um juiz mais conveniente.

Nesse sentido, afirma Jorge de Figueiredo Dias que:

> Daí que desde há muito se tenha considero, com inteira razão, como puro corolário daquela exigência de legalidade a afirmação do princípio do "juiz natural" ou "juiz legal", através do qual se procura sancionar, de forma expressa, o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não *ad hoc* criado ou tido como competente. (...) Para corresponder a tais exigências importa assinalar ao princípio um tríplice significado: a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência. b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroactividade: a fixação do juiz e de sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo. c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem legal taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.
>
> (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 322-323.)

Pelo exposto, com base no entendimento firmado pelo Plenário deste Supremo Tribunal e atendida a exigência de previsão legal expressa, taxativa e anterior, **voto no sentido de negar provimento ao presente recurso extraordinário**.

EXTRATO DA ATA

RE 597.133/RS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Iorque Barbosa Cardoso (Advogados: Amadeu de Almeida Weinmann e outros e Paulo Dariva e outros). Recorrido: Ministério Público Federal.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o provia. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

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

Brasília, 17 de novembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 602.912 — RS

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Agravante: Bruce Bartholow Duncan — Agravada: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Professor estrangeiro. Art. 37, inciso I, da Constituição da República alterado pela Emenda Constitucional 19/1998. Norma de eficácia limitada. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 9 de novembro de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Em 16 de novembro de 2009, dei provimento ao recurso extraordinário interposto pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul contra julgado do Tribunal de Justiça daquele Estado, o qual determinou a efetivação do então apelante no cargo de professor da UFRGS a partir da edição da Lei 8.112/1990. A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

> 3. Razão jurídica assiste à recorrente.
> 4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o art. 37, inc. I, da Constituição (com a alteração da Emenda Constitucional 19/1998) tem eficácia condicionada à edição de lei regulamentadora. Nesse sentido:
> "*Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Estrangeiro. Acesso ao serviço público. Art. 37, I, da CB/1988*. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o art. 37, I, da Constituição do Brasil [redação após a EC 19/1998], consubstancia, relativamente ao acesso aos cargos públicos por estrangeiros, preceito constitucional dotado de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para produzir efeitos, sendo assim, não autoaplicável. Precedentes. Agravo regimental a que se dá provimento."
> (RE 544.655-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 1010-2008 – Grifos nossos.)
> "*Ementa: Recurso*. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Professor estrangeiro. Contratação. Pretensão de acesso ao Regime Jurídico Único. Vedação por força do art. 37, I, da Constituição Federal. EC 19/1988, que acrescentou os § 1º e § 2º,

ao art. 207, da Carta da República. Eficácia limitada, porque dependentes de normatividade ulterior jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte."
(RE 342.459-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, *DJ* de 236-2006 – Grifos nossos.)

"*Despacho*: 1. Do acórdão recorrido: 'Administrativo. Ensino superior. Professor estrangeiro. Contratação. Permissão. Arts. 37, I e 207, § 1º, CF. Lei 8.745, de 9-12-1993. 1. A proibição ínsita no inciso I, do art. 37, volta-se exclusivamente para o campo da administração pública, não atingindo a contratação de estrangeiro para o cargo de professor universitário. Tanto que a Lei 8.745, embora voltada para atender o inciso IX, do referido art. 37, catalogou a admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro como uma situação de necessidade temporária de excepcional interesse público, numa prova evidente que o emprego nunca existiu. O § 1º, do art. 207, da Carta Magna, ao facultar às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, consagrou a permissão que já era evidente, dada a impossibilidade de se transplantar para a educação todos os princípios inerentes a administração pública, entre os quais se situa o encastelado no inciso I, do art. 37. 2. O ato administrativo que cessa o contrato de professor de origem de ferir o inciso I, do art. 37, do Código Supremo, vulnera o princípio da legalidade, merecendo ser reformado' (fl. 160). 2. Do recurso extraordinário: (a) fundamento: CF, art. 102, III, *a*; (b) ofensa alegada (CF, art. 37, I). 3. Da decisão. Lê-se no parecer da PGR: 'Procede, todavia, a irresignação. É que o art. 37, inciso I, do Estatuto Fundamental, na redação vigente ao tempo dos fatos relevantes para a solução do litígio, enunciava acessíveis aos brasileiros que preenchessem os requisitos legais os cargos, empregos e funções públicas. Até 1996, ano da Emenda Constitucional 11, apenas a Lei 8.745, de 9 de dezembro de 1993, dispunha a respeito da contratação de professores e pesquisadores visitantes estrangeiros, e ainda assim por tempo determinado, nos termos do inciso IX do mesmo art. 37. E a própria emenda constitucional de que se trata, cujas disposições ostentam não eficácia contida, como se quis, mas verdadeiramente limitada, porque dependentes de normatividade ulterior (...). Mais recentemente, vale ressaltar, com a Emenda Constitucional 19, de 1998, emprestou-se nova redação ao inciso I do art. 37 da Carta Magna, de modo que o adequasse ao preceituado no art. 207' (fl. 226). Adoto os mesmos fundamentos. Conheço do recurso. Dou provimento (CPC, art. 544, § 1º-A redação da Lei 9.756/1998). Inversão de sucumbência. Honorários fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Publique-se. Brasília, 4 de outubro de 1999."
(RE 227.129, Rel. Min. Nelson Jobim, decisão monocrática, *DJ* de 11-11-1999, trânsito em julgado em 16-11-1999 – Grifos nossos.)

"*Ementa: Constitucional. Administrativo. Serviço público. Estrangeiro*. CF, art. 37, I. A norma do inciso I do art. 37, CF, relativamente ao estrangeiro, é de eficácia limitada, porque dependente de normatização ulterior, assim não autoaplicável. Recurso provido. *Decisão*: Vistos. O acórdão recorrido, proferido pela Câmara Única – Turma Cível do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, está assim ementado: '*Mandado de segurança – Concurso*

público – Estrangeiro residente regularmente no país – Aprovação – Edital que condiciona a investidura no cargo à condição de brasileiro nato ou naturalizado ou português – Infringência ao disposto no art. 37, I, da CF – Concessão da segurança. 1. Nos termos do inserto no art. 37, I, da CF, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. 2. Tratando-se de norma constitucional de eficácia contida, inexistindo dispositivo legal a regulamentar a matéria, tem-se como correto que simples item constante do edital de concurso não pode restringir o direito à posse do estrangeiro regularmente aprovado no certame. 3. Segurança concedida. Unânime' (fl. 103). Daí o recurso extraordinário, interposto pelo *Estado de Roraima*, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 37, I, da mesma Carta, sustentando, em síntese, o seguinte: a) o art. 37, I, da Constituição é norma constitucional de eficácia limitada, que depende de regulamentação para que possa ser aplicada; b) 'considerando que ainda não foi editada lei sobre esta matéria, atualmente é impossível o ingresso de estrangeiros no serviço público, ressalvados os casos expressamente autorizados pelo art. 207, § 1º e § 2º, da mesma CF/1988' (fl. 118). Admitido o recurso (fls. 140-141), subiram os autos. A Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Prof. Geraldo Brindeiro, opinou pelo provimento do recurso (fls. 146-149). Autos conclusos em 29-9-2005. Decido. Destaco do parecer da Procuradoria-Geral da República, fls. 146-149, lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral, Prof. Geraldo Brindeiro: '(...) 6. O recurso merece ser conhecido pela afronta ao art. 37, I, da Constituição Federal, eis que devidamente prequestionado no acórdão recorrido e, no mérito, deve ser provido. 7. Transcrevo o art. 37, I, da Constituição da República, na redação da Emenda Constitucional 19/1998, *in verbis*:' Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;' (o grifo nosso). 8. Da leitura do dispositivo constitucional em questão, válido concluir que a acessibilidade do cargo público aos estrangeiros é de eficácia limitada, dependendo de lei que a discipline para poder operar efeitos. 9. Nesse sentido trago à colação o ensinamento de *Alexandre de Moraes*: 'O acesso de estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas não ocorrerá imediatamente a partir da EC 19/1998, por tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei, que estabelecerá a necessária forma.' (*Constituição do Brasil Interpretada*, Editora Atlas, 2004, p. 834). 10. Outro não é o posicionamento de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*: 'Agora, com a Emenda Constitucional 19/1998, que dá nova redação ao inciso I do art. 37, o direito de acesso estende-se também aos estrangeiros 'na forma da lei'; entende-se que se trata de lei de cada entidade da federação, já que a matéria de servidor público não é reservada à competência privativa da União. O dispositivo não é autoaplicável, dependendo de lei que estabeleça as condições de ingresso do estrangeiro.' (*Direito Administrativo*, Editora Atlas, 14. ed., 2002, 442). 11. O acórdão recorrido, entretanto, conferiu incorreta exegese ao dispositivo em questão, ao permitir o empossamento do recorrido, de

nacionalidade venezuelana, em cargo público estadual, sem que haja lei estadual disciplinando as condições de ingresso de estrangeiros aos cargos públicos (...)' (fls. 147-149). Correto o parecer. A norma inscrita no inciso I, do art. 37, CF, relativamente aos estrangeiros, exige, para a sua eficácia plena, normatização ulterior. É dizer, trata-se de dispositivo constitucional que não é autoaplicável. Assim posta a questão, dou provimento ao recurso extraordinário e denego a segurança. Publique-se. Brasília, 29 de novembro de 2005."

(RE 439.754, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 12-1-2005, trânsito em julgado em 8-2-2006 – Grifos nossos.)

5. Dessa orientação jurisprudencial divergiu o julgado recorrido.

6. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, com a ressalva de eventual concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos dos arts. 4º e 12 da Lei 1.060/1950."

(Fls. 310-317.)

2. Publicada essa decisão no *DJE* de 1º-12-2009 (fl. 318), interpõe Bruce Bartholow Duncan, ora agravante, em 7-12-2009, tempestivamente, agravo regimental (fls. 322-331; 336-346).

3. Alega o agravante que os precedentes apontados na decisão agravada não representam o pensamento do Tribunal Pleno e que a matéria em debate, eficácia do art. 37, inciso I, da Constituição da República – merece ser analisada pelo Supremo Tribunal em sua composição integral ou, ao menos, pela Turma.

Afirma que "não está em discussão no presente feito o ingresso do autor no serviço público, já que o mesmo ingressou nos quadros da UFRGS em 1984, portanto já conta com mais de vinte e cinco anos de dedicação ao ensino público brasileiro. O que está em discussão é a possibilidade do autor ocupar cargo público, independentemente de realização ou não de concurso, na forma do RJU, como foi proporcionado aos professores que aqui nasceram" (343).

Assevera que "é preciso esclarecer que o princípio da igualdade há que ser visto em relação aos brasileiros que passaram a ocupar cargo público independentemente da realização de concurso público em função da transposição para o RJU, exatamente como previsto no art. 243, § 1º, da Lei 8.112/1990" (fl. 33).

Ao final, indaga: "se é exigível a publicação de norma regulamentadora para o ingresso de estrangeiros no serviço público, passados mais de onze anos da publicação da Emenda Constitucional 19, ainda não foi editada esta lei que possibilite o exercício do preceito constitucional, a igualdade para estrangeiros não será reconhecida no Brasil?" (fl. 344).

E ainda: "[Mesmo] que o presente caso não seja mandado de injunção, seria necessário outro processo judicial (MI) a reconhecer o direito ante a omissão legislativa, ou o princípio da efetividade processual teria aplicação, para que fosse reconhecido ao autor a igualdade para o exercício do que já vem, de fato, exercendo?" (fl. 345).

Requer o provimento do presente recurso e, alternativamente, a análise do pedido sucessivo da inicial (fl. 345).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Razão jurídica não assiste ao agravante.

2. Como afirmado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que assentada em decisões proferidas por Turmas e julgados monocráticos, é firme no sentido de que o art. 37, inciso I, da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional 19/1998, tem eficácia limitada, carecendo de norma regulamentadora.

Como o direito não é inerte, vale dizer, evolui e acompanha as mudanças e os anseios sociais, nada impede que esse entendimento seja modificado. Todavia, no presente momento, a jurisprudência prevalecente é aquela esposada nos seguintes julgados: RE 544.655-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 10-10-2008; RE 227.129, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 11-11-1999; e RE 439.754, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 12-12-2005.

3. Registre-se, por oportuno, que a exigência constitucional do concurso público para o preenchimento de cargos públicos visa, justamente, a conferir efetividade ao princípio da igualdade. Nesse sentido:

> O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.
> (ADI 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, *DJ* de 14-12-2001.)

No mesmo sentido, asseverei que, "pelo abrigo dado ao concurso público, no sistema constitucional, como único processo válido para a escolha de servidores públicos, é que não há possibilidade de interpretar qualquer norma que se refira ou mencione concurso (sem expressa declaração de ser 'concurso público') senão como sendo aquele processo. Trata-se de adotar a interpretação conforme à Constituição, porque toda hermenêutica que conduza à desconformidade da norma interpretada com a Constituição traduz nulidade absoluta e insustentável" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 203).

4. Por fim, não se pode pretender que, em nome do princípio da efetividade processual, sejam substituídos procedimentos judiciais por outros totalmente inadequados ao fim desejado. O recurso extraordinário não pode ser utilizado como substituto de mandado de injunção por razões jurídicas básicas; diversa natureza processual; partes distintas; objetivos jurídicos diferentes, etc.

5. Os argumentos do agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

6. Pelo exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

EXTRATO DA ATA

RE 602.912-AgR/RS — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Agravante: Bruce Bartholow Duncan (Advogados: Francis Campos Bordas e outros). Agravada: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-Geral Federal).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Compareceu à 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.

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 606.451 — DF

Relator: O Sr. Ministro Luiz Fux

Agravante: Luiz Estevão de Oliveira Neto — Agravado: João Domingos Fassarella

Constitucional. Agravo regimental no recurso extraordinário. Imunidade parlamentar material. Entrevista jornalística. Nexo de causalidade entre a manifestação e o exercício do mandato. Prática *propter officium*. Inexistência de dever de reparação civil. Agravo desprovido.

1. A imunidade parlamentar material, que confere inviolabilidade, na esfera civil e penal, a opiniões, palavras e votos manifestados pelo congressista (CF, art. 53, *caput*), incide de forma absoluta quanto às declarações proferidas no recinto do Parlamento.

2. Os atos praticados em local distinto escapam à proteção absoluta da imunidade, que abarca apenas manifestações que guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar.

3. Sob esse enfoque, irretorquível o entendimento esposado no AI 401.600, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 21-2-2011: "Agravo de instrumento – Imunidade parlamentar em sentido material (inviolabilidade) – Declarações divulgadas pelo boletim diário da sessão plenária da Câmara Legislativa e entrevistas jornalísticas publicadas pela imprensa local – Impossibilidade de responsabilização civil de membro do Poder Legislativo do Distrito Federal (CF, art. 53, *caput*, c/c o art. 32, § 3º) – Pressupostos de incidência da garantia constitucional da imunidade parlamentar – Prática *in officio* e prática *propter officium* – Recurso de agravo improvido. A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) exclui a possibilidade jurídica de responsabilização civil do membro do Poder Legislativo por danos eventualmente resultantes de suas manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática *in officio*) ou externadas em razão deste (prática *propter officium*), qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que se haja exercido a liberdade de opinião, ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa, independentemente dos meios de divulgação utilizados, nestes incluídas as entrevistas jornalísticas. Doutrina. Precedentes. – A EC 35/2001, ao dar nova fórmula redacional ao art. 53, *caput*, da Constituição da República, explicitou diretriz, que, firmada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 177/1375-1376,

Rel. Min. Sepúlveda Pertence), já reconhecia, em favor do membro do Poder Legislativo, a exclusão de sua responsabilidade civil, como decorrência da garantia fundada na imunidade parlamentar material, desde que satisfeitos determinados pressupostos legitimadores da incidência dessa excepcional prerrogativa jurídica. – Essa prerrogativa político-jurídica – que protege o parlamentar em tema de responsabilidade civil – supõe, para que possa ser invocada, que exista o necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício legislativo, de outro. Doutrina. Precedentes. – Se o membro do Poder Legislativo, não obstante amparado pela imunidade parlamentar material, incidir em abuso dessa prerrogativa constitucional, expor-se-á à jurisdição censória da própria Casa legislativa a que pertence (CF, art. 55, § 1º). Precedentes: Inq 1.958/AC, Rel. para o acórdão Min. Ayres Britto (RTJ 194/56, Pleno) – RE 140.867/MS, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa (Pleno)".

4. *In casu*, o agravante ajuizou demanda em face do agravado, então Deputado Federal, pretendendo a reparação cível, em R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), por supostos danos morais que lhe teriam sido causados por declarações feitas pelo réu em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, em 2 de junho de 1999.

5. A entrevista concedida a veículo de comunicação da imprensa escrita, por Deputado Estadual designado sub-relator do Poder Judiciário do Orçamento da União, a respeito de reuniões de que participara no exercício da função, encarta-se na imunidade parlamentar material, por isso que inviável qualquer pretensão de reparação civil decorrente daquela.

6. Agravo regimental 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 segundo agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de março de 2011 — Luiz Fux, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de agravo regimental interposto pelo agravante, ex-Senador da República, com fulcro no art. 317 do RISTF, contra decisão proferida pelo Ministro Eros Grau, que, após reconsiderar a inadmissão

anteriormente decretada por conta de ilegibilidade do carimbo de protocolo de interposição, desproveu monocraticamente o recurso extraordinário, nos seguintes termos:

> *Decisão*: Reconsidero a decisão acostada à fl. 403 em face dos argumentos deduzidos neste regimental. Passo à análise do recurso extraordinário.
>
> 2. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que a imunidade conferida aos parlamentares afasta a incidência da responsabilidade civil por danos morais.
>
> 3. Eis a ementa do julgado:
>
> "*Constitucional e civil. Imunidade parlamentar, reparação de danos.*
>
> I. A imunidade do parlamentar, no desempenho de sua função pública, afasta a pretensão ressarcitória tanto na esfera penal, quando na cível. Inteligência do art. 53, da CF.
>
> II. Embargos improvidos." (Fl. 221).
>
> 4. O recorrente sustenta que o provimento judicial violou o disposto no art. 53 da Constituição do Brasil, uma vez que a imunidade (...) não é absoluta, devendo ser analisada caso a caso, especialmente porque não é decorrência lógica da atividade parlamentar o ato de prestar declarações, ou dar entrevistas a qualquer meio de comunicação, pois que esta situação não se pode confundir com o uso da Tribuna, e nem é continuação do trabalho parlamentar (fl. 339).
>
> 5. O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, ressalta que a imunidade prevista no art. 53 da Constituição, em que pese afastar a responsabilidade penal e civil, alcança somente as manifestações dos membros do legislativo que apresentem vinculação com seus mandatos, cabendo ao STF, *in casu*, traçar essa tênue linha divisória, em um nítido exercício de subsunção (fls. 397-400).
>
> 6. A propósito do tema, esta Corte tem entendido que a palavra "inviolabilidade" significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo (...). Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada "conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar" (Inq 390 e 1.710) (Inq 1.958, Relator para o acórdão o Ministro Carlos Britto, *DJ* de 18-2-2005).
>
> 7. Resta, portanto, definir se as manifestações proferidas pelo recorrido ao conceder entrevista jornalística guardam relação com o mandato por ele desempenhado. Conforme observado pelo MPF, consubstancia-se fato irrefragável que o Deputado Federal João Domingos Fassarella (recorrido), sub-relator do Poder Judiciário no Orçamento-Geral da União de 1999, foi procurado pelo Senador Luiz Estevão de Oliveira Neto (recorrente), levando tal fato ao conhecimento da mídia impressa (Jornal *O Globo*). Destarte, estreita a relação entre as atribuições do recorrido (fiscalização/controle orçamentário das obras públicas realizadas pelo Poder Judiciário com recursos da União) e as notórias acusações (que não partiram do recorrido) de que o recorrente, no exercício de suas funções foi alvo (suposto envolvimento com a obra do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região) (fls. 397-400].

8. No caso destes autos, há incidência da imunidade parlamentar, eis que a concessão da entrevista sobre os fatos vinculados ao mandato exercido pelo recorrido consubstanciou mera extensão do mandato.

9. Nesse sentido, manifestou-se esta Corte ao concluir o julgamento do citado Inq 1.958:

> "No caso, o discurso se deu no plenário da Assembleia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material. Denúncia rejeitada."

Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no art. 21, § 1º, do RISTF.

Na origem, o agravante ajuizou demanda em face do agravado, então Deputado Federal, pretendendo a reparação cível, em R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), por supostos danos morais que lhe teriam sido causados por declarações feitas pelo réu em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, em 2 de junho de 1999. Segundo a inicial, o réu teria afirmado publicamente que o autor o procurara com a finalidade de assegurar recursos para o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no Orçamento Geral da União do ano de 1999, do qual o réu era sub-relator temático do Poder Judiciário, deste modo relacionando a imagem do agravante a notório escândalo de desvios de verbas públicas.

O processo foi julgado extinto sem exame de mérito em primeira instância, fundando-se a sentença na impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI) diante da imunidade parlamentar prevista no art. 53 da Constituição Federal. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao apreciar a causa em sede de apelação, confirmou, por maioria, o *decisium* de primeiro grau, vencido o Des. Asdrubal Nascimento Lima, cujo voto determinava a anulação da sentença para que, após o retorno dos autos à primeira instância, fosse examinado o mérito da causa.

Na sequência, foram interpostos pelo autor embargos infringentes (fls. 200-209), porquanto vigente a redação original do art. 530 do CPC, anterior à Lei 10.352/2001. No acórdão de fls. 215-233, o Tribunal *a quo*, por sua Primeira Câmara Cível, reafirmou a incidência ao caso da imunidade parlamentar em benefício do réu, dado que o teor da manifestação reputada injuriosa estaria vinculado ao desempenho da função pública. O acórdão restou assim ementado:

> *Constitucional e civil. Imunidade parlamentar, reparação de danos*.
>
> I. A imunidade do parlamentar, no desempenho de sua função pública, afasta a pretensão ressarcitória tanto na esfera penal, quando na cível. Inteligência do art. 53, da CF.
>
> II. Embargos improvidos.
>
> (Fl. 221.)

Contra o mencionado acórdão o agravante opôs embargos de declaração, rejeitados por decisão unânime (fls. 247-252). Novos embargos de declaração foram interpostos, também rejeitados (fl. 261).

O agravante interpôs recursos especial e extraordinário, ambos com juízo positivo de admissibilidade na origem (fls. 346-347). O recurso especial, no qual se alegou a excessividade do valor dos honorários de sucumbência, a configuração de omissão no acórdão recorrido e o descabimento da aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, não foi conhecido por acórdão relatado pelo Ministro Sidnei Beneti (fls. 351-373).

Por sua vez, no recurso extraordinário (fls. 336-341), interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, alega o agravante que a imunidade parlamentar não poderia ser entendida em termos absolutos, de forma que apenas abarcaria os casos em que fosse demonstrada a conexão entre o ato praticado e a função exercida pelo agente. Sob esta ótica, a divulgação de afirmações injuriosas em meio de comunicação, como no caso, não estaria protegida pelo art. 53 da Constituição Federal, já que "sem qualquer relação com a atividade parlamentar" (fl. 340).

Após a subida dos autos a esta Suprema Corte, manifestou-se a Procuradoria-Geral da República pelo desprovimento do recurso (fls. 397-400), apontando que seria "estreita a relação entre as atribuições do recorrido (fiscalização/controle orçamentário das obras públicas realizadas pelo Poder Judiciário com recursos da União) e as notórias acusações (que não partiram do recorrido) de que o recorrente, no exercício de suas funções, foi alvo (suposto envolvido com a obra do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região)".

Às fls. 403 foi proferida decisão pelo Ministro Eros Grau negando seguimento ao recurso, ao fundamento de que o carimbo de interposição do recurso não seria legível. Interposto agravo regimental (fls. 409-413), foi proferida nova decisão reconsiderando a anterior inadmissão para, no mérito, desprover o recurso, na forma transcrita acima (fls. 416-7).

Contra tal decisão foi interposto agravo regimental (fls. 420-425), no qual reitera o agravante as mesmas razões já expostas no curso do processo, no sentido de que o ato praticado pelo réu não guardaria pertinência com o exercício da atividade parlamentar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se assentar que o recurso extraordinário interposto pelo agravante satisfaz os requisitos indispensáveis para o respectivo conhecimento por esta Corte.

A matéria discutida, como visto, limita-se à definição do campo de proteção da cláusula constitucional da imunidade parlamentar, prevista no art. 53 da Constituição Federal, de modo que a ofensa alegada é direta, independente do exame de qualquer norma infraconstitucional.

O referido dispositivo, ademais, encontra-se explicitamente prequestionado, como se constata da fl. 224 dos autos. Tampouco incide, na hipótese, o

óbice da Súmula 279 desta Corte, porquanto todas as alegações do recorrente partem de premissa fática reconhecida pelo Tribunal *a quo*, exposta nos seguintes termos:

> O fato foi publicado em entrevista concedida ao Jornal *O Globo* em 2-6-1999, em página destina a publicação relativa aos fatos que estavam envolvendo o autor no conhecido caso do orçamento judiciário destinado à construção do TRT e São Paulo. A entrevista se refere a conversa mantida entre as partes sobre o corte na liberação de verbas ao Judiciário Paulista e concessão de verbas ao Judiciário Distrital para instalação dos Juizados Especiais nesta Capital. O embargado era, à época dos fatos, fazia parte de relatoria setorial da verba judiciária, na Comissão de Orçamento (sic).
> (Fl. 222.)

No mérito, contudo, a tese sustentada no recurso extraordinário não se encontra em sintonia com a jurisprudência desta Corte, razão pela qual deve ser desprovido o presente agravo regimental.

Com efeito, o âmbito de abrangência da cláusula constitucional de imunidade parlamentar material, prevista no art. 53 da Constituição, tem sido construído por esta Corte à luz de dois parâmetros de aplicação. Quando em causa atos praticados no recinto do Parlamento, a referida imunidade assume contornos absolutos, de modo que a manifestação assim proferida não é capaz de dar lugar a qualquer tipo de responsabilidade civil ou penal, cabendo à própria Casa Legislativa promover a apuração, *interna corporis*, de eventual ato incompatível com o decoro parlamentar. De outro lado, quando manifestada a opinião em local distinto, o reconhecimento da imunidade se submete a uma condicionante, qual seja: a presença de um nexo de causalidade entre o ato e o exercício da função parlamentar (RE 140.867, Rel. p/ o ac. Min. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, *DJ* de 4-5-2001; Inq 1.958, Rel. p/ o ac. Min. *Carlos Britto*, Tribunal Pleno, *DJ* de 18-2-2005; RE 463.671-AgR, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Primeira Turma, *DJ* de 3-8-2007; RE 210.917, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, *DJ* de 18-6-2001; Inq 1.024-QO, Rel. Min. *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, *DJ* de 4-3-2005).

Neste processo, e conforme fixado pelo acórdão recorrido, a manifestação alegadamente danosa praticada pelo réu foi proferida em declarações prestadas a veículo da imprensa escrita, fora, portanto, das dependências do Congresso. Aplica-se ao caso, assim, o segundo parâmetro acima referido, fazendo-se necessário indagar, para que incida a proteção da imunidade, sobre a presença de vínculo entre o conteúdo do ato praticado e a função pública parlamentar exercida pelo agravado.

Ainda que sob este prisma, contudo, a verdade é que não assiste razão ao agravante. Conforme reconheceu o acórdão recorrido, o agravado, Deputado Federal, era, à época dos fatos, o sub-relator do Poder Judiciário para o Orçamento da União do ano de 1999. Nessa qualidade, cabia a ele, nos termos do art. 166, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal, "examinar e emitir parecer" a respeito da lei orçamentária. Ou seja: incluía-se, na função parlamentar exercida

pelo agravado, a fiscalização da regularidade e o controle político sobre a oportunidade das verbas que seriam destinadas ao Poder Judiciário.

Assim, o teor da entrevista concedida, e que ensejou a presente demanda, guarda inegável conexão com o mandato parlamentar. Os fatos narrados naquela oportunidade diziam respeito ao conteúdo de conversas e reuniões de que participara o agravado enquanto sub-relator do Orçamento, descrevendo quem o procurara e com qual intenção. Incide, por força disso, a imunidade parlamentar material, na linha do opinamento do Ministério Público às fls. 397-400:

> Nessa linha de intelecção, consubstancia-se fato irrefragável que o Deputado Federal João Domingos Fassarella (recorrido), sub-relator do Poder Judiciário no Orçamento-Geral da União de 1999, foi procurado pelo Senador Luiz Estevão de Oliveira Neto (recorrente), levando tal fato ao conhecimento da mídia impressa (Jornal "O Globo").
>
> Destarte, estreita a relação entre as atribuições do recorrido (fiscalização/controle orçamentário das obras públicas realizadas pelo Poder Judiciário com recursos da União) e as notórias acusações (que não partiram do recorrido) de que o recorrente, no exercício de suas funções, foi alvo (suposto envolvimento com a obra do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região).
>
> (Fls. 399-400.)

Ademais, como tem reconhecido esta Corte, o cenário atual da democracia, em uma sociedade marcada pelas comunicações de massa, impõe que a divulgação de pensamentos e ideias pelos representantes do povo através dos meios de comunicação também seja entendido como protegido pela cláusula constitucional da imunidade parlamentar, sob pena de frustrar, por inefetividade, os propósitos que lhe são subjacentes. É nesse sentido que tem se alinhado a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, afastando a responsabilidade civil quando em causa publicações intimamente vinculadas ao exercício do mandato parlamentar, *in verbis*:

> *Ementa: Agravo de instrumento – Imunidade parlamentar em sentido material (inviolabilidade) – Declarações divulgadas pelo boletim diário da sessão plenária da Câmara Legislativa e entrevistas jornalísticas publicadas pela imprensa local – Impossibilidade de responsabilização civil de membro do Poder Legislativo do Distrito Federal (CF, art. 53, caput, c/c o art. 32, § 3º) – Pressupostos de incidência da garantia constitucional da imunidade parlamentar – Prática in officio e prática propter officium – Recurso de agravo improvido.*
>
> – A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) exclui a possibilidade jurídica de responsabilização civil do membro do Poder Legislativo por danos eventualmente resultantes de suas manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática *in officio*) ou externadas em razão deste (prática *propter officium*), qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que se haja exercido a liberdade de opinião, ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa, independentemente dos meios de divulgação utilizados, nestes incluídas as entrevistas jornalísticas. Doutrina. Precedentes. – A EC 35/2001, ao dar nova fórmula redacional ao art. 53, *caput*, da Constituição da República, explicitou diretriz, que, firmada anteriormente pelo

Supremo Tribunal Federal (RTJ 177/1375-1376, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*), já reconhecia, em favor do membro do Poder Legislativo, a exclusão de sua responsabilidade civil, como decorrência da garantia fundada na imunidade parlamentar material, desde que satisfeitos determinados pressupostos legitimadores da incidência dessa excepcional prerrogativa jurídica. – Essa prerrogativa político-jurídica – que protege o parlamentar em tema de responsabilidade civil – supõe, para que possa ser invocada, que exista o necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício legislativo, de outro. Doutrina. Precedentes. – Se o membro do Poder Legislativo, não obstante amparado pela imunidade parlamentar material, incidir em abuso dessa prerrogativa constitucional, expor-se-á à jurisdição censória da própria Casa legislativa a que pertence (CF, art. 55, § 1º). Precedentes: Inq 1.958/AC, Rel. p/ o ac. Min. *Ayres Britto* (RTJ 194/56, Pleno) – RE 140.867/MS, Rel. p/ o ac. Min. *Maurício Corrêa* (Pleno).

(AI 401.600, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 21-2-2011.)

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 606.451-AgR-segundo/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: Luiz Estevão de Oliveira Neto (Advogados: Viviane Braga de Moura e outros). Agravado: João Domingos Fassarella (Advogados: Jakeline Rangel e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao segundo agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio. Presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 23 de março de 2011 — Carmen Lilian, Coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 634.093 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: União — Agravada: Margarete Maria de Lima

Servidora pública gestante ocupante de cargo em comissão – Estabilidade provisória (ADCT/1988, art. 10, II, *b*) – Convenção OIT 103/1952 – Incorporação formal ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto 58.821/1966) – Proteção à maternidade e ao nascituro – Desnecessidade de prévia comunicação do estado de gravidez ao órgão público competente – Recurso de agravo improvido.

– O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes.

– As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, *b*), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à administração pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT 103/1952.

– Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Ayres

Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

Brasília, 22 de novembro de 2011 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se de recurso de agravo**, tempestivamente interposto, **contra decisão que conheceu e negou provimento** ao recurso extraordinário deduzido pela parte ora agravante (fls. 223/224).

Eis o teor da decisão, que, *por mim proferida*, **sofreu** a interposição **do presente** recurso de agravo (fls. 223/224):

> *O presente recurso extraordinário **revela-se** processualmente inviável, **eis que se insurge** contra acórdão que decidiu a causa em **estrita** conformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em exame.*
>
> *Com efeito, a colenda **Segunda Turma** desta Suprema Corte, **ao julgar o RE 523.572-AgR/PR**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **fixou** entendimento **que desautoriza** a pretensão de direito material deduzida pela parte ora recorrente:*
>
> *"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENÇA MATERNIDADE DE MILITAR TEMPORÁRIA. ART. 7º, XVIII, E ART. 142, VIII, CF/1988. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *1. A estabilidade provisória advinda de licença maternidade decorre de proteção constitucional às trabalhadoras em geral.*
>
> *2. O direito amparado pelo art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, nos termos do art. 142, VIII, da CF/88, alcança as militares.*
>
> *3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada.*
>
> *4. Agravo regimental improvido.*"
>
> ***Cumpre ressaltar**, por necessário, que esse entendimento **vem sendo observado** em **sucessivos** julgamentos, proferidos no âmbito desta Corte, **a propósito** de questão virtualmente **idêntica** à que ora se examina **nesta** sede recursal (**AI 547.104/RS**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **AI 638.635/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AI 811.376/SC**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **RE 287.905/SC**, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – **RE 597.989-AgR/PR**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **v.g.**).*
>
> ***O exame** da presente causa **evidencia** que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária **ajusta-se** à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** na matéria em referência.*
>
> ***Sendo assim**, e considerando as razões expostas, **conheço** do presente recurso extraordinário, **para negar-lhe provimento**.*
>
> *(...)*
>
> ***Ministro CELSO DE MELLO***
> ***Relator***

Inconformada com esse julgamento monocrático, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **postulando o provimento** do apelo extremo por ela deduzido (fls. 230/235).

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Não assiste razão** à parte recorrente, **eis que** a decisão agravada **ajusta-se**, *com integral fidelidade*, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em exame.

Com efeito, esta Suprema Corte, **ao julgar o RE 523.572-AgR/PR**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **no qual reconheceu**, *em favor de servidora pública militar*, as prerrogativas **inerentes** *à licença-maternidade e à estabilidade provisória*, **fixou** entendimento **que desautoriza** a pretensão de direito material **ora deduzida** pela União Federal:

> ***CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENÇA MATERNIDADE DE MILITAR TEMPORÁRIA. ART. 7º, XVIII, E ART. 142, VIII, CF/1988. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.***
>
> *1. **A estabilidade provisória** advinda de licença maternidade **decorre de proteção constitucional** às trabalhadoras em geral.*
>
> *2. **O direito amparado** pelo art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, **nos termos** do art. 142, VIII, da CF/88, **alcança as militares**.*
>
> *3. **Inexistência de argumento** capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada.*
>
> *4. Agravo regimental **improvido**.*
>
> (**Grifei.**)

Impõe-se destacar, *por relevante*, **que essa orientação** *tem sido observada* em **sucessivos** julgamentos, *proferidos no âmbito desta Corte*, **a propósito** de questão jurídica **idêntica** à que ora se examina (**RTJ 181/996**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 198/1129**, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – **AI 811.376-AgR/SC**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **AI 829.466/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 571.404/MS**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **RE 580.566/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO, *v.g.*), **valendo referir**, *dentre eles*, **recentíssima** decisão emanada **da colenda** Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

> ***AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO.***
>
> *1. **As servidoras públicas e empregadas gestantes**, inclusive as contratadas a título precário, **independentemente** do regime jurídico de trabalho, **têm direito** à*

licença-maternidade *de cento e vinte dias* ***e*** à ***estabilidade provisória*** *desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.* ***Precedentes****: RE 579.989-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 29-3-2011; RE 600.057-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJE de 23-10-2009; e RMS 24.263, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 9-5-2003.*

2. Agravo regimental ***a que se nega*** *provimento.*

(**AI 804.574-AgR/DF**, Rel. Min. LUIZ FUX – **Grifei.**)

Cabe observar, *por oportuno*, **em face** do contexto que emerge **desta** causa, que o legislador constituinte, **consciente** das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (**Convenção OIT n. 103**, de 1952, **promulgada** pelo Decreto n. 58.821/1966, **Artigo VI**) **e tendo presente** a necessidade de dispensar *efetiva proteção* à *maternidade* **e** *ao nascituro* (FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, "**Comentários aos Enunciados do TST**", p. 614, 4ª ed., 1997, RT), **veio a estabelecer**, *em favor da empregada gestante*, expressiva **garantia** de caráter social, **consistente** na outorga, *a essa trabalhadora*, **de estabilidade provisória**, nos termos previstos no art. 10, II, "**b**", do ADCT, **que representa**, *ao lado da licença-maternidade*, prerrogativa jurídica *igualmente atribuída* à servidora pública gestante, **como resulta** *da norma de extensão* **inscrita** no art. 39, § 3º, da Constituição, **sendo irrelevante**, *para esse específico efeito*, **que se cuide** de ocupante de cargo em comissão, *como sucede na espécie*.

O valor jurídico-social dessa **inderrogável** garantia de índole constitucional, *que busca dar efetividade* à proclamação constante **do art. 6º** da Lei Fundamental da República, **teve a sua importância** reconhecida **pela jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, que, *por mais de uma vez*, já deixou assentado, **a propósito** desse tema, **que o acesso** à estabilidade provisória **depende**, *tão somente*, **da confirmação objetiva** do estado fisiológico de gravidez da empregada **ou** da servidora pública, **independentemente**, *quanto a este*, de sua **prévia** comunicação ao empregador **ou** ao órgão público competente, **consoante esta Suprema Corte teve o ensejo de decidir**:

A empregada gestante ***tem direito subjetivo*** *à estabilidade provisória prevista no art. 10, II,* ***"b"****, do ADCT/88,* ***bastando****, para efeito de acesso a essa* ***inderrogável*** *garantia social de índole constitucional,* ***a confirmação objetiva*** *do estado fisiológico de gravidez,* ***independentemente****, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador,* ***revelando-se írrita****, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa,* ***mesmo quando*** *pactuada em sede de negociação coletiva.* ***Precedentes****.*

(**AI 392.303/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Esse entendimento **acha-se consagrado** em decisões proferidas **por ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 180/395**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RE 339.713-AgR/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, *v.g.*):

O art. 10, II, "b" do ADCT confere estabilidade provisória à obreira, exigindo *para o seu implemento* ***apenas a confirmação de sua condição de gestante,*** não havendo*, portanto,* ***de se falar em outros requisitos*** *para o exercício desse direito,* ***como a prévia comunicação*** *da gravidez ao empregador.*

Precedente *da Primeira Turma desta Corte.*

Recurso extraordinário ***não*** *conhecido.*

(**RE 259.318/RS**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **Grifei.**)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, "B", do ADCT.

O Supremo Tribunal Federal ***fixou entendimento*** *no sentido de que as servidoras públicas* ***e*** *empregadas gestantes,* ***inclusive*** *as contratadas a título precário,* ***independentemente*** *do regime jurídico de trabalho,* ***têm direito*** *à licença-maternidade de cento e vinte dias* ***e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez*** *até cinco meses* ***após o parto****, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.* ***Precedentes****.*

Agravo regimental ***a que se nega*** *provimento.*

(**RE 600.057-AgR/SC**, Rel. Min. EROS GRAU – **Grifei.**)

EMPREGADA GESTANTE – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT*, ART. 10, II,* ***"b")*** *– CONVENÇÃO OIT 103/1952 –* ***PROTEÇÃO*** À MATERNIDADE ***E*** *AO NASCITURO –* ***DESNECESSIDADE DE PRÉVIA*** *COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ* ***AO EMPREGADOR*** *–* ***ESPECIFICAÇÃO*** *DAS VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS À EMPREGADA –* ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS****.*

– ***O legislador constituinte****,* ***consciente*** *das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (****Convenção OIT 103/1952****, Artigo VI)* ***e tendo presente*** *a necessidade de dispensar* ***efetiva*** *proteção à maternidade* ***e*** *ao nascituro,* ***estabeleceu****,* ***em favor*** *da empregada gestante, expressiva* ***garantia*** *de caráter social,* ***consistente*** *na outorga, a essa trabalhadora, de* ***estabilidade provisória*** *(****ADCT****, art. 10, II,* ***"b")****.*

– ***A empregada gestante tem direito subjetivo*** *à estabilidade provisória* ***prevista*** *no art. 10, II,* ***"b"****, do ADCT/1988,* ***bastando****, para efeito de acesso a essa* ***inderrogável*** *garantia social de índole constitucional,* ***a confirmação objetiva*** *do estado fisiológico de gravidez,* ***independentemente****, quanto a este,* ***de sua prévia*** *comunicação ao empregador,* ***revelando-se*** írrita*, de outro lado* ***e sob tal aspecto****,* ***a exigência*** *de notificação à empresa,* ***mesmo quando*** *pactuada em sede de negociação coletiva.* ***Precedentes****.*

(**AI 448.572-ED/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

A orientação jurisprudencial referida, *por sua vez*, **tem sido observada** em outras decisões **emanadas** de eminentes Juízes deste Supremo Tribunal (**RE 458.807/BA**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **RE 569.552/PR**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 600.173/SC**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), **que reconhecem**, *no tema em análise*, **a responsabilidade objetiva** do empregador, **satisfazendo-se**, *esta Corte*, por isso mesmo **e para efeito** de incidência

da garantia constitucional **da estabilidade provisória** da gestante, *com o mero estado de gravidez* da trabalhadora **ou** da servidora pública, **independentemente** do prévio conhecimento *desse fato* pelo empregador **ou**, *quando for o caso*, pela administração pública.

Cabe mencionar, *ainda*, que essa percepção da "***ratio***" subjacente à cláusula constitucional **asseguradora** da estabilidade provisória **instituída** em favor da trabalhadora gestante **reflete-se**, *por igual*, no magistério da doutrina (EDUARDO GABRIEL SAAD, "**Constituição e Direito do Trabalho**", p. 92, item n. 6.1, 2ª ed., 1989, LTr; NEI FREDERICO CANO MARTINS, "**Estabilidade Provisória no Emprego**", p. 84/87, itens ns. 4.2.1, 4.3.1 **e** 4.3.3, 1995, LTr; ALICE MONTEIRO DE BARROS, "**Proteção do Trabalho da Mulher e do Menor**", "*in*" "**Curso de Direito do Trabalho**", p. 325/326, item n. 1.8.15, 2000, Forense; JOÃO CARLOS FRANCKINI, "**Contrato de prova – Instrumento de fraude à legislação trabalhista**, **como forma de frustrar a estabilidade provisória da empregada gestante**", "*in*" Síntese Trabalhista, Ano VII – Março de 1996, n. 81/27-29; ZÉU PALMEIRA SOBRINHO, "**A Estabilidade da Empregada Gestante**", "*in*" **Síntese Trabalhista**, Ano XII – Setembro de 2000, n. 135/35-40, **36**; ARI PEDRO LORENZETTI, "**Os Limites da Garantia de Emprego da Gestante**", "*in*" **Revista do TRT/18ª Região**, Ano 4 – Dezembro de 2001, n. 1/39-46).

Em suma: **as gestantes** – *quer se trate* de servidoras públicas, *quer se cuide* de trabalhadoras, *qualquer que seja o regime jurídico* a elas aplicável, *não importando* **se** de caráter administrativo **ou** de natureza contratual (CLT), *mesmo aquelas* ocupantes de cargo em comissão **ou** exercentes de função de confiança **ou**, *ainda*, **as contratadas** por prazo determinado, **inclusive** na hipótese prevista **no inciso IX** do art. 37 da Constituição, **ou** admitidas a título precário – **têm direito público subjetivo** à *estabilidade provisória*, **desde a confirmação** do estado fisiológico de gravidez **até** cinco (5) meses após o parto (**ADCT**, art. 10, II, "**b**"), **e**, *também*, à *licença-maternidade* de 120 dias (**CF**, art. 7º, XVIII, **c/c** o art. 39, § 3º), **sendo-lhes preservada**, *em consequência*, nesse período, **a integridade** do vínculo jurídico **que as une** à administração pública **ou** ao empregador, **sem prejuízo** da integral percepção do estipêndio funcional **ou** da remuneração laboral.

Se sobrevier, *no entanto*, **em referido período**, *dispensa arbitrária* **ou** *sem justa causa* **de que resulte a extinção** do vínculo jurídico-administrativo **ou** da relação contratual **da gestante** (servidora pública **ou** trabalhadora), **assistir-lhe-á** o direito a uma indenização **correspondente** *aos valores que receberia* **até** cinco (5) meses **após** o parto, **caso** inocorresse tal dispensa.

Sendo assim, *e tendo em consideração as razões expostas*, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, *em consequência*, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora questionada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 634.093-AgR/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Agravada: Margarete Maria de Lima (Advogados: Nilo Gustavo Silva Sulz Gonsalves e outros).

Decisão: negado provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 22 de novembro de 2011 — Karima Batista Kassab, Coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 794.192 — DF

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Agravantes: André Napoli de Nardiello e outros — Agravada: União

Administrativo. Agravo regimental no agravo de instrumento. Concurso público. Nomeação de candidatos. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Não cabimento. Precedentes. Agravo improvido.

I – Não há se falar em responsabilidade civil do Estado fruto de eventuais danos causados a terceiros na prestação de serviço público, no caso de candidato habilitado em concurso público que não fora nomeado por interesse da administração.

II – Agravo regimental improvido.

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 dos julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 19 de outubro de 2010 — Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental interposto por *André Napoli de Nardiello e outros* (fls. 137-140) da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento com base na jurisprudência firmada por esta Corte.

Os agravantes, em suma, alegam que o precedente utilizado para negar seguimento ao agravo de instrumento não serve, por ser, segundo os mesmos, desconexo com a hipótese dos autos.

Trazem julgados deste Tribunal como fundamentação de sua alegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eis o teor da decisão agravada:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. O acórdão recorrido porta a seguinte ementa:

"Civil. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Nomeação de candidatos aprovados em concurso público em virtude decisão judicial.(...)"

(Fl. 80.)

No recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se violação ao art. 37, *caput* e § 6º, da mesma Carta.

O agravo não merece acolhida. Da análise dos autos é possível verificar que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, conforme se observa do julgamento do RMS 22.063/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, e Relator para acórdão, Min. Maurício Corrêa, cuja ementa segue transcrita:

"Recurso em mandado de segurança. Advogado-de-ofício substituto da Justiça Militar: não provimento dos cargos por ato da administração; desnecessidade de provimento dos cargos vagos para os quais foi realizado concurso público de provas e títulos. Entendimento da Súmula nº 15 do STF. Indenização por falta de nomeação.

(...)

3 - A norma constitucional ínsita no art. 37, § 6º, refere-se à responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros na prestação de serviços públicos, não ensejando qualquer indenização ao candidato habilitado em concurso público mas não nomeado por interesse da administração.

4 - Recurso ordinário improvido" (grifos meus).

Isso posto, nego seguimento ao recurso.

(Fls. 128-129.)

Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

Por oportuno trago à colação trecho do voto condutor do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*:

(...) não merece reforma a sentença recorrida. Isso porque não há que se falar em responsabilidade civil do Estado decorrente da demora na nomeação de candidatos aprovados em concurso público, dado que a Administração não está obrigada a convocar, imediatamente, todos os candidatos que foram aprovados no certame, pelo simples fato de existirem vagas a serem preenchidas no órgão ou entidade. Ou seja, **a demora ou a falta de nomeação, salvo em caso de preterição, não viola direito subjetivo dos candidatos aprovados, fazendo nascer, para eles, pretensão indenizatória**.

O ato de provimento de cargos encontra-se dentro da esfera do poder discricionário da Administração que pode nomear, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, quantos candidatos quiser, ainda que abaixo do número de vagas previstas no edital. **O único dever que tem a Administração é o de, durante o prazo de validade do concurso, nomear os aprovados respeitando a sua ordem de classificação**.

(Grifos meus.)

Como consignado na decisão agravada, tem o Tribunal, por meio de jurisprudência, entendido que não há se falar em responsabilidade civil do Estado

fruto de eventuais danos causados a terceiros na prestação de serviço público, no caso de candidato habilitado em concurso público que não fora nomeado por interesse da administração, conforme observado no julgamento do RMS 22.063/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, e Redator Min. Maurício Corrêa, cuja ementa segue transcrita:

> *Recurso em mandado de segurança. Advogado-de-ofício substituto da Justiça Militar: não provimento dos cargos por ato da administração; desnecessidade de provimento dos cargos vagos para os quais foi realizado concurso público de provas e títulos. Entendimento da Súmula 15 do STF. Indenização por falta de nomeação.* 1. A doutrina e a jurisprudência têm-se orientado no sentido da discricionariedade quanto à oportunidade e conveniência de prover os cargos públicos. I – Não vicia a legalidade e a legitimidade o ato administrativo que, fundamentado na inexistência de necessidade, decide não prover os cargos vagos. II – A simples convocação, sem motivo explicitado, de candidato classificado em situação inferior não significa certeza de nomeação nem demonstra interesse da administração em preencher as vagas existentes, não gerando direito ao provimento do cargo. 2. Na interpretação da Súmula 15, desta Corte, o que se assegura ao concursado habilitado é o direito à nomeação, no prazo de validade do concurso, quando ele é preterido por candidato em situação inferior na ordem de classificação dos aprovados. 3. A norma constitucional ínsita no art. 37, § 6º, refere-se à responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros na prestação de serviços públicos, não ensejando qualquer indenização ao candidato habilitado em concurso público mas não nomeado por interesse da administração. 4- Recurso ordinário improvido.
> (RMS 22.063/RJ, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma.)

Além disso, os julgados deste Tribunal citados pelo agravante não condizem com o caso específico, tendo em vista que do julgamento do RE 192.568, Rel. Min. Marco Aurélio, verifica-se que não se configura possibilidade de indenização; no RE 221.170, Rel. p/ ac. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, a questão referente ao direito de indenização não foi conhecida por não se encontrar prequestionada; e, por fim, o RE 188.093, Rel. Min. Maurício Corrêa, corresponde a caso de indenização por fatos diversos do presente.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 794.192-AgR/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: André Napoli de Nardiello e outros (Advogado: Leonardo A. de Sanches e outros). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: Após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Relator Presidente, e Dias Toffoli, e da Ministra Cármen Lúcia, que negavam provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Compareceu

à abertura da sessão o Ministro Ayres Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 17 de agosto de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tema de fundo: concurso público. Nomeação de candidatos. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Não cabimento.

Peço vênia a Vossa Excelência para prover este agravo a fim de que, no caso, se tenha o processo, que ficou na origem, já que Vossa Excelência decidiu nos autos de agravo de instrumento, devidamente aparelhado para ser julgado.

EXTRATO DA ATA

AI 794.192-AgR/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravantes: André Napoli de Nardiello e outros (Advogados: Leonardo A. de Sanches e outros). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 19 de outubro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

———

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Pn *Abolitio criminis* temporária: não caracterização do âmbito de incidência. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450

PrCv ***Ação cautelar.*** Efeito suspensivo a recurso extraordinário: requisitos. Ajuizamento de ação principal: inocorrência. Citação: desnecessidade. AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

Ct ***Ação civil pública.*** Cabimento. Esgoto urbano: tratamento adequado antes de lançamento em águas fluviais. Ministério Público: função institucional. CF/1988, arts. 129 e 225. RE 254.764 *RTJ* 219/582

Ct Ação contra autarquia federal. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 499.093-AgR-segundo *RTJ* 219/600

PrPn Ação controlada: preparação de flagrante. (...) ***Prova criminal.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrSTF ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** Pressupostos de admissibilidade. Controvérsia judicial. ADC 16 *RTJ* 219/11

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Decreto autônomo. ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Ct ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Legitimidade ativa. Governador. Pertinência temática. Aplicação de norma estadual a servidor público homoafetivo. Decreto-Lei estadual 220/1975/RJ, arts. 19, II e V, e 33. ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Prejudicialidade inocorrente. Emenda constitucional superveniente. Parâmetro constitucional: alteração substancial. Constitucionalidade superveniente: inexistência. Convalidação: impossibilidade. Inconstitucionalidade persistente

e atual. Máxima efetividade da jurisdição constitucional. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrPn ***Ação penal.*** Prescrição inocorrente. Prescrição antecipada pela pena em perspectiva: ausência de previsão legal. HC 99.035 *RTJ* 219/444

Adm Acesso por estrangeiro. (...) ***Cargo público.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

Adm ADCT da Constituição Federal/1988, art. 10, II, *b*. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

Ct Afastamento por decisão liminar do STF três meses antes do término do mandato: irrelevância. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

Ct Agência bancária: equipamento que ateste autenticidade de cédula de dinheiro. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176

PrSTF ***Agravo regimental.*** Não conhecimento. Fixação de competência: pedido de prevenção. Ato de mero expediente privativo da Presidência: órgão supervisor da distribuição. Lesividade a direito da parte: ausência. CPC/1973, art. 504. Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

PrCv Ajuizamento de ação principal: inocorrência. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

PrPn Alcance da maioria dos votos em determinado sentido. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Analogia *in malam partem*: inadmissibilidade. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

Ct Aplicação de norma estadual a servidor público homoafetivo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Pn Apreensão de acessório de celular: carcaça. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

PrSTF Aproveitamento como ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrSTF Apuração de ato omissivo ou comissivo de agente ou órgão público: necessidade. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrPn Apuração dos votos. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Aproveitamento como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva: reconhecimento. Julgamento conjunto com ADI. ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Ct ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Ilegitimidade ativa. Prefeito: ausência de legitimidade para ADI. Lei 9.882/1999, art. 2º, I. ADPF 148-AgR *RTJ* 219/63

Pn ***Arma de fogo.*** Permuta recíproca. Cessão ou fornecimento: caracterização. Consunção pela conduta "possuir": alegação. *Abolitio criminis* temporária: não caracterização do âmbito de incidência. Lei 10.826/2003, arts. 14, 16, 30 e 32. HC 99.448 *RTJ* 219/450

Pn Arrependimento posterior: requisito. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

PrPn Assistente do Ministério Público. (...) ***Competência recursal.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrSTF Ato de mero expediente privativo da Presidência: órgão supervisor da distribuição. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

PrPn Audiência de instrução e julgamento. (...) ***Instrução criminal.*** Rcl 9.468-AgR *RTJ* 219/375

PrPn Ausência de conhecimento da situação funcional entre réu e vítima. (...) ***Competência criminal.*** HC 99.541 *RTJ* 219/467

Int Autoridade competente para determinar a observância: Poder Executivo. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

B

PrCv Beneficiário da justiça gratuita. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

Trbt Benefício fiscal. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Trbt ***Benefício fiscal.*** Remissão e anistia. Lei específica: necessidade. Delegação ao chefe do Poder Executivo: impossibilidade. Princípio da impessoalidade, da legalidade e da moralidade. CF/1988, arts. 2º, 37, *caput*, e 150, § 6º. Lei estadual 6.489/2002/PA, expressão "remissão, anistia": inconstitucionalidade. ADI 3.462 *RTJ* 219/163

C

Ct Cabimento. (...) ***Ação civil pública.*** RE 254.764 *RTJ* 219/582

PrSTF Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

PrPn Cabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrCv Cabimento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrPn Cabimento: excepcionalidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

Ct Cadastro de inadimplentes (Cadin): inclusão. (...) ***Estado-membro.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrPn Caderneta de Inscrição e Registro (CIR): licença de natureza civil. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

PrCv Caráter infringente e protelatório. (...) ***Embargos de declaração.*** Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

Ct Cargo de direção: presidente. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

Adm Cargo em comissão. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

Adm ***Cargo público.*** Acesso por estrangeiro. Norma constitucional: eficácia limitada. Regulamentação: necessidade. CF/1998, art. 37, I, redação da EC 19/1998. RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

Int Casamento civil de estrangeiro com brasileira nata. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Pn Casamento do agente com a vítima: extinção da punibilidade. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

Pn Causa de diminuição. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

Cv CC/2002, art. 1.723: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Pn Cessão ou fornecimento: caracterização. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450

Trbt CF/1988, arts. 2º, 37, *caput*, e 150, § 6º. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163

Cv CF/1988, arts. 5º, § 2º, e 226. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrPn CF/1988, art. 5º, XXXIX. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

Pn CF/1988, art. 5º, XL. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

Int CF/1988, art. 5º, XL. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

PrPn CF/1988, art. 5º, LIII. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

Ct CF/1988, art. 5º, LIV. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrPn CF/1988, art. 5º, LXVIII. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

TrGr CF/1988, art. 7º, IV. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

Adm CF/1988, art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

TrGr CF/1988, art. 8º, *caput*, I e II. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Ct CF/1988, arts. 21, VIII, e 192: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176

Ct CF/1988, arts. 22, I, XI e XVI, e 23, XII: ofensa. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.610 *RTJ* 219/180

Adm CF/1998, art. 37, I, redação da EC 19/1998. (...) ***Cargo público.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

Ct CF/1988, arts. 49, III, e 83 c/c art. 29, *caput*: ofensa. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586

Ct CF/1988, art. 53, *caput*. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

PrSTF CF/1988, arts. 93, III, 94 e 98, I: alegação de ofensa. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

Ct CF/1988, art. 100, § 8º, redação da EC 62/2009: ofensa. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

Ct CF/1988, art. 102, I, *f*. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Ct CF/1988, art. 109, § 2º. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 499.093-AgR-segundo *RTJ* 219/600

Ct CF/1988, art. 128, § 5º, II, *d*. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Ct CF/1988, arts. 129 e 225. (...) ***Ação civil pública.*** RE 254.764 *RTJ* 219/582

Trbt CF/1988, arts. 146, III, *d*, 150, § 6º, e 170, IX: ofensa inocorrente. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

Trbt CF/1988, arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, XII, *g*: ofensa. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Trbt CF/1988, art. 150, VI, *a*. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

Trbt CF/1988, art. 155, § 2º, I, II, *a* e *b*. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

Trbt CF/1988, art. 155, § 3º, redação da EC 3/1993. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 391.623 *RTJ* 219/592

PrSTF CF/1988, art. 202, § 3º. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrPn CF/1988, art. 226, § 8º. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521

PrCv Citação: desnecessidade. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

TrGr CLT/1943, art. 515, *a* e parágrafo único. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Trbt Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça comum estadual. Crime de lesão corporal grave cometido por militar contra militar. Ausência de conhecimento da situação funcional entre réu e vítima. CPM/1969, art. 9º, II, *a*. HC 99.541 *RTJ* 219/467

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça Federal. Uso por civil de documento falso emitido pela Marinha. Caderneta de Inscrição e Registro (CIR): licença de natureza civil. Justiça Militar: incompetência absoluta. CF/1988, art. 5º, LIII. CPM/1969, art. 315. HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça Federal. Ação contra autarquia federal. CF/1988, art. 109, § 2º. RE 499.093-AgR-segundo *RTJ* 219/600

Int Competência jurisdicional do STF: exaurimento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Direito do trabalho, condições para o exercício de profissões e segurança do trânsito. Profissão de motoboy: regulamentação. CF/1988, arts. 22, I, XI e XVI, e 23, XII: ofensa. Lei distrital 2.769/2001/DF: inconstitucionalidade. ADI 3.610 *RTJ* 219/180

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Sistema Financeiro Nacional. Agência bancária: equipamento que ateste autenticidade de cédula de dinheiro. CF/1988, arts. 21, VIII, e 192: ofensa. Lei estadual 12.775/2003/SC: inconstitucionalidade. ADI 3.515 *RTJ* 219/176

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). União Federal e Estado-membro. Conflito federativo potencial. CF/1988, art. 102, I, *f*. ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrPn ***Competência recursal.*** Legitimidade. Assistente do Ministério Público. Súmula 210 do STF. HC 97.261 *RTJ* 219/423

Ct Composição majoritária: juízes federais convocados. (...) ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

Adm Comunicação prévia da gravidez: desnecessidade. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

Pn Comutação da pena. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

Cv Conceito. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Adm ***Concurso público.*** Nomeação. Preterição: inocorrência. Decisão judicial: cumprimento. RE 594.917-AgR *RTJ* 219/609

Adm Concurso público: cargos vagos. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

Ct Conflito federativo potencial. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

TrGr Congelamento da base de cálculo: desindexação cautelar. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

PrPn Consignação do número de votos afirmativos e negativos: desnecessidade. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrSTF Constitucionalidade superveniente: inexistência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrGr Consulta a um terço dos interessados: requisito não recepcionado pela CF/1988. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Pn Consunção pela conduta "possuir": alegação. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450

Adm ***Contrato administrativo.*** Inadimplência do contratado: encargos trabalhistas, fiscais e comerciais. Responsabilidade contratual subsidiária: inocorrência. Lei 8.666/1993, art. 71, § 1º, redação da Lei 9.032/1995: constitucionalidade. Súmula 331 do TST. ADC 16 *RTJ* 219/11

PrPn Contravenção penal: vias de fato. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521

TrPrv Contribuição compulsória: impossibilidade. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv ***Contribuição previdenciária.*** Não incidência. Servidor público inativo. Pensionista. Emenda Constitucional 20/1998. Lei estadual 12.398/1998/PR, arts. 28, I, 69, I, 78, I e II, e 79, expressões; e arts. 78, § 1º, *b* e *c*: inconstitucionalidade. Lei estadual 12.398/1998/PR, art. 69, I, expressão "segurados": inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Decreto estadual 721/1999/PR, arts. 1º, 2º, 4º, I e II, 7º e 12, expressões; e arts. 3º, parágrafo único, 5º, § 2º e § 3º: inconstitucionalidade por arrastamento. Decreto estadual 721/1999/PR, art.

	7º, expressão "servidor": inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. ADI 2.158 *RTJ* 219/143
Ct	Contribuição previdenciária: não recolhimento. (...) ***Estado-membro.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130
Trbt	Contribuição sindical patronal: isenção. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195
TrPrv	***Contribuição social.*** Serviço de assistência à saúde: custeio. Servidor público inativo. Pensionista. Contribuição compulsória: impossibilidade. Emenda Constitucional 20/1998. Lei estadual 12.398/1998/PR, art. 79, *caput*, expressões: inconstitucionalidade. ADI 2.158 *RTJ* 219/143
PrSTF	Controvérsia judicial. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 16 *RTJ* 219/11
PrSTF	Convalidação: impossibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143
Trbt	Convênio interestadual: ausência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187
Pn	CP/1940, art. 16. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434
Pn	CP/1940, art. 88: descabimento de interpretação extensiva. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430
Pn	CP/1940, art. 107, VII, redação anterior à Lei 11.106/2005. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475
PrSTF	CPC/1973, art. 504. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372
PrPn	CPM/1969, art. 9º, II, *a*. (...) ***Competência criminal.*** HC 99.541 *RTJ* 219/467
PrPn	CPM/1969, art. 315. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544
PrPn	CPP/1941, arts. 159, § 1º, e 171. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444
PrPn	CPP/1941, art. 295. (...) ***Prisão especial.*** HC 102.020 *RTJ* 219/487
Int	CPP/1941, art. 312: inaplicabilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94
PrPn	CPP/1941, art. 386, III. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423
PrPn	CPP/1941, arts. 483, § 1º e § 2º, 488 e 563. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510
PrPn	CPP/1941, art. 563. (...) ***Processo criminal.*** HC 101.455 *RTJ* 219/480

PrPn CPP/1941, art. 565. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459

Ct Crédito acessório: ausência de autonomia. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

TrGr Criação. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Pn ***Crime contra os costumes.*** Fato delituoso: período de vigência da lei revogada. Casamento do agente com a vítima: extinção da punibilidade. *Lex mitior*: ultratividade. CF/1988, art. 5º, XL. CP/1940, art. 107, VII, redação anterior à Lei 11.106/2005. HC 100.882 *RTJ* 219/475

PrPn Crime de lesão corporal grave cometido por militar contra militar. (...) ***Competência criminal.*** HC 99.541 *RTJ* 219/467

Ct Custas processuais. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

D

PrCv Data da disponibilização e da publicação: distinção. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420

PrCv Decisão: cumprimento imediato. (...) ***Embargos de declaração.*** Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

PrPn Decisão anterior à Lei 11.719/2008. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

Adm Decisão judicial: cumprimento. (...) ***Concurso público.*** RE 594.917-AgR *RTJ* 219/609

Ct Declarações a veículo de imprensa escrita fora das dependências do Congresso Nacional. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

Pn Decreto 5.620/2005. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

PrSTF Decreto autônomo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

TrPrv Decreto estadual 721/1999/PR, arts. 1º, 2º, 4º, I e II, 7º e 12, expressões; e arts. 3º, parágrafo único, 5º, § 2º e § 3º: inconstitucionalidade por arrastamento. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Decreto estadual 721/1999/PR, art. 7º, expressão "servidor": inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Trbt Decreto estadual 27.427/2000/RJ, arts. 36, *caput* e parágrafo único, e 40, redação do Decreto estadual 28.104/2001/RJ: inconstitucionalidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Ct Decreto-Lei estadual 220/1975/RJ, arts. 19, II e V, e 33. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrPn Defensor constituído: advogado licenciado da OAB. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459

Trbt Delegação ao chefe do Poder Executivo: impossibilidade. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163

Int Delito falimentar: ocultação de bens. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Descrição suficiente do fato. Direito de defesa: possibilidade de exercício. HC 104.075 *RTJ* 219/504

Adm Depósito prévio do valor da multa: inexigibilidade. (...) ***Recurso administrativo.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

Ct Deputado federal. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

PrPn Descabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Descabimento. (...) ***Prisão especial.*** HC 102.020 *RTJ* 219/487

PrSTF Descabimento. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

PrPn Descrição suficiente do fato. (...) ***Denúncia.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

Int Descumprimento de tratado: alegação. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Ct Desembargador: inelegibilidade. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

PrPn Designação de dois profissionais com curso superior. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Int Detração penal: descabimento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

PrCv Diário da Justiça eletrônico: certidão com fé pública sob condição resolutiva. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420

Trbt Direito de crédito da diferença: ausência. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

PrPn Direito de defesa: possibilidade de exercício. (...) ***Denúncia.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

PrCv Direito de defesa: possibilidade de exercício. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420

Ct Direito do trabalho, condições para o exercício de profissões e segurança do trânsito. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.610 *RTJ* 219/180

Ct ***Direitos e garantias fundamentais.*** Garantias constitucionais de caráter procedimental. Pessoa jurídica de direito público: titularidade. CF/1988, art. 5º, LIV. ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Ct Discussão na esfera administrativa: não exaurimento. (...) ***Estado-membro.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Int Dupla punibilidade: inocorrência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int Dupla tipicidade e dupla punibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

E

PrCv Efeito suspensivo a recurso extraordinário: requisitos. (...) ***Ação cautelar.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

Ct Eleição. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

PrCv ***Embargos de declaração.*** Pressupostos inocorrentes. Caráter infringente e protelatório. Decisão: cumprimento imediato. Publicação: irrelevância. Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

PrCv ***Embargos de divergência.*** Beneficiário da justiça gratuita. Preparo: desnecessidade. RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

TrPrv Emenda Constitucional 20/1998. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Emenda Constitucional 20/1998. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrSTF Emenda constitucional superveniente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrSTF Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Trbt Empresa delegatária de serviço público federal: sociedade de economia mista. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

PrSTF Entidade de previdência privada em liquidação extrajudicial. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

Cv Entidade familiar: formação. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Ct Esgoto urbano: tratamento adequado antes de lançamento em águas fluviais. (...) ***Ação civil pública.*** RE 254.764 *RTJ* 219/582

Adm Estabilidade provisória. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

Ct ***Estado-membro.*** Contribuição previdenciária: não recolhimento. Discussão na esfera administrativa: não exaurimento. Cadastro de inadimplentes (Cadin): inclusão. Princípio do devido processo legal: ofensa. ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Int Estelionato: Estados Unidos da América. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int Estrangeiro com residência e relações familiares no país: irrelevância. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int Exame de mérito: impossibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Ct Execução contra a Fazenda Pública. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

Pn ***Execução penal.*** Comutação da pena. Requisito objetivo: cumprimento. Revogação de livramento condicional: irrelevância. Decreto 5.620/2005. HC 98.422 *RTJ* 219/430

Pn ***Execução penal.*** Falta grave. Apreensão de acessório de celular: carcaça. Perda dos dias remidos e interrupção do lapso temporal para progressão. Uso efetivo do aparelho: prescindibilidade. Lei de Execução Penal (LEP), arts. 50, VII, e 127. Súmula Vinculante 9. RHC 106.481 *RTJ* 219/540

Pn ***Execução penal.*** Livramento condicional e comutação da pena: distinção. CP/1940, art. 88: descabimento de interpretação extensiva. HC 98.422 *RTJ* 219/430

Ct Exercício de dois mandatos incompletos como vice-presidente. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

Ct Exercício de outro cargo ou função pública: vedação. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Int ***Extradição.*** Casamento civil de estrangeiro com brasileira nata. Naturalização: inocorrência. Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int ***Extradição.*** Delito falimentar: ocultação de bens. Prescrição da pretensão punitiva. Dupla punibilidade: inocorrência. Norma aplicável: legislação vigente à época do fato. Lei de Falência anterior: estatuto penal menos gravoso. CF/1988, art. 5º, XL. Súmula 147 do STF. Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int ***Extradição.*** Descumprimento de tratado: alegação. Autoridade competente para determinar a observância: Poder Executivo. Competência jurisdicional do STF: exaurimento. Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Int ***Extradição.*** Detração penal: descabimento. Pena cumprida em período anterior à prisão preventiva para extradição. Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

Int ***Extradição.*** Estelionato: Estados Unidos da América. Dupla tipicidade e dupla punibilidade. Prescrição inocorrente. Estrangeiro com residência e relações familiares no país: irrelevância. Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int ***Extradição.*** Exame de mérito: impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int ***Extradição.*** Pressuposto. Prisão cautelar do extraditando. Substituição por liberdade vigiada ou outro meio alternativo: impossibilidade. CPP/1941, art. 312: inaplicabilidade. Lei 6.815/1980, arts. 82 e 84, parágrafo único: recepção pela CF/1988. Súmula 2 do STF: insubsistência. Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

F

Pn Falta grave. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

Cv ***Família.*** Conceito. Interpretação constitucional: sentido aberto. União estável homoafetiva: reconhecimento. Preconceito em razão do sexo ou orientação sexual: proibição. Entidade familiar: formação. CF/1988, arts. 5º, § 2º, e 226. CC/2002, art. 1.723: interpretação conforme à Constituição. ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Pn Fato delituoso: período de vigência da lei revogada. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

PrSTF Fixação de competência: pedido de prevenção. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

Trbt Fixação de poste para sustentação da rede elétrica. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 391.623 *RTJ* 219/592

Ct Fracionamento da execução principal: vedação. (...) ***Precatório.*** RE 592.619 *RTJ* 219/603

PrPn Fundamentação em fato ocorrido no período. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 103.706 *RTJ* 219/496

PrPn ***Furto.*** Não configuração. Interceptação ou receptação não autorizada de sinal de TV a cabo. Analogia *in malam partem*: inadmissibilidade. CF/1988, art. 5º, XXXIX. CPP/1941, art. 386, III. Lei 8.977/1995, art. 35: norma penal em branco inversa. HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrPn Furto qualificado: rompimento de obstáculo. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

G

Ct Garantias constitucionais de caráter procedimental. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Ct Governador. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Pn Gradação da diminuição da pena: extensão do ressarcimento. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento. Liberdade de locomoção: ameaça indireta. CF/1988, art. 5º, LXVIII. HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento: excepcionalidade. Medida liminar indeferida por relator do STJ. HC 100.882 *RTJ* 219/475

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Sucedâneo de recurso ordinário. HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ: princípio da insignificância. Supressão de instância. HC 99.035 *RTJ* 219/444

I

PrPn Identidade física do juiz: inaplicabilidade. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

Ct Ilegitimidade ativa. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 148-AgR *RTJ* 219/63

Trbt Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Benefício fiscal. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido. Convênio interestadual: ausência. CF/1988, arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, XII, *g*: ofensa. Decreto estadual 27.427/2000/RJ, arts. 36, *caput* e parágrafo único, e 40, redação do Decreto estadual 28.104/2001/RJ: inconstitucionalidade. ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Operação subsequente: redução da base de cálculo. Mercadoria vendida abaixo do preço de aquisição. Direito de crédito da diferença: ausência. Princípio da não cumulatividade: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 155, § 2º, I, II, *a* e *b*. Lei estadual 2.657/1996/RJ, art. 37, § 1º. RE 437.006 *RTJ* 219/595

Ct ***Imunidade parlamentar material.*** Deputado federal. Declarações a veículo de imprensa escrita fora das dependências do Congresso

Nacional. Nexo de causalidade entre a manifestação e o exercício do mandato. Responsabilidade civil por danos morais: inocorrência. CF/1988, art. 53, *caput*. RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

Trbt ***Imunidade tributária.*** Taxa de licença e verificação fiscal. Fixação de poste para sustentação da rede elétrica. Operação relativa a energia elétrica. CF/1988, art. 155, § 3º, redação da EC 3/1993. RE 391.623 *RTJ* 219/592

Trbt ***Imunidade tributária recíproca.*** Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP). Empresa delegatária de serviço público federal: sociedade de economia mista. Intuito lucrativo: ausência. Princípio da livre concorrência: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 150, VI, *a*. RE 253.472 *RTJ* 219/558

Adm Inadimplência do contratado: encargos trabalhistas, fiscais e comerciais. (...) ***Contrato administrativo.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

PrSTF Inconstitucionalidade persistente e atual. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Adm Indenização: não cabimento. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

Ct Ingresso na carreira após a promulgação da CF/1988. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrPn ***Instrução criminal.*** Audiência de instrução e julgamento. Uso de algemas: excepcionalidade devidamente fundamentada. Súmula Vinculante 11: ofensa inocorrente. Rcl 9.468-AgR *RTJ* 219/375

PrCv Intempestividade. (...) ***Recurso.*** RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

PrPn Interceptação ambiental. (...) ***Prova criminal.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrPn Interceptação ou receptação não autorizada de sinal de TV a cabo. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrCv Interposição antes da publicação do acórdão. (...) ***Recurso.*** RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

Cv Interpretação constitucional: sentido aberto. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Trbt Intuito lucrativo: ausência. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

J

PrSTF Julgamento conjunto com ADI. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrPn ***Júri.*** Nulidade inocorrente. Apuração dos votos. Alcance da maioria dos votos em determinado sentido. Consignação do número de votos afirmativos e negativos: desnecessidade. Prejuízo à defesa: ausência. CPP/1941, arts. 483, § 1º e § 2º, 488 e 563. Súmula 523 do STF. HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Justiça comum estadual. (...) ***Competência criminal.*** HC 99.541 *RTJ* 219/467

PrPn Justiça Federal. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

Ct Justiça Federal. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 499.093-AgR-segundo *RTJ* 219/600

PrPn Justiça Militar: incompetência absoluta. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

L

PrPn Legitimidade. (...) ***Competência recursal.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

Ct Legitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Int Lei 6.815/1980, arts. 82 e 84, parágrafo único: recepção pela CF/1988. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

TrGr Lei 7.394/1985, art. 16. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

Adm Lei 8.666/1993, art. 71, § 1º, redação da Lei 9.032/1995: constitucionalidade. (...) ***Contrato administrativo.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

PrPn Lei 8.906/1994, art. 4º, parágrafo único. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459

PrPn Lei 8.977/1995, art. 35: norma penal em branco inversa. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrPn Lei 9.034/1995, art. 2º, II e IV. (...) ***Prova criminal.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrPn Lei 9.099/1995, art. 89, § 5º. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 103.706 *RTJ* 219/496

Ct Lei 9.788/1999, art. 4º. (...) ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

Ct	Lei 9.882/1999, art. 2º, I. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 148-AgR *RTJ* 219/63
Pn	Lei 10.826/2003, arts. 14, 16, 30 e 32. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450
PrPn	Lei 11.340/2006, art. 41: constitucionalidade. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521
PrCv	Lei 11.419/2006, art. 4º, § 3º. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420
Trbt	Lei Complementar 123/2006, art. 13, § 6º: constitucionalidade. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195
Pn	Lei de Execução Penal (LEP), arts. 50, VII, e 127. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540
Int	Lei de Falência anterior: estatuto penal menos gravoso. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100
Ct	Lei distrital 2.769/2001/DF: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.610 *RTJ* 219/180
PrPn	Lei do Juizado Especial: inaplicabilidade. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521
Trbt	Lei específica: necessidade. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163
Trbt	Lei estadual 2.657/1996/RJ, art. 37, § 1º. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595
Trbt	Lei estadual 6.489/2002/PA, expressão "remissão, anistia": inconstitucionalidade. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163
TrPrv	Lei estadual 12.398/1998/PR, arts. 28, I, 69, I, 78, I e II, e 79, expressões; e arts. 78, § 1º, *b* e *c*: inconstitucionalidade. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143
TrPrv	Lei estadual 12.398/1998/PR, art. 69, I, expressão "segurados": inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143
TrPrv	Lei estadual 12.398/1998/PR, art. 79, *caput*, expressões: inconstitucionalidade. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143
Ct	Lei estadual 12.775/2003/SC: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176
Ct	Lei Orgânica do Município de Betim/MG, art. 99, parágrafo único: inconstitucionalidade. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586

PrSTF Lesão à economia pública. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrSTF Lesão à ordem pública e administrativa. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrSTF Lesividade a direito da parte: ausência. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

Pn *Lex mitior*: ultratividade. (...) ***Crime contra os costumes.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

PrPn Liberdade de locomoção: ameaça indireta. (...) ***Habeas corpus.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

Ct Licença prévia da Câmara Municipal. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586

Adm Licença-maternidade. (...) ***Servidora pública gestante.*** RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

PrPn Licitude. (...) ***Prova criminal.*** HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrSTF Limitação do efeito: momento da prolação da sentença na ação principal. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

Pn Livramento condicional e comutação da pena: distinção. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

Ct Loman/1979, art. 102. (...) ***Tribunal de Justiça.*** MS 27.593 *RTJ* 219/409

M

PrCv ***Mandado de segurança.*** Cabimento. Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Norma de efeito concreto. Resolução 5/2006-CNMP. Súmula 266 do STF: inaplicabilidade. MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrCv ***Mandado de segurança.*** Tempestividade: divergência. Data da disponibilização e da publicação: distinção. Diário da Justiça eletrônico: certidão com fé pública sob condição resolutiva. Direito de defesa: possibilidade de exercício. Lei 11.419/2006, art. 4º, § 3º. RMS 28.056 *RTJ* 219/420

PrSTF Máxima efetividade da jurisdição constitucional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrPn Medida liminar indeferida por relator do STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 100.882 *RTJ* 219/475

Trbt Mercadoria vendida abaixo do preço de aquisição. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

Trbt ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** Contribuição sindical patronal: isenção. Regime especial de arrecadação de tributos e contribuições: tratamento diferenciado. Sindicato patronal e de representação dos trabalhadores: potencial de custeio distinto. Supersimples. CF/1988, arts. 146, III, *d*, 150, § 6º, e 170, IX: ofensa inocorrente. Lei Complementar 123/2006, art. 13, § 6º: constitucionalidade. ADI 4.033 *RTJ* 219/195

Ct ***Ministério Público.*** Promotor de justiça. Ingresso na carreira após a promulgação da CF/1988. Exercício de outro cargo ou função pública: vedação. CF/1988, art. 128, § 5º, II, *d*. Resolução 5/2006-CNMP. MS 26.595 *RTJ* 219/391

Ct Ministério Público: função institucional. (...) ***Ação civil pública.*** RE 254.764 *RTJ* 219/582

Ct Modelo federal: observância compulsória. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586

N

PrPn Não configuração. (...) ***Furto.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrSTF Não conhecimento. (...) ***Agravo regimental.*** Rcl 9.460-AgR *RTJ* 219/372

TrPrv Não incidência. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Int Naturalização: inocorrência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Ct Nexo de causalidade entre a manifestação e o exercício do mandato. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

Adm Nomeação. (...) ***Concurso público.*** RE 594.917-AgR *RTJ* 219/609

Adm Nomeação: ausência. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

Int Norma aplicável: legislação vigente à época do fato. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Adm Norma constitucional: eficácia limitada. (...) ***Cargo público.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

PrCv Norma de efeito concreto. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459 – HC 101.455 *RTJ* 219/480

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

O

Trbt Operação relativa a energia elétrica. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 391.623 *RTJ* 219/592

Trbt Operação subsequente: redução da base de cálculo. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

P

PrSTF Parâmetro constitucional: alteração substancial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Pn ***Pena.*** Causa de diminuição. Arrependimento posterior: requisito. Reparação integral do dano: desnecessidade. Gradação da diminuição da pena: extensão do ressarcimento. CP/1940, art. 16. HC 98.658 *RTJ* 219/434

Int Pena cumprida em período anterior à prisão preventiva para extradição. (...) ***Extradição.*** Ext 1.005-AgR *RTJ* 219/86

TrPrv Pensionista. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Pensionista. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Pn Perda dos dias remidos e interrupção do lapso temporal para progressão. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

PrPn Perícia: necessidade. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

PrPn Período de prova findo. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 103.706 *RTJ* 219/496

PrPn Perito oficial: ausência. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Pn Permuta recíproca. (...) ***Arma de fogo.*** HC 99.448 *RTJ* 219/450

Ct Pertinência temática. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Ct Pessoa jurídica de direito público: titularidade. (...) ***Direitos e garantias fundamentais.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

TrGr ***Piso salarial.*** Técnico em radiologia. Vinculação ao salário mínimo. Congelamento da base de cálculo: desindexação cautelar. CF/1988,

art. 7º, IV. Lei 7.394/1985, art. 16. Súmula Vinculante 4. ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

Ct ***Poder Legislativo.*** Licença prévia da Câmara Municipal. Prefeito e vice-prefeito: ausência do país por qualquer período. Modelo federal: observância compulsória. CF/1988, arts. 49, III, e 83 c/c art. 29, *caput*: ofensa. Lei Orgânica do Município de Betim/MG, art. 99, parágrafo único: inconstitucionalidade. RE 317.574 *RTJ* 219/586

PrPn Policial militar. (...) ***Prisão especial.*** HC 102.020 *RTJ* 219/487

PrPn Prazo razoável entre a citação e o interrogatório do réu: alegação de inobservância. (...) ***Processo criminal.*** HC 101.455 *RTJ* 219/480

Ct ***Precatório.*** Execução contra a Fazenda Pública. Custas processuais. Crédito acessório: ausência de autonomia. Fracionamento da execução principal: vedação. CF/1988, art. 100, § 8º, redação da EC 62/2009: ofensa. RE 592.619 *RTJ* 219/603

Cv Preconceito em razão do sexo ou orientação sexual: proibição. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Ct Prefeito: ausência de legitimidade para ADI. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 148-AgR *RTJ* 219/63

Ct Prefeito e vice-prefeito: ausência do país por qualquer período. (...) ***Poder Legislativo.*** RE 317.574 *RTJ* 219/586

PrSTF Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

PrPn Prejuízo à defesa: ausência. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Prejuízo não demonstrado. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459 – HC 101.455 *RTJ* 219/480

PrCv Preparo: desnecessidade. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

PrSTF Prequestionamento: ausência. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

PrPn Prescrição antecipada pela pena em perspectiva: ausência de previsão legal. (...) ***Ação penal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Int Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

PrPn Prescrição inocorrente. (...) ***Ação penal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Int Prescrição inocorrente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Int Pressuposto. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

PrSTF Pressupostos de admissibilidade. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

Adm Pressupostos de admissibilidade. (...) ***Recurso administrativo.*** AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

PrCv Pressupostos inocorrentes. (...) ***Embargos de declaração.*** Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

Adm Preterição: inocorrência. (...) ***Concurso público.*** RE 594.917-AgR *RTJ* 219/609

PrSTF Prévia dotação orçamentária: ausência. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrPn Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 101.455 *RTJ* 219/480

Trbt Princípio da impessoalidade, da legalidade e da moralidade. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163

TrGr Princípio da liberdade de associação e da liberdade sindical. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Trbt Princípio da livre concorrência: ofensa inocorrente. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** RE 253.472 *RTJ* 219/558

Trbt Princípio da não cumulatividade: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 437.006 *RTJ* 219/595

Ct Princípio do devido processo legal: ofensa. (...) ***Estado-membro.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

Ct Princípio do juiz natural: ofensa inocorrente. (...) ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

PrPn Princípio *tempus regit actum*. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 104.075 *RTJ* 219/504

Int Prisão cautelar do extraditando. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

PrPn ***Prisão especial.*** Descabimento. Policial militar. Trânsito em julgado da sentença condenatória: ocorrência. CPP/1941, art. 295. HC 102.020 *RTJ* 219/487

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Defensor constituído: advogado licenciado da OAB. Prejuízo não demonstrado. CPP/1941, art. 565. Lei 8.906/1994, art. 4º, parágrafo único. Súmula 523 do STF. HC 99.457 *RTJ* 219/459

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Prazo razoável entre a citação e o interrogatório do réu: alegação de inobservância. Prejuízo

não demonstrado. Princípio da ampla defesa: ofensa inocorrente. CPP/1941, art. 563. Súmula 523 do STF. HC 101.455 *RTJ* 219/480

PrPn ***Processo criminal.*** Violência doméstica e familiar contra a mulher. Contravenção penal: vias de fato. Lei do Juizado Especial: inaplicabilidade. CF/1988, art. 226, § 8º. Lei 11.340/2006, art. 41: constitucionalidade. HC 106.212 *RTJ* 219/521

Ct Profissão de motoboy: regulamentação. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.610 *RTJ* 219/180

Ct Promotor de justiça. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrPn ***Prova criminal.*** Licitude. Interceptação ambiental. Ação controlada: preparação de flagrante. Lei 9.034/1995, art. 2º, II e IV. HC 102.819 *RTJ* 219/490

PrPn ***Prova criminal.*** Nulidade inocorrente. Furto qualificado: rompimento de obstáculo. Perícia: necessidade. Perito oficial: ausência. Designação de dois profissionais com curso superior. Relação entre a habilitação técnica e a natureza do exame realizado: inexistência. CPP/1941, arts. 159, § 1º, e 171. HC 99.035 *RTJ* 219/444

PrCv Publicação: irrelevância. (...) ***Embargos de declaração.*** Ext 1.121-ED *RTJ* 219/122

Q

PrPn Questão não apreciada pelo STJ: princípio da insignificância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

R

TrGr Reconhecimento pelo ministro de Estado do Trabalho. (...) ***Sindicato.*** RMS 21.053 *RTJ* 219/383

PrCv ***Recurso.*** Intempestividade. Interposição antes da publicação do acórdão. RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR *RTJ* 219/589

Adm ***Recurso administrativo.*** Pressupostos de admissibilidade. Depósito prévio do valor da multa: inexigibilidade. AC 2.185-MC-REF *RTJ* 219/159

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Descabimento. Sucedâneo de mandado de injunção. RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Prequestionamento: ausência. CF/1988, arts. 93, III, 94 e 98, I: alegação de ofensa. RE 597.133 *RTJ* 219/611

Trbt Redução de alíquota e concessão de crédito presumido. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** ADI 3.664 *RTJ* 219/187

Trbt Regime especial de arrecadação de tributos e contribuições: tratamento diferenciado. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

Adm Regulamentação: necessidade. (...) ***Cargo público.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

PrPn Relação entre a habilitação técnica e a natureza do exame realizado: inexistência. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

Trbt Remissão e anistia. (...) ***Benefício fiscal.*** ADI 3.462 *RTJ* 219/163

Pn Reparação integral do dano: desnecessidade. (...) ***Pena.*** HC 98.658 *RTJ* 219/434

Pn Requisito objetivo: cumprimento. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

PrCv Resolução 5/2006-CNMP. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Ct Resolução 5/2006-CNMP. (...) ***Ministério Público.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

PrCv Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Adm ***Responsabilidade civil do Estado.*** Indenização: não cabimento. Concurso público: cargos vagos. Nomeação: ausência. Súmula 15 do STF: inaplicabilidade. AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

Ct Responsabilidade civil por danos morais: inocorrência. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** RE 606.451-AgR-segundo *RTJ* 219/632

Adm Responsabilidade contratual subsidiária: inocorrência. (...) ***Contrato administrativo.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

PrSTF Responsabilidade da União como regular patrocinadora. (...) ***Suspensão de liminar.*** SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

Pn Revogação de livramento condicional: irrelevância. (...) ***Execução penal.*** HC 98.422 *RTJ* 219/430

PrPn Revogação posterior: possibilidade. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 103.706 *RTJ* 219/496

S

PrPn ***Sentença condenatória.*** Identidade física do juiz: inaplicabilidade. Decisão anterior à Lei 11.719/2008. Princípio *tempus regit actum*. HC 104.075 *RTJ* 219/504

TrPrv Serviço de assistência à saúde: custeio. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Servidor público inativo. (...) ***Contribuição previdenciária.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

TrPrv Servidor público inativo. (...) ***Contribuição social.*** ADI 2.158 *RTJ* 219/143

Adm ***Servidora pública gestante.*** Cargo em comissão. Licença-maternidade. Estabilidade provisória. Comunicação prévia da gravidez: desnecessidade. CF/1988, art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º. ADCT da Constituição Federal/1988, art. 10, II, *b*. RE 634.093-AgR *RTJ* 219/640

TrGr ***Sindicato.*** Criação. Reconhecimento pelo ministro de Estado do Trabalho. Consulta a um terço dos interessados: requisito não recepcionado pela CF/1988. Princípio da liberdade de associação e da liberdade sindical. CF/1988, art. 8º, *caput*, I e II. CLT/1943, art. 515, *a* e parágrafo único. RMS 21.053 *RTJ* 219/383

Trbt Sindicato patronal e de representação dos trabalhadores: potencial de custeio distinto. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

Int Sistema de contenciosidade limitada. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

Ct Sistema Financeiro Nacional. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176

Int Substituição por liberdade vigiada ou outro meio alternativo: impossibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

PrSTF Sucedâneo de mandado de injunção. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 602.912-AgR *RTJ* 219/626

PrPn Sucedâneo de recurso ordinário. (...) ***Habeas corpus.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

Int Súmula 2 do STF: insubsistência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121-AgR *RTJ* 219/94

Adm Súmula 15 do STF: inaplicabilidade. (...) ***Responsabilidade civil do Estado.*** AI 794.192-AgR *RTJ* 219/647

Int Súmula 147 do STF. (...) ***Extradição.*** Ext 1.121 *RTJ* 219/100

PrPn Súmula 210 do STF. (...) ***Competência recursal.*** HC 97.261 *RTJ* 219/423

PrCv Súmula 266 do STF: inaplicabilidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.595 *RTJ* 219/391

Adm Súmula 331 do TST. (...) ***Contrato administrativo.*** ADC 16 *RTJ* 219/11

PrPn Súmula 523 do STF. (...) ***Júri.*** HC 104.308 *RTJ* 219/510

PrPn Súmula 523 do STF. (...) ***Processo criminal.*** HC 99.457 *RTJ* 219/459 – HC 101.455 *RTJ* 219/480

TrGr Súmula Vinculante 4. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

Pn Súmula Vinculante 9. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

PrPn Súmula Vinculante 11: ofensa inocorrente. (...) ***Instrução criminal.*** Rcl 9.468-AgR *RTJ* 219/375

Trbt Supersimples. (...) ***Microempresa e empresa de pequeno porte.*** ADI 4.033 *RTJ* 219/195

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrPn Supressão de instância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 99.035 *RTJ* 219/444

PrPn ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** Período de prova findo. Revogação posterior: possibilidade. Fundamentação em fato ocorrido no período. Lei 9.099/1995, art. 89, § 5º. HC 103.706 *RTJ* 219/496

PrSTF ***Suspensão de liminar.*** Lesão à economia pública. Prévia dotação orçamentária: ausência. SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

PrSTF ***Suspensão de liminar.*** Lesão à ordem pública e administrativa. Entidade de previdência privada em liquidação extrajudicial. Responsabilidade da União como regular patrocinadora. Apuração de ato omissivo ou comissivo de agente ou órgão público: necessidade. Limitação do efeito: momento da prolação da sentença na ação principal. CF/1988, art. 202, § 3º. SL 127-AgR-segundo *RTJ* 219/44

T

Trbt Taxa de licença e verificação fiscal. (...) ***Imunidade tributária.*** RE 391.623 *RTJ* 219/592

TrGr Técnico em radiologia. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

PrCv Tempestividade: divergência. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 28.056 *RTJ* 219/420

PrPn Trânsito em julgado da sentença condenatória: ocorrência. (...) ***Prisão especial.*** HC 102.020 *RTJ* 219/487

Ct ***Tribunal de Justiça.*** Eleição. Cargo de direção: presidente. Desembargador: inelegibilidade. Exercício de dois mandatos incompletos como vice-presidente. Afastamento por decisão liminar do STF três meses antes do término do mandato: irrelevância. Loman/1979, art. 102. MS 27.593 *RTJ* 219/409

Ct ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** Turma julgadora. Composição majoritária: juízes federais convocados. Princípio do juiz natural: ofensa inocorrente. Lei 9.788/1999, art. 4º. RE 597.133 *RTJ* 219/611

Ct Turma julgadora. (...) ***Tribunal Regional Federal (TRF).*** RE 597.133 *RTJ* 219/611

U

Cv União estável homoafetiva: reconhecimento. (...) ***Família.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

Ct União Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 3.515 *RTJ* 219/176 – ADI 3.610 *RTJ* 219/180

Ct União Federal e Estado-membro. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.534-TA-REF *RTJ* 219/130

PrSTF União homoafetiva: reconhecimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADI 4.277 *RTJ* 219/212

PrPn Uso de algemas: excepcionalidade devidamente fundamentada. (...) ***Instrução criminal.*** Rcl 9.468-AgR *RTJ* 219/375

Pn Uso efetivo do aparelho: prescindibilidade. (...) ***Execução penal.*** RHC 106.481 *RTJ* 219/540

PrPn Uso por civil de documento falso emitido pela Marinha. (...) ***Competência criminal.*** HC 109.544-MC *RTJ* 219/544

V

TrGr Vinculação ao salário mínimo. (...) ***Piso salarial.*** ADPF 151-MC *RTJ* 219/65

PrPn Violência doméstica e familiar contra a mulher. (...) ***Processo criminal.*** HC 106.212 *RTJ* 219/521

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

16	(ADC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/11
127	(SL-AgR-segundo)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	219/44
148	(ADPF-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/63
151	(ADPF-MC)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	219/65
1.005	(Ext-AgR)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	219/86
1.121	(Ext-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/94
1.121	(Ext)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/100
1.121	(Ext-ED)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/122
1.534	(ACO-TA-REF)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/130
2.158	(ADI)	Rel.: Min. Dias Toffoli	219/143
2.185	(AC-MC-REF)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/159
3.462	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/163
3.515	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/176
3.610	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/180
3.664	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/187
4.033	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	219/195
4.277	(ADI)	Rel.: Min. Ayres Britto	219/212
9.460	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/372
9.468	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/375
21.053	(RMS)	Rel.: p/ o ac. Min. Marco Aurélio	219/383
26.595	(MS)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/391
27.593	(MS)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/409
28.056	(RMS)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/420
97.261	(HC)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	219/423
98.422	(HC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	219/430
98.658	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Marco Aurélio	219/434

99.035	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli	219/444
99.448	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	219/450
99.457	(HC)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/459
99.541	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	219/467
100.882	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/475
101.455	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	219/480
102.020	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/487
102.819	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/490
103.706	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/496
104.075	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Luiz Fux	219/504
104.308	(HC)	Rel.: Min. Luiz Fux	219/510
106.212	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/521
106.481	(RHC)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/540
109.544	(HC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/544
253.472	(RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Joaquim Barbosa	219/558
254.764	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/582
317.574	(RE)	Rel.: Min. Cezar Peluso	219/586
346.566	(RE-AgR-AgR-EDv-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/589
391.623	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/592
437.006	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	219/595
499.093	(RE-AgR-segundo)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/600
592.619	(RE)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	219/603
594.917	(RE-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/609
597.133	(RE)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/611
602.912	(RE-AgR)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	219/626
606.451	(RE-AgR-segundo)	Rel.: Min. Luiz Fux	219/632
634.093	(RE-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	219/640
794.192	(AI-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	219/647

Este livro foi concluído
em 18 de abril de 2012.
Impressão
Coordenadoria de Serviços Gráficos
do Conselho da Justiça Federal